



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA PENAL

Medellín, trece (13) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Aprobado en la fecha, acta Nro. 025

Radicado Nro. 05 001 60 00206 2013 37846

*Delito: Falsedad material en documento público
agravada por el uso en concurso con falsedad en
documento privado*

Sentencia de Segunda Instancia Nro.: 08

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Lectura: Viernes 16 de marzo de 2018. Hora: 10:00 a.m.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el representante de la víctima DAVIVIENDA, contra la sentencia proferida por la Juez Once Penal del Circuito de Medellín, el 1º de marzo del año que transcurre, en la que luego del allanamiento a cargos efectuado de manera temprana por el justiciable en audiencia de formulación de imputación, resultó condenado, como autor de un concurso de delitos de falsedad material en documento público agravado por el uso y falsedad en documento privado.

ACONTECER FÁCTICO

Mediante la modalidad de suplantación, en múltiples casos, el acusado se hizo pasar por algunos ciudadanos para la adquisición de artículos varios en establecimientos de comercio, suscribiendo además diferentes contratos de solicitud de servicios de tarjeta de crédito, telefonía celular y adquisición de

esta clase de equipos móviles, para lo cual se identificó con cédulas espurias, firmó pagarés y cartas de instrucción con información falsa, signó formatos de condiciones para la adquisición de dichos servicios telefónicos y cláusulas de permanencia en los respectivos planes, entre otros. Las fechas de los hechos, nombres de las personas suplantadas, comercios afectados, bienes y servicios obtenidos fraudulentamente se discriminan de la siguiente manera:

- 7 de abril de 2013, JHON JAIRO BETANCUR MEJÍA, Banco Davivienda, tarjeta crediticia; 7 de julio de 2012, ERMIN ENRIQUE FLOREZ VIVAS, Movistar, celular marca Samsung; 9 de julio de 2012, ERMIN ENRIQUE FLÓREZ VIVAS, Movistar, celular marca Samsung; 16 de julio de 2012, ERMIN ENRIQUE FLÓREZ VIVAS, Movistar, celular marca Samsung; 19 de octubre de 2011, GLORIA LUCÍA RESTREPO CARDONA, Comcel, dos celulares plan abierto; 3 de octubre de 2011, NIDIA JANETH GUTIERREZ, Tigo, celular marca Motorola; 1 de agosto de 2011, LUZ MERY MUÑETÓN QUINTERO, Tigo, celular marca Blackberry; 14 de julio de 2011, YULY MARCELA OQUENDO HERRERA, Tigo, celular Blackberry; 13 de agosto de 2011, ALEXANDER NARANJO GÓMEZ, Tigo, celular LG Cookie; 26 de agosto de 2011, CLAUDIA MILENA QUINTERO HERRERA, Tigo, celular Blackberry; 31 de agosto de 2011, JUAN PABLO PULGARÍN BETANCUR, tienda Fuzion Premium, productos varios; 10 de noviembre de 2010, LEIDER DAVID JULIO PERTUZ, almacén Zabas, productos varios; 15 de octubre de 2010, OSCAR ALBERTO MEJÍA RESTREPO, almacén Bata, productos varios; 13 de octubre de 2010, OSCAR ALBERTO MEJÍA RESTREPO, almacén Tiendacol, productos varios; 12 de octubre de 2012, OSCAR ALBERTO MEJÍA RESTREPO, Comcel, dos celulares. Los aparatos de telefonía celular se obtenían con su respectivo plan.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Por estos hechos, ante el Juzgado Treinta y Nueve Penal Municipal con funciones de control de garantías de esta ciudad, el Fiscal 165 Seccional formuló imputación contra JAIR MOSQUERA PINO por 8 falsedades en documento público agravado por el uso, que concursan con 47 conductas constitutivas de falsedades en documento privado, cargos aceptados por el

imputado en dicha sede, procediendo el ente persecutor a presentar ante los jueces con función de conocimiento escrito de acusación con allanamientos a cargos.

2. Correspondió por reparto el proceso en su etapa de conocimiento al Juzgado Once Penal del Circuito de Medellín, cuya titular, tras agotar las previsiones del artículo 447 del C.P.P. sobre individualización de pena y sentencia, procedió a la lectura de la sentencia de condena que fue impugnada por la representación de Davivienda como víctima, cuya inconformidad gravita en punto de la concesión del subrogado penal de la prisión domiciliaria al sentenciado.

3. En el fallo cuestionado, la a-quo, después de hacer un recuento del abundante material probatorio recolectado y de referirse a la aceptación libre, consciente y voluntaria del procesado respecto de su responsabilidad en la comisión de los ilícitos enrostrados, coligió sin duda alguna que JAIR MOSQUERA PINO, es el responsable de dichas conductas punibles, imponiéndole una pena de prisión de 97 meses 8 días. Como pena accesoria, la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término al de la pena privativa de la libertad, y en lo que es motivo de disenso por parte de la representación de la entidad bancaria afectada, esto es, la concesión de la prisión domiciliaria, considera que en este caso se cumple con los requisitos exigidos por el canon 38B del C. Penal para que proceda el subrogado penal, además, los delitos por los que se juzga al acusado no se encuentran enlistados en el art. 68A ibíd., el cual consagra la exclusión de beneficios y subrogados penales para dichos reatos; así, estimó procedente la concesión del mecanismo contemplado en el artículo 38 ejusdem.

DE LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA

El representante de la empresa Davivienda, al sustentar el recurso de alzada manifiesta su inconformidad con la concesión de la prisión domiciliaria al condenado, indicando que se demostró en el proceso que el justiciable cuenta con una sentencia condenatoria por delito doloso dentro de los cinco años anteriores. En consecuencia opera la expresa prohibición legal

contenida en el inciso 1º del artículo 68A del C. Penal, para la concesión de subrogados o beneficios penales. Con fundamento en este argumento solicita que se modifique en tal sentido el fallo apelado y se niegue la prisión domiciliaria al sentenciado.

INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES

La delegada fiscal como sujeto procesal no recurrente manifiesta que la a quo tuvo en cuenta el antecedente penal del que habla la representación de la víctima, para no conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena del art. 63 ibídem, con sujeción además a lo dispuesto en el canon 68A del C. Penal; no obstante en este caso se colman a satisfacción los requisitos previstos por el canon 38B del C. Penal para la concesión de la prisión domiciliaria. La juez singular concede el término de ocho días para que el penado repare los perjuicios a las víctimas y, en el caso de incumplir dicha obligación se revocará la concesión del aludido mecanismo. El condenado no puede reparar a las víctimas estando en prisión. Estos son los argumentos para deprecar la confirmación íntegra del fallo apelado.

Igual pedimento eleva el señor **defensor** del procesado, indicando que en este caso se dictó sentencia por un proceso que por error de la Fiscalía se adelantó por otra cuerda procesal cuando lo correcto habría sido que por conexidad se surtiera bajo un mismo proceso. En este sentido el aludido fallo no constituye antecedente penal por cuanto media la conexidad en la comisión de los reatos, fueron cometidos en un mismo tiempo y momento, son los mismos hechos aquí juzgados. Por un error de la Fiscalía se vulnerarían derechos del justiciable. En este caso se cumplen los requisitos del art. 38B del C. Penal para la concesión del sustitutivo penal de la prisión domiciliaria. En el artículo 68A del C. Penal la exigencia del inciso primero se refiere a los delitos enlistados en el inciso 2º.

CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER

A la luz de lo normado en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín la competente para decidir de fondo el recurso de alzada.

Es de precisar, que la competencia de la Colegiatura en virtud del recurso de apelación se restringirá a analizar el aspecto impugnado, esto es, si a la luz de los dispositivos legales aplicables en la materia, específicamente lo dispuesto en el artículo 68A del C. Penal. Adicionado. Ley 1142 de 2007, art. 32. Modificado. Ley 1453 de 2011, art. 28. Modificado. Ley 1474 de 2011, art. 13. Modificado. Ley 1709 de 2014, art. 32, es procedente la concesión del subrogado penal de la prisión domiciliaria de que habla el canon 38 del Código de las Penas. Modificado. Ley 1709 de 2014, art. 22, cuyos requisitos se analizan a la luz de lo dispuesto en el dispositivo 38B de la referida Ley. Adicionado. Ley 1709 de 2014, art. 23.

En efecto, el artículo 23 de la última legislación en comento, resulta aplicable por favorabilidad para este caso dado el monto de la pena, ya que prevé que la sentencia se debe imponer por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos, que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68A de la Ley 599/00, que se demuestre arraigo familiar y social del condenado y se garantice mediante caución el cumplimiento de las obligaciones allí descritas.

Ahora bien, en la parte final del primer inciso del artículo 68A del C. Penal, se prevé que se negará cualquier sustituto penal o beneficio para quienes tienen antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

De una simple lectura de la normatividad en cita, es fácil concluir que atendiendo únicamente al factor objetivo relacionado con el monto de la pena, así como al arraigo familiar y social, JAIR MOSQUERA PINO podría resultar beneficiado con el sustituto penal bajo análisis, al ser la pena de prisión efectivamente impuesta inferior a ocho años.

Ahora bien, frente a lo que es objeto de crítica por parte del representante del banco Davivienda, esto es, lo dispuesto en el inciso segundo del canon 32 de la Ley 1709 de 2014 que modificó el artículo 68A del C. Penal, es claro que en su literalidad se excluye de la posibilidad de acceder al beneficio de la prisión domiciliaria para aquellos condenados que dentro de los cinco años

anteriores tengan antecedentes penales. La letra de la norma en cita es la siguiente:

“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, lesiones personales con deformidad causadas con elemento corrosivo; 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”.*

Pues bien, entiende el apelante que el justiciable cuenta con antecedente penales por delito doloso dentro de los cinco años anteriores y como tal no puede ser beneficiado con el mecanismo sustitutivo de la pena de prisión dado que opera la expresa prohibición legal de la parte final del inciso primero del citado artículo 68A del C. Penal.

Para la correcta dilucidación del problema jurídico planteado en esta oportunidad a la Sala, resulta pertinente recordar que a la luz del precepto

superior 248, se consideran antecedentes penales, única y exclusivamente las condenas mediante sentencia judicial en firme. Enseña además la jurisprudencia que como tal se tiene en cuenta el existente al momento de la comisión de la conducta punible. Así, en sentencia del 18 de febrero del 2004, radicado 20.597, M.P. Mauro Solarte Portilla. “El concepto de antecedente penal... implica la existencia de una condena judicial definitiva... al momento de la comisión del delito que se juzga...”

Bajo esta premisa es que al tratarse de una norma de carácter restrictiva, surge atinado colegir conforme a lo dispuesto en la parte final del tantas veces citado primer inciso del artículo 68A del Código Sustantivo en materia penal, que en el concreto caso el justiciable no contaba con antecedentes penales para la fecha de comisión de los reatos juzgados en el sub examine como en la sentencia que se aporta como antecedente penal. Y es que si bien dicho dispositivo es expresión del poder de configuración normativa en cabeza del legislador, y en el apartado final del mencionado inciso se encumbra la reincidencia a criterio objetivo que excluye la concesión de beneficios o subrogados penales, sin que ello sea violatorio del principio del non bis in ídem. El solo contraste de las fechas de emisión de las dos providencias, una emitida el 18 de diciembre de 2014 y la otra el 1 de marzo del año en curso, con la data de comisión de la conducta más reciente a la que se hace alusión en aquellas, esto es, el 7 de abril de 2013, permite concluir con meridiana claridad que no le asiste razón al representante de víctimas en la formulación de la censura.

Al margen de lo anterior, y partiéndose del hecho que este fue el único tema de impugnación, huelga advertir que en el concreto caso del procesado MOSQUERA PINO, no es dable para esta Sala desmejorar la situación del justiciable, hecha esta salvedad, es menester entonces significar que en cumplimiento de la función pedagógica a ella encomendada resulta oportuno realizar un llamado de atención frente al proceso de calificación jurídica desarrollado por el ente persecutor en este concreto caso, y puntualmente en relación al concurso homogéneo del delito de falsedad en documento privado, ya que el aspecto fáctico puesto de presente en los fallos traídos a colación denota a todas luces que las conductas individualmente desarrolladas por el agente se dirigieron a la consecución de un plan criminal

propio de delitos contra el patrimonio económico, puesto que los diferentes actos ejecutados para suplantar a las víctimas según ese devenir criminal analizado, sin duda alguna estuvieron dirigidos a la materialización del delito de estafa, al margen de que este pueda o no concursar con otros tipos penales, siempre y cuando, obvio es decirlo, no resulte doblemente desvalorado su accionar.

Como puede colegirse sin mayores esfuerzos analíticos y en referencia a los punibles de menor entidad, es claro que la Fiscalía debió imputar el delito cuyo modelo típico en verdad recoge el accionar desviado ejecutado por el agente, esto es, el reato de estafa del art. 246 del C. Penal. De ahí que la desatinada calificación jurídica, que al igual pasó desapercibida para los falladores singulares, y se benefició así al agente con un punible de menor entidad punitiva; situación que al no ser objeto de la impugnación, conlleva a la Sala a mantener incólume, en respeto además de la titularidad de la acción penal, como de la potestad de la calificación jurídica, en cabeza de la Fiscalía.

Retomando la hilatura analítica planteada por la Magistratura de esta Sala en la presente oportunidad, es necesario concluir que conforme a lo visto en apartados anteriores de este fallo y toda vez que en la tramitación se aportó una sentencia que como quedó explicado no constituye antecedente penal por delito doloso dentro de los cinco años anteriores a la fecha de comisión de los delitos que actualmente se juzgan, se entiende superado este presupuesto de naturaleza objetiva que se exige en el inciso primero del canon 68A del Código Penal. La suma entonces de las distintas exigencias consagradas en el art. 38B ibídem, permiten un concepto favorable al respecto, como atinadamente lo concluyera la a quo, lo que fuerza la confirmación íntegra del fallo confutado.

De manera pues que en este asunto, no se advierte que la a quo se equivoque al conceder la prisión domiciliaria del art. 38 del C. Penal. Resta por decir que no desconoció la falladora singular la expresa prohibición legal contenida en la parte final del inciso 1º del artículo 68 del ibídem. Para resolver el puntual asunto de la concesión del referido mecanismo sustitutivo de la prisión en centro de reclusión, se dio el alcance debido a la sentencia

puesta de presente tanto por la Fiscalía como por la defensa al absolver las previsiones del art. 447 del C.P.P.

No obstante para arrojar mayor claridad sobre el asunto, es pertinente que se indique que no le asiste razón a la defensa cuando como sujeto procesal no recurrente afirma que la previsión del inciso primero del art. 68A del C. Penal se dirige exclusivamente a los delitos enlistados en el inciso 2º del referido canon. Repárese que el legislador realiza una prohibición genérica al respecto y acto seguido la conecta con el listado taxativo de ciertos delitos, utilizando la figura gramatical del adverbio de negación “tampoco”, para significar que en una u otra hipótesis es improcedente la concesión del aludido mecanismo sustitutivo de la pena de prisión en centro carcelario.

En este orden de ideas, al no hacerse necesario ahondar más en el asunto, y al haberse abordado el único tema de inconformidad sin encontrar vocación de prosperidad en los argumentos expuestos por el apelante, la Sala confirmará en su integridad la sentencia emitida por el Juzgado Once Penal del Circuito de Medellín con funciones de conocimiento, mediante la cual se concedió la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38 del C. Penal al condenado JAIR MOSQUERA PINO.

*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,*

RESUELVE:

CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE, la sentencia condenatoria de primera instancia proferida el primero (1º) de marzo del año que transcurre por la Juez Once Penal del Circuito de Medellín con funciones de conocimiento, en contra del señor JAIR MOSQUERA PINO, mediante la cual se le concedió el sustituto penal de la prisión domiciliaria, art. 38 del C. Penal.

Contra esta decisión procede el recurso de casación, que se interpondrá dentro del término común de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la misma.

Esta sentencia queda notificada en estrados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

RELEVANTE
SALA DE DECISIÓN PENAL

M. PONENTE	: CESAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
ACTA DE APROBACIÓN	: 25 DEL 13 DE MARZO DE 2018
RADICADO	: 05 001 60 00206 2013 37846
CLASE DE ACTUACIÓN	: APELACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA
FECHA	: 13 DE MARZO DE 2018
DECISIÓN	: CONFIRMA CONDENA
DELITOS	: FALSEDAD MATERIAL EN DOCUMENTO PÚBLICO AGRAVADO Y OTRO

DESCRIPTOR

- SUBROGADO PENAL DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA / REQUISITOS. CONSAGRACIÓN LEGAL / ANTECEDENTE JUDICIAL NORMATIVA LEGAL. JURISPRUDENCIA /

RESTRICTOR

- El mecanismo de la prisión domiciliaria prevista en el canon 38 del Código de las Penas es la que se analiza en sede de conocimiento.

- Por favorabilidad los requisitos exigibles al condenado en este caso para el reconocimiento de la prisión domiciliaria se encuentran contemplados en el artículo 38B del C. Penal. Modificado por el canon 23 de la Ley 1709 de 2014.

- La previsión legal en comento contempla que la pena mínima prevista en la ley sea de ocho años de prisión o menos, que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del art. 68A de la Ley 599/00, que se demuestre arraigo familiar y social del condenado y se garantice mediante caución el cumplimiento de la obligaciones descritas en el canon 38B del C. Penal

- Según el artículo 248 del C. Penal, única y exclusivamente se consideran antecedentes penales las condenas mediante sentencia judicial en firme.

- La jurisprudencia enseña que el concepto de antecedente penal implica la existencia de una condena judicial definitiva al momento de la comisión del delito que se juzga.