



SALA PENAL DE DECISIÓN

PROCESO: 05266 60 00203 2020 02083
DELITO: Hurto Calificado Agravado
CONDENADO: YERSON SANTIAGO AGUDELO CARDONA
PROCEDENCIA: Juzgado 1º Penal Municipal con Funciones mixtas de Envigado, Antioquia
OBJETO: Apelación de sentencia allanamiento.
DECISIÓN: Confirma
M. PONENTE: Rafael M Delgado Ortiz
Sentencia 8
Aprobada Acta 84

Medellín, diez (10) de mayo de dos mil veintiuno

ASUNTO POR TRATAR

Se decide el recurso de apelación presentado por el defensor de **YERSON SANTIAGO AGUDELO CARDONA**, en contra de la sentencia dictada el cinco (5) de abril de dos mil veintiuno (2021) por la Juez Primera Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Envigado, Antioquia, por medio de la cual fue condenado anticipadamente en virtud de un allanamiento, como autor del delito de hurto calificado y agravado, imponiéndole la pena principal de dieciocho (18) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena restrictiva de la libertad, negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

PROCESO: 05266 60 00203 2020 02083
DELITO: Hurto calificado agravado
CONDENADOS: **YERSON SANTIAGO AGUDELO CARDONA**
OBJETO: Apelación de sentencia.
DECISIÓN: **Confirma**

ANTECEDENTES FÁCTICOS

Según se desprende de los hechos jurídicamente relevantes plasmados en el escrito de acusación, siendo las 13:10 horas del 23 de noviembre de 2020, en la transversal 27 A con 42 B del barrio Zúñiga del municipio de Envigado, **YERSON SANTIAGO AGUDELO CARDONA** fue capturado por funcionarios de la Policía Nacional, al ser señalado como la persona que momentos antes, con otro ciudadano no capturado, a bordo de una moto, y valiéndose de amenazas e intimidación, haciendo parecer que se encontraban armados, le hurtaron a ARTURO ELIAS CARMONA RUÍZ, la suma de cuatrocientos mil pesos (\$400.000) y un anillo de oro avaluado en dos millones de pesos (\$2'000.000).

ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencias concentradas llevadas a cabo el veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veinte, ante el Juez Segundo Penal Municipal de Envigado - Antioquia, se legalizó la captura de **YERSON SANTIAGO AGUDELO CARDONA**.

Acto seguido la delegada de la Fiscalía corrió traslado del escrito de acusación, señalándolo como presunto responsable, en calidad de coautor, del delito de hurto calificado y agravado (artículos 239, 240 inciso 2 y 241 numeral 10 del C.P.), cargo que aceptó el procesado.

PROCESO: 05266 60 00203 2020 02083
DELITO: Hurto calificado agravado
CONDENADOS: **YERSON SANTIAGO AGUDELO CARDONA**
OBJETO: Apelación de sentencia.
DECISIÓN: **Confirma**

La Fiscalía solicitó la imposición de medida de aseguramiento en su lugar de residencia, a lo cual accedió el despacho.

El escrito de acusación con allanamiento a cargos, correspondió por reparto a la Juez Primera Penal Municipal con Funciones Mixtas de Envigado, Antioquia.

En diligencia del tres (3) de marzo de dos mil veintiuno, luego de indagar a las partes sobre causales de nulidad, incompetencia, impedimento o recusación, y a solicitud del defensor, se verificó la aceptación de cargos por **YERSON SANTIAGO AGUDELO CARDONA**, quien se ratificó en su deseo de admitir su responsabilidad en la conducta que le fue endilgada, por lo que se dio trámite a la audiencia descrita en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

El cinco (5) de abril de dos mil veintiuno (2021) se dio lectura a la sentencia; contra la cual el defensor interpuso el recurso de apelación que ahora se resuelve.

LA SENTENCIA APELADA

El cinco (5) de abril del presente año, hallando satisfechos los elementos básicos para ello, se emitió la sentencia condenatoria, la cual estableció una pena de dieciocho (18) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal,

negándose la concesión de la prisión domiciliaria y la suspensión de la ejecución de la pena.

Para arribar a los guarismos concretos, se ubicó la Juez dentro de las previsiones de los artículos 239 y 240 inciso 2 del Código Penal, aumentando la sanción conforme a lo dispuesto por el artículo 241 numerales 10 y 11 *ibid.*, quedando un arco de sanción fluctuante entre los ciento cuarenta y cuatro (144) meses y los trescientos treinta y seis (336) meses de prisión.

Después de fijar los cuartos, la A-quo determinó que se ubicaría en el mínimo del primer cuarto, como quiera que el condenado, aunque tiene anotaciones, no antecedentes penales y colaboró con la justicia al aceptar los cargos desde el traslado del escrito de acusación, esto es, en ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión, y por la aceptación de los cargos, otorgaría una rebaja del cincuenta por ciento (50%) de la pena, obteniendo un hito punitivo de setenta y dos (72) meses de prisión.

Finalmente, en relación a la rebaja por indemnización de perjuicios a las víctimas, aseveró que la pena en definitiva a descontar sería de dieciocho (18) meses de prisión.

En punto a la negativa de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, adujo que al tenor de lo establecido en el artículo 68 A del Código Penal, no era posible conceder subrogados penales, en tanto el mismo consagra el delito de hurto calificado.

PROCESO: 05266 60 00203 2020 02083
DELITO: Hurto calificado agravado
CONDENADOS: YERSON SANTIAGO AGUDELO CARDONA
OBJETO: Apelación de sentencia.
DECISIÓN: Confirma

Y para negar la prisión domiciliaria, argumentó que no llevaba el sancionado purgada la mitad de su pena, por lo que no cumplía con los requisitos legales pertinentes.

DE LA APELACIÓN

Dentro del término de ley, el defensor presentó el recurso de apelación.

Para el efecto manifestó que su disenso exclusivamente respecto a dos cuestiones:

La primera tiene que ver en el *monto de la pena impuesta*, en tanto, dice, si bien se partió del cuarto mínimo, la falladora de primera instancia no tuvo en cuenta lo establecido en el artículo 267 del C.P., toda vez que la cuantía del daño generado a la víctima, no supera los cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes y tampoco recayó sobre un bien del Estado. Por lo que se debe reevaluar la tasación de la pena impuesta.

La segunda inconformidad, hace referencia a *la negativa de conceder la prisión domiciliaria a su representado*, por lo que se ordenó que el mismo fuera trasladado a un centro carcelario para la ejecución de la pena, sin quedar claros los elementos fácticos y jurídicos que el despacho tuvo en cuenta para negar el aludido beneficio.

Argumenta que, en su concepto, **YERSON SANTIAGO** reúne los requisitos establecidos en los artículos 38, 38A, 38 B y siguientes del Código Penal, y demás normas y jurisprudencia que regula la materia, con fundamento en lo siguiente:

a. El señor **YERSON SANTIAGO AGUDELO CARDONA**, carece de antecedentes penales que den a entender que se trata de una persona concurrente en la comisión de delitos, por el contrario, es un joven de buena familia que, pese a ser la conducta reprochable en el proceso penal actual, ha tenido siempre un buen comportamiento en su vida personal, familiar y social.

b. Durante las audiencias preliminares la defensa demostró el arraigo familiar y social de su prohijado, lo que le permitió desde ese momento gozar del beneficio de la detención domiciliaria en el lugar de residencia de su madre, donde ha estado hasta la fecha, en cumplimiento absoluto de la medida de aseguramiento, con buena disciplina, comportamiento adecuado y en acato a las medidas de vigilancia del INPEC.

c. No representa ni ha representado un peligro para la comunidad como argumento para tener que cumplir la pena en establecimiento carcelario; su deseo de indemnizar a la víctima y pedido de perdón, dan fe del reconocimiento de su error, arrepentimiento y garantía de no repetición, aunado a que su comparecencia oportuna a las audiencias virtuales, da cuenta que su intención no es obstruir el ejercicio de la justicia o evadir su actuar.

d. El estado actual y evidente del sistema penitenciario del país, producto del hacinamiento carcelario, representa un problema de índole humanitario y asistencial que dificulta la ejecución de una pena preservando el principio de la dignidad humana; ello sumado, a la situación de emergencia generada por la situación de pandemia.

e. Solicita tener en cuenta la situación socio económica de su defendido, en tanto el núcleo familiar está conformado solo por aquel y la madre, esta última quien es cabeza de familia y la única fuente de ingreso es su empleo, donde devenga el salario mínimo, con lo que no podría asistir a su hijo en el evento en que sea internado de manera intramural.

SE CONSIDERA PARA DECIDIR

Somos competentes, conforme al artículo 34, numeral primero, de la Ley 906 de 2.004, para conocer de la presente apelación habida cuenta que la primera instancia fue agotada por la Juez Primera Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Envigado, Antioquia, adscrito ese despacho a este Distrito Judicial.

Es límite de nuestra intervención, de acuerdo con las técnicas del recurso de apelación, los temas propuestos por el impugnante. Hay sustentación, aunque precaria, suficiente para que sea viable el estudio del asunto.

De acuerdo con los planteamientos de la apelante, los problemas problema jurídicos a resolver en este caso consisten en determinar:

1. ¿Hubo error en la tasación de la pena en primera instancia, acorde con lo expuesto por el recurrente?

2. ¿**YERSON SANTIAGO AGUDELO CARDONA** tiene o no derecho a la sustitución de la pena intramural por prisión domiciliaria?

Para resolver el primer problema jurídico, lo primero que debemos indicar, es que, al efectuar un análisis pormenorizado del proceso de individualización de la pena realizado por la Juez Primera Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Envigado, encontramos lo siguiente:

En efecto partió de la pena mínima establecida para el delito de hurto calificado y agravado (artículo 239, 240 inciso 2 y 241 numeral 10 del C.P.), por el cual aceptó cargos el procesado, ubicándose en el mínimo del primer cuarto, es decir, en doce (12) años de prisión.

Posteriormente, en virtud del allanamiento a cargos, le otorgó la máxima rebaja permitida, esto es, cincuenta por ciento (50%) obteniendo un hito punitivo de setenta y dos (72) meses de prisión, y a dicho quantum, en virtud de la reparación del daño conforme lo establecido en el artículo 269 del Código Penal,

otorgó una disminución de las tres cuartas partes (3/4), para tasar la pena definitiva en dieciocho (18) meses de prisión.

En virtud de ello, no entiende la Sala, por qué el recurrente hace alusión de manera descontextualizada al artículo 267 del Código Penal, que agrava la pena cuando la conducta recae sobre cosa cuyo valor fuere superior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes o sobre bienes del Estado, circunstancias que en modo alguno fueron tenidas en cuenta al momento de la individualización de la pena y menos redundan a su favor. Por el contrario, esas reglas de la norma citada comportan es un aumento de pena y por ello no se tuvieron en cuenta para este caso en particular.

Por ello, estimamos, aunque la falladora evidentemente se quedó corta en su argumentación para efectos de realizar el proceso de tasación de la pena, ya que ni siquiera expuso los motivos por los cuales otorgaba el máximo de la rebaja permitida por el artículo 269 del Código Penal, lo cierto es que ningún dislate se observa con la pena definitiva que le fue impuesta a **YERSON SANTIAGO AGUDELO CARDONA**, por lo que debe confirmarse en este punto la decisión de primera instancia.

En relación con el segundo problema jurídico planteado, lo primero que debe advertir esta instancia, es que, aunque claramente existen yerros en la argumentación de la A quo, para negar la prisión domiciliaria a **AGUDELO CARDONA**, en tanto afirmó que no concedía la misma por cuanto el sentenciado “no llevaba purgada la mitad de la pena”, lo cierto es que en realidad no procede

PROCESO: 05266 60 00203 2020 02083
DELITO: Hurto calificado agravado
CONDENADOS: YERSON SANTIAGO AGUDELO CARDONA
OBJETO: Apelación de sentencia.
DECISIÓN: Confirma

el otorgamiento de dicho sustituto al señor **YERSON SANTIAGO**, conforme con lo dispuesto en el artículo 68 A del Código Penal:

““Artículo 68A. *Exclusión de los beneficios y subrogados penales.* No se concederán la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; **hurto calificado**; extorsión; homicidio agravado contemplado en el numeral 6 del artículo 104; lesiones causadas con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal.

Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

Parágrafo 1°. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el artículo 38G del presente Código.

Parágrafo 2°. Lo dispuesto en el primer inciso del presente artículo no se aplicará respecto de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares sean indicativos de que no existe la posibilidad de la ejecución de la pena...).”

Lo anterior, por cuanto es un requisito para el otorgamiento de beneficios o subrogados penales, que el delito

PROCESO: 05266 60 00203 2020 02083
DELITO: Hurto calificado agravado
CONDENADOS: YERSON SANTIAGO AGUDELO CARDONA
OBJETO: Apelación de sentencia.
DECISIÓN: Confirma

por el que se condene no sea de los descritos en el artículo 68 A del Código Penal, entre los que se encuentra el de hurto calificado, lo que hace improcedente el otorgamiento de cualquiera de esos.

Y para zanjar cualquier discusión al respecto, conviene hacer referencia a la providencia con radicado 54.968 del 14 de octubre de 2020, emitida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, M.P. JAIME HUMBERTO MORENO ACERO, en la que al respecto se reiteró:

22. Conviene mencionar, adicionalmente, que la Sala, en relación con la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria, ha reiterado lo siguiente:

...lo que pretende el casacionista es que la Corte deseche el entendimiento que el ad quem le dio al numeral 2º del artículo 23 de la Ley 1709 de 2014 [art. 38B del C.P.], en el sentido de que basta que el delito por el cual se profiere condena esté relacionado en el inciso 2º del artículo 68A del Código Penal –Ley 599 de 2000–, para concluir insatisfecho el requisito objetivo que exige el mencionado precepto, en orden al reconocimiento de la prisión domiciliaria; y, en cambio, acepte su tesis de que aquel no se cumple solo si el condenado registra antecedentes penales...

Al margen de las falencias de orden formal y sustancial que se advierten en la postulación y desarrollo del reproche... la Sala encuentra que tampoco le asiste razón al demandante, por los siguientes motivos:

El artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, que adicionó el artículo 38B a la Ley 599 de 2000, señala:

Artículo 38B. Requisitos para conceder la prisión domiciliaria. Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.

2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.

3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.

(...)

Atendiendo al sentido literal del numeral 2º de la norma trascrita, dada su claridad, **ninguna interpretación se requiere efectuar en orden a fijar su alcance, pues de su texto se extrae sin dificultad que el requisito allí contenido hace alusión a que el delito por el que se proceda no esté relacionado en el inciso 2º del artículo 68A del Código Penal, modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014;** y por parte alguna se menciona que el reconocimiento del sustituto está supeditado a que el sentenciado carezca de antecedentes penales, valga decir, que no le figuren condenas previas por esas delincuencias, pues de haber sido ese el querer del legislador, así lo habría señalado en el precepto.

La confusión del censor surge de la remisión que el mentado canon realiza al inciso 2º del artículo 68A modificado, que prohíbe la concesión de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural a «quienes hayan sido condenados por delitos dolosos...», relacionando a continuación un catálogo de ilícitos que dada su especial gravedad y superlativa ofensa a los bienes jurídicos tutelados, **excluye a quienes sean condenados por esas conductas para ser favorecidos con el supracitado subrogado penal**, prohibición que también cobija al otorgamiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de otros beneficios judiciales o administrativos.

Ese reenvío legal obliga al intérprete a realizar un análisis sistemático de las normas que regulan el respectivo mecanismo sustitutivo o beneficio penal, con la finalidad de establecer su procedencia, por cuanto el verdadero alcance de un determinado instituto puede estar dado, como ocurre en el caso del subrogado de la prisión domiciliaria, por la articulación de varios preceptos.

En efecto, de una parte el novel artículo 38B del Estatuto Punitivo, señala los requisitos para conceder la prisión domiciliaria, mientras que, de otro lado, el modificado canon 68A ibídem, relaciona los eventos en que se excluye su aplicación, y mientras el primero establece en el numeral 2º una condición negativa para su reconocimiento, esto es, que el delito por el que se proceda no figure en el listado que consagra el inciso 2º del último precepto, éste a su vez prevé que el sustituto en cuestión no resulta aplicable en los eventos en que el acusado registre antecedentes penales, bien por delito doloso cometido dentro de los cinco años anteriores, ora por alguno de los ilícitos allí incluidos.

Tal regulación, en principio, supondría una antinomia entre las referidas normas, pero su análisis conjunto revela que antes que contradecirse se complementan, ya que si bien ambas se refieren al mismo instituto, lo hacen desde diferentes perspectivas, pues en tanto una fija los requisitos para su reconocimiento, la otra establece los casos en que debe excluirse su aplicación.

PROCESO: 05266 60 00203 2020 02083
DELITO: Hurto calificado agravado
CONDENADOS: YERSON SANTIAGO AGUDELO CARDONA
OBJETO: Apelación de sentencia.
DECISIÓN: Confirma

En esa medida, la Corte encuentra que en las siguientes hipótesis no procede conceder el referido mecanismo sustitutivo, así:

(i) Cuando no se reúnan las exigencias señaladas en el artículo 38B del Código Penal, precisando que el numeral 2° de dicha norma no reclama la carencia de antecedentes penales del procesado, sino que el delito por el que se procede, es decir, por el que se emite condena, no esté incluido en el listado del inciso 2° del artículo 68A ibídem.

(ii) En los casos en que el sentenciado registre condena – antecedentes penales– por delito doloso dentro de los cinco años anteriores (inciso 1° del artículo 32 de la Ley 1709 de 2014).

(iii) Cuando al procesado le figure condena –antecedentes penales– por alguno de los delitos relacionados en el inciso 2° del artículo 68A del Estatuto Punitivo, modificado por la Ley 1709 de 2014, cometido en la modalidad dolosa en cualquier tiempo, pues en relación con el aspecto temporal la norma no hace distinción, como sí ocurre en el inciso primero respecto de la condena por otros ilícitos distintos a los enlistados en el mencionado canon.

(...)

23. En esa medida, como frente a este asunto, de la manera en que lo concluyó acertadamente el Tribunal, el delito de hurto calificado por el que se procede está incluido en el inciso 2° del artículo 68 A del Código Penal, como aquellos sobre los cuales no es viable la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria, no hay lugar a concluir que el juzgador de segunda instancia incurrió en violación directa de la Ley sustancial al excluir su procedencia."

De acuerdo con lo anterior, como quiera que **AGUDELO CARDONA** está siendo condenado por uno de los delitos respecto a los cuales aplica la exclusión de beneficios y subrogados penales, conforme lo expuesto en el artículo 68 A del Código Penal, no se hace necesario analizar el factor subjetivo como lo reclama el recurrente, quien solicitó tener en cuenta que su representado tiene arraigo familiar, carece de antecedentes penales, no representa un riesgo para la comunidad, ha cumplido de manera adecuada con la detención preventiva que le fue impuesta en su domicilio y las demás

PROCESO: 05266 60 00203 2020 02083
DELITO: Hurto calificado agravado
CONDENADOS: YERSON SANTIAGO AGUDELO CARDONA
OBJETO: Apelación de sentencia.
DECISIÓN: Confirma

consideraciones que expuso en el recurso, en tanto ello no es relevante, ante tan clara prohibición.

Ahora bien, si lo que quiso señalar la jueza en su providencia al negar la prisión domiciliaria es que no cumplía con el requisito señalado en el artículo 38 G, que sí puede ser analizado para el caso en particular, lo que advierte la Sala es que, en efecto, no ha cumplido por este aspecto con el requisito objetivo de haber purgado por lo menos la mitad de la pena.

No existe óbice para que tal reclamo se haga ante el juez de ejecución de penas que le corresponda vigilar el proceso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR, en lo que fue objeto de apelación, la sentencia emitida el cinco (5) de abril de dos mil veintiuno (2021), por la Juez Primera Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Envigado, Antioquia, dentro del presente proceso seguido en contra de **YERSON SANTIAGO AGUDELO CARDONA**.

SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso de casación en la forma y términos previstos en el artículo 183

PROCESO: 05266 60 00203 2020 02083
DELITO: Hurto calificado agravado
CONDENADOS: YERSON SANTIAGO AGUDELO CARDONA
OBJETO: Apelación de sentencia.
DECISIÓN: Confirma

de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la ley 1395 de 2010 y demás normas concordantes.

Quedan, partes e intervinientes, notificados en este estrado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



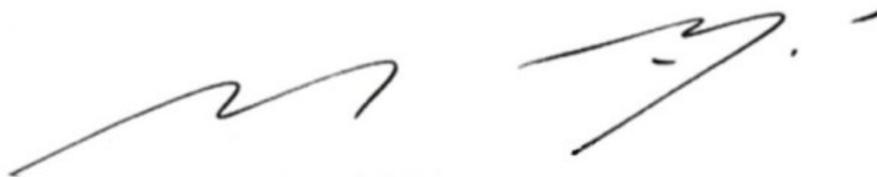
RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ

Magistrado



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS

Magistrado