



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, jueves, veinticuatro de junio de dos mil veintiuno

Aprobado mediante acta número 0057 del dieciséis de junio de dos mil veintiuno

Magistrado Ponente
Ricardo De La Pava Marulanda

Por apelación interpuesta y sustentada por el defensor, conoce esta Corporación en segunda instancia el fallo proferido el 02 de octubre de 2020 por el Juez Veintiséis Penal Municipal de Medellín, mediante el cual condenó al acusado MARCOS DIAZGRANADOS CÁRDENAS a la pena principal de doce (12) meses de prisión, así como a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción privativa de la libertad, por hallarlo responsable del delito de HURTO CALIFICADO.

1. ANTECEDENTES

Los hechos que originaron este proceso fueron sintetizados así en el escrito de acusación:

“El 29 de septiembre de 2018, siendo aproximadamente las 23:20 horas en la carrera 81 N° 1-50 barrio Poblado de la ciudad de Medellín, el señor SEBASTIAN RAMÍREZ MARÍN se encontraba dentro de su vehículo Volkswagen Jetta color blanco de placas DJP094, avaluado en 44.000.000 de pesos, siendo abordado por el señor MARCOS DIAZGRANADOS CÁRDENAS y otros masculinos, quienes se movilizaban en un vehículo marca BMW, al bajar le apuntan a la víctima con armas traumáticas impactando vidrios del vehículo y la parte posterior, lo obligan a descender del vehículo, despojándolo del mismo, el señor MARCOS DIAZGRANADOS CÁRDENAS sube al vehículo de la víctima desplazándose en él como conductor y único tripulante, los demás hombres huyen en el vehículo marca BMW.”

En diligencias preliminares realizadas el 1° de octubre de 2018 ante el Juez Treinta y Uno Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín, luego de declararse la legalidad del procedimiento de captura, la Fiscalía le corrió traslado al señor MARCOS DIAZGRANADOS CÁRDENAS del escrito de acusación, bajo los parámetros de la Ley 1826 de 2017, en el que se le endilgó la comisión de la conducta punible de HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO (artículos 239, 240 numeral 1° y 241 numeral 10° del código penal), cargo que no fue aceptado por el implicado. Acto seguido, se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario al implicado, privación de la libertad que fue revoca en segunda instancia.

La audiencia concentrada se llevó a cabo el 05 de febrero de 2019 en el Juzgado Veintiséis Penal Municipal con funciones de conocimiento de Medellín, y el 03 de agosto de 2020, luego de una petición elevada por el nuevo defensor técnico, el fallador decretó la nulidad de la diligencia precitada aduciendo una vulneración al derecho de defensa del procesado.

El 07 de septiembre de 2020 se instaló nuevamente la audiencia concentrada y al inicio de la misma la defensa solicitó el aplazamiento de la diligencia con la finalidad de llegar a un acuerdo con la víctima para cancelarle los perjuicios, petición a la que accedió el a quo por lo que la diligencia finalmente se celebró el día 15 siguiente, oportunidad en la cual el delegado de la Fiscalía modificó el escrito de acusación retirando la circunstancia de agravación punitiva que le había sido atribuida al señor DIAZGRANADOS CÁRDONA (numeral 10 del artículo 241 del código penal), aduciendo para ello la falta de respaldo probatorio para demostrar su real configuración, por lo que aclaró que la acusación definitiva era por el delito de HURTO CALIFICADO.

Posteriormente, en la misma diligencia el procesado manifestó su deseo de allanarse y el apoderado de la víctima informó que a su representado se le restituyó el valor del incremento patrimonial y se le hizo el pago de los perjuicios, cifra que fue acordada en \$3.000.000, por lo que el juzgador de primera instancia pasó a verificar y aceptar la aceptación unilateral de los cargos, emitió el sentido del fallo condenatorio y corrió el traslado a las partes del que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

Por último, el 02 de octubre de 2020 se corrió traslado de la sentencia anticipada, decisión que es objeto de

impugnación por parte del defensor en punto de la rebaja reconocida por el allanamiento y la negación del subrogado penal.

2. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

En punto de la controversia, el sentenciador de primera instancia dosificó la pena ubicándose en el primer cuarto y fijó la sanción en el límite inferior, esto es, 72 meses de prisión, cifra a la cual le redujo una tercera parte por el allanamiento a cargos de conformidad con lo establecido en el numeral 1° del artículo 542 del código de procedimiento penal, argumentando que la aceptación de cargos se realizó en desarrollo de la audiencia concentrada luego de que la Fiscalía hiciese una variación de la adecuación típica en favor del implicado, para llegar a una pena de 48 meses de prisión, guarismo al que a su vez le rebajó el 75% en atención al pago de los perjuicios ocasionados a la víctima, por lo que la sanción privativa de la libertad quedó en definitiva en 12 meses.

Y sobre los subrogados penales deprecados por el defensor, anotó el juzgador que si bien en la audiencia de individualización de pena y sentencia el abogado sustentó su petición en la decisión adoptada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá el 02 de mayo de 2014 dentro del radicado 110013104037201000440, advierte que tal pedimento debe ser resuelto negativamente aún sin evaluar la argumentación contenida en el fallo en mención pues aunque la jurisprudencia es una fuente auxiliar de interpretación de la ley, para el caso nos ocupa no hay lugar a análisis alguno en procura de obviar la restricción que, bajo la libre configuración legislativa, se previó para la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión

domiciliaria pues mediante el artículo 68A del código penal, modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, se elaboró una relación de conductas delictivas para las cuales están prohibidos los subrogados atrás citados, listado que debe acogerse de manera literal y dentro del cual se halla justamente el delito de hurto calificado por el cual se emite juicio de reproche en esta actuación.

3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO.

El defensor cuestiona la decisión de primera instancia únicamente en dos aspectos concretos: el porcentaje de la rebaja reconocida al procesado por el allanamiento a cargos y la negación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Frente al primer tópico sostiene el recurrente que debe reconocérsele al procesado una rebaja de pena del 50% pues ¿qué otro momento procesal permite rebajar ese porcentaje cuando desde el traslado del escrito de acusación se advierte que la imputación no se compadece con el núcleo fáctico y puede ser equivocada, en donde de allanarse forzosamente en ese momento sería violatorio del derecho a un proceso justo, debido y con plenas garantías?

Anota que pese a la emisión de la sentencia 25726 del 21 de febrero de 2007, ni el legislador a través de su poder configurativo ni el juez de cierre en lo penal por vía jurisprudencial, han logrado determinar claramente el momento preciso y el monto de rebaja punitiva cuando se lee claramente que la adecuación típica no es proporcionada o concomitante con la conducta a investigar,

por lo que no es justo que una vez se encause el "binomio" núcleo factico-adequación jurídica, no se conceda la rebaja de hasta la mitad de la pena teniendo en cuenta que dicho yerro no se dio por el accionar del procesado pues no es de su órbita o competencia, y en cambio lo que sí desea es no desgastar a la judicatura desde esa etapa inmediatamente subsiguiente.

Aduce que precisamente en el caso sometido a estudio el representante de la Fiscalía advirtió que con sus propios elementos con vocación probatoria no había forma de llevar al debate, con probabilidad de verdad, el agravante contenido en el numeral 10 del artículo 241 del código penal, entonces, fue esa la razón por la cual pidió la rebaja de la pena del 50% ya que el allanamiento se dio en el momento preciso en el que se corrigió el escrito de acusación luego de la nulidad parcial concedida, además que se indemnizó a la víctima de manera integral y de manera extra proceso se le advirtió al a quo que la intención no era llegar hasta la audiencia concentrada.

Por otra parte, como segundo punto expuso que el juez de primera instancia ha incurrido en un falso juicio de legalidad por ausencia de interpretación de la norma pues lo que le mostró en la argumentación para hacer la solicitud respectiva fue precisamente una fuente normativa por vía jurisprudencial realizada por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, (radicado 110013104037201000440 del 02 de mayo de 2014. M.P. FLÓREZ RODRÍGUEZ MEX ALEJANDRO) que en estudio del artículo 63 del código penal arribó a la siguiente conclusión: *"Otra inconsistencia que se presenta desde la propuesta gubernamental es no haberse consagrado expresamente cuáles son los requisitos para la suspensión de la ejecución de la pena frente a quien carece de antecedentes penales, pero se trata*

de uno de los ilícitos "contenidos en el inciso segundo del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000", pues esta situación no encaja en los ordinales segundo y tercero del artículo 29 de la Ley 1709 de 2014. Como el ordinal segundo contempla el evento en que se concede el sustituto con sólo reunirse el factor objetivo, se concluye que cuando se procede por uno de los delitos enlistados en el inciso segundo del artículo 68 A del Código Penal no está prohibido su otorgamiento, sino que debe estudiarse la exigencia subjetiva del ordinal segundo y de reunirse, conceder el beneficio".

Expresa el censor que ese era el análisis puesto de presente para su valoración, esperando que el a quo por lo menos se pronunciara en su sano criterio y que de no acogerlo expusiera sus argumentos con suficiencia para sustentar la decisión, pero que en cambio se despachó de manera ligera la petición atendiendo solo a la fría literalidad del artículo 68A del código penal, desconociendo el estado de derecho propio del garantismo, de la filosofía antropocéntrica y el sistema de precedentes que con el advenimiento de la Constitución Política de 1991 obliga a hacer una lectura holística y omnicomprensiva del artículo 230 de dicho texto superior, pues el concepto de Ley en marco del estado demoliberal implica la integración desde los principios hipotético-normativos, pasando por principios-cánones rectores ínsitos explícitamente en la Constitución, hasta la más ínfima de las normas de carácter local.

Menciona que la Ley 1709 de 2014 obstaculizó la filosofía institucional del sistema con tendencia acusatoria en el que la prisión intramural es exclusiva y excluyente y no regla general, y que en el caso del señor DIAZGRANADOS CÁRDENAS el monto de la pena es de un (1) año, indemnizó a la víctima, carece de antecedentes penales, tiene arraigo familiar y un comportamiento

laboral y social decoroso, pero que como no existe ordinal expreso en dicha ley para quien cumple el requisito subjetivo pero su delito está enlistado en el artículo 68A de la Ley 599 de 200, el fallador debió haber observado y acatado la posición jurisprudencial citada y en consecuencia brindarle la libertad condicionada al sentenciado.

Es así como el recurrente deprecó la revocatoria de la sentencia impugnada y en consecuencia se otorgue la rebaja de hasta la mitad de la pena del tipo base por el allanamiento a cargos, concediéndole además al acusado la suspensión condicional de la ejecución de la misma.

4. CONSIDERACIONES

Es competente esta Corporación para examinar, por vía de apelación, el fallo proferido por el Juez Veintiséis Penal del Municipal con función de conocimiento de Medellín, de conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004. El examen se contraerá exclusivamente a los temas del disenso dada la naturaleza rogada de la segunda instancia.

El primer tema de controversia planteado en el disenso es el porcentaje reconocido como rebaja por el allanamiento, el cual considera el señor Defensor como insuficiente por cuanto la aceptación unilateral de cargos de su prohijado se dio inmediatamente después de la corrección del escrito de acusación luego de la nulidad parcial decretada por el a quo, planteamiento frente al cual se debe indicar que la disminución de una tercera parte

otorgada como descuento resulta acorde con la etapa procesal en la que se dio dicha admisión de responsabilidad penal.

Recuérdese que en el sub judice si bien al inicio de la audiencia de juicio oral la defensa elevó una solicitud de nulidad por la indebida defensa técnica que tuvo el señor DIAZGRANADOS CÁRDENAS durante la audiencia concentrada llevada a cabo el 05 de marzo de 2019, petición que le fue admitida, lo cierto es que fue luego de instalada la nueva diligencia que se dio la aceptación de cargos, por lo que deviene completamente aplicable el inciso 3º del artículo 539 del código de procedimiento penal, sin que resulte de recibo la manifestación del censor de que de manera extra proceso le había manifestado al juzgador de primera instancia que su intención era no llegar hasta la audiencia concentrada, pues si de verdad ese era su propósito debió haber agotado el trámite dispuesto en el inciso primero de la norma precitada¹ y no esperar hasta que el acto procesal estuviese en curso, máxime cuando las acciones válidas para el proceso son las que en efecto se dan al interior del trámite penal, por lo que las conversaciones o acuerdos tratados por fuera del ámbito judicial no gozan de eficacia.

Adicionalmente, esta Colegiatura resalta que la petición de nulidad parcial se fundamentó en la transgresión del derecho de defensa en atención a la actuación desplegada por el anterior defensor durante la audiencia concentrada, pero en ningún momento en dicha solicitud se manifestó algo sobre la calificación jurídica que se le dio a la conducta delictiva y con la cual se hubiese entorpecido el hecho de que se produjera el allanamiento a cargos en la primera etapa procesal prevista en la ley.

¹ Artículo 539. Aceptación de cargos en el procedimiento abreviado. Si el indiciado manifiesta su intención de aceptar los cargos, podrá acercarse al fiscal del caso, en cualquier momento previo a la audiencia concentrada.

Por otra parte, en lo concerniente al segundo problema jurídico observamos que el legislador ha regulado los subrogados penales y los beneficios a que tienen derecho los condenados, utilizando diversas pautas para su dinámica, dentro de las cuales se encuentran criterios subjetivos y objetivos, entre ellos la modalidad y gravedad de las infracciones objeto de la punición, lo que significa que para el legislador existen conductas que por su especial connotación y gravedad requieren un tratamiento diferenciado en punto de esos subrogados y beneficios, como es el caso del "hurto calificado", delito consagrado en el Capítulo I del Título VII, del Libro II del Código Penal.

Es así como al estar enlistado el delito de hurto calificado dentro del catálogo de conductas contenidas en el artículo 68A del código penal, norma que excluyó de los beneficios y subrogados a los condenados por dicho punible, ninguna duda surge en torno a que en el presente evento resulta completamente improcedente conceder el sustituto de la suspensión de la ejecución de la condena, indistintamente de que el señor MARCOS DIAZGRANADOS CÁRDENAS pudiera cumplir con el quantum de la pena y los requisitos subjetivos para tal subrogado, pues al no superarse una exigencia de carácter objetivo como lo es la prohibición taxativa referida, inocuo resultaría pasar a referirse sobre los demás aspectos personales, sociales y familiares expuestos por el recurrente.

Entonces, el condenado no satisface todos los presupuestos contenidos en el artículo 63 del código penal, modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, pues nótese que la regulación estipula que los sustitos penales estudiados

proceden siempre y cuando *“no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68A de la Ley 599 de 2000”*.

Es apenas entendible que al señor DIAZGRANADOS CÁRDENAS se le apliquen las normas vigentes que regulan la materia, dentro de las cuales se encuentra el artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el cual no riñe de manera alguna con el artículo 4 ibídem, que señala las funciones de la pena, pues fue precisamente en virtud del cumplimiento de éstas que el legislador consideró que algunas conductas, dentro de las cuales se encuentra el hurto calificado, requerían un tratamiento diferenciado en punto de subrogados y beneficios y procedió a incluir dicha exclusión en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que no resulta de recibo la solicitud en punto de inaplicar en este evento la restricción referida bajo la realización de una ponderación de ésta frente a los requisitos objetivos y subjetivos plasmados en las normas que regulan el subrogado penal estudiado.

Adicionalmente, el censor incurre en un error cuando aduce que el a quo inobservó un precedente judicial al no argumentar las razones por las cuales se apartaba de lo decidido por una sala de decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, pues debe recordarse que solo las providencias proferidas por las altas Cortes tienen fuerza vinculante al ser las únicas Corporaciones que hacen un desarrollo jurisprudencial de los asuntos que estudian, razón por la cual la decisión citada por el defensor en su disenso no obligaba al Juez Veintiséis Penal Municipal de esta ciudad de manera tal que tuviese que pronunciarse sobre las conclusiones a las que allí se arribaron, recuérdese que la simple divergencia sobre la apreciación normativa no constituye una vía de

hecho, por lo que dicha tesis del recurrente tampoco está llamada a prosperar.

No observa esta Colegiatura yerro alguno ni falta de motivación al no haberse realizado el estudio jurisprudencial pedido por el recurrente en la decisión emitida por el fallador de primera instancia en lo que es motivo de apelación, pues los argumentos del disenso están dirigidos a elaborar una teoría, que dicho sea de paso resulta inaceptable de conformidad con lo expuesto en este proveído, según la cual el señor MARCOS DIAZGRANADOS CÁRDENAS es beneficiario de la suspensión condicional de la ejecución de la pena en razón a una tesis particularmente asumida por otro funcionario judicial, ello a pesar de haber sido condenado por uno de los delitos enlistados en el artículo 68A del código penal.

En conclusión, como el descuento punitivo reconocido por el allanamiento se encuentra acorde con la etapa procesal en la que se dio dicha admisión de responsabilidad, y la prohibición de conceder sustitutos penales consagrada en el artículo 68 A del texto penal resulta atribuible, entre otros, para el delito de hurto calificado, mismo por el que fue condenado de manera consensuada y anticipada el señor MARCOS DIAZGRANADOS CÁRDENAS, esta Corporación ratificará la sentencia proferida el 02 de octubre de 2020 por el Juzgado Veintiséis Penal Municipal con funciones de conocimiento de Medellín.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia de naturaleza y origen conocidos.

SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado