

*Radicado. Nro. 05001 60 00000 2021 00930*  
*Acusados: Cristian Camilo Yepes Agudelo, Johan Alejandro*  
*Taborda Pescador, Ever Fernando Morales Marín y*  
*Yefry Duván Vargas Saldarriaga*  
*Delito: Concierto para delinquir y otro.*



**Sentencia de segunda instancia**  
**Radicado. Nro. 05001 60 00000 2021 00930**  
**Acusados: Cristian Camilo Yepes Agudelo, Johan**  
**Alejandro Taborda Pescador, Ever Fernando**  
**Morales Marín y Yefry Duván Vargas Saldarriaga**  
**Delito: Concierto para delinquir y otro.**  
**Asunto: Apelación sentencia condenatoria**  
**Decisión: Confirma y modifica**  
**Magistrado Ponente: Pío Nicolás Jaramillo Marín**  
**Aprobada por Acta Nro. 111**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**

**Sala Novena de Decisión Penal**

**Medellín, diecinueve de septiembre de dos mil**  
**veintidós.**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación  
interpuesto por la Defensa de los señores **Ever Fernando Morales**  
**Marín y Yefry Duván Vargas Saldarriaga**, contra la sentencia Nro.

004 proferida por el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de Medellín, el 14 de febrero del año en curso, mediante la cual declaró penalmente responsables a los señores **Cristian Camilo Yepes Agudelo, Johan Alejandro Taborda Pescador, Yefry Duván Vargas Saldarriaga y Ever Fernando Morales Marín** por la comisión del delito de Concierto para delinquir; para el último en concurso con Hurto calificado y agravado; imponiéndoles a los tres primeros la pena de veinticuatro (24) meses y para **Morales Marín** la de veinticinco (25) meses de prisión, además de una accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad. A **Yepes Agudelo, Taborda Pescador y Morales Marín** se les negó el subrogado y el sustituto penal, mientras que a **Vargas Saldarriaga** se le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena bajo caución prendaria.

## **1. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL:**

De acuerdo con el escrito de acusación y el fallo de primera instancia, las conductas delictivas atribuidas a los procesados se presentaron en las siguientes circunstancias espacio temporales:

En el barrio Manrique de la ciudad de Medellín tienen asiento varios grupos delincuenciales, entre ellos, los denominados “La Banca” y “Barrios Unidos”, cuya injerencia particular se centra en los sectores de El Jardín y Barrios Unidos, cuya finalidad es la de cometer distintas conductas punibles, tales como el hurto de vehículos y a personas, y la comercialización de los elementos hurtados –íntegros o por partes–, con una marcada división de tareas entre sus integrantes.

La organización denominada “La Banca III” está conformada, entre otros, por **Cristian Camilo Yepes Agudelo**, alias “Guaji” o “Guajiro”, quien estuvo vinculado entre el 29 de enero y el 28 de junio de 2021; **Johan Alejandro Taborda Pescador**, alias “Pestañita”, integrante entre el 28 de abril de 2017 al 2 de abril de 2019; **Yefry Duván Vargas Saldarriaga**, alias “Mochicho” o “Monchicho”, participante entre el 4 de abril y el mes de agosto de 2018; y, **Ever Fernando Morales Marín**, alias “Burro Mediano”, relacionado entre el 14 de noviembre de 2017 y el mes de agosto de 2018.

Además, a **Morales Marín** se le vinculó con el hurto de la motocicleta de placas IST-10E, marca Yamaha, línea YBR125ED, color gris azul, modelo 2019, el cual ocurrió el 14 de agosto de 2018 a las 03:15 horas, en la carrera 75 Nro. 97-50, barrio San Martín de Porres de esta ciudad, mediante la modalidad de halado, cuya víctima era Daniel Stiven Aguirre Robledo.

Para los días 30 de junio y 1 y 2 de julio de 2021, ante el Juzgado Veinte Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín<sup>1</sup> se legalizó el procedimiento de allanamiento, incautación de elementos y de captura, entre otros, de los aquí señalados; seguidamente se les formuló imputación así: a **Cristian Camilo Yepes Agudelo, Johan Alejandro Taborda Pescador y Yefry Duván Vargas Saldarriaga** como presuntos autores del delito de Concierto para delinquir con fines de hurto, de acuerdo con el artículo 340 del Código Penal, y a **Ever Fernando Morales Marín** como presunto coautor del delito de Hurto calificado y agravado en concurso con Concierto para delinquir, de conformidad con los artículos 239, 240, 241 y 340 C.P.; cargos que no fueron aceptados por los citados

---

<sup>1</sup> Archivos digitales denominados “006ActaLegalizaciones30Junio2021”; “013ActaImputacionySolicitudMedida1Julio2021 y “017ActaImposicionMedida2Julio2021”.

ciudadanos. Finalmente, a **Yepes Agudelo** y a **Taborda Pescador** se les impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento de reclusión, mientras que a **Vargas Saldarriaga** y **Morales Marín** se les impuso medidas de aseguramiento no privativas de la libertad.

El reparto del conocimiento del escrito de acusación con preacuerdo correspondió al Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de Medellín<sup>2</sup>, el cual, el 14 de febrero de 2022<sup>3</sup>, verificó la legalidad del preacuerdo, individualizó la pena y emitió la correspondiente sentencia condenatoria, la que fue recurrida por la defensa con la en apelación<sup>4</sup>.

## **2. LA PROVIDENCIA RECURRIDA:**

El juzgado de primera instancia indicó que una vez llevado a cabo el escrutinio de los elementos materiales y de la evidencia física con vocación probatoria allegados al expediente, encontró colmadas las exigencias del artículo 275 del Código de Procedimiento Penal, lo que junto con la manifestación preacordada de culpabilidad manifestada por cada uno de los encartados –de acuerdo al Art. 283 *lb.*– lleva a la certeza sobre la materialidad de los hechos y sobre su responsabilidad penal en la comisión de la conducta punible de Concierto para delinquir, y para **Ever Fernando**, adicionalmente, la de Hurto calificado y agravado.

Encuentra que se presentan los presupuestos de tipicidad y de antijuridicidad en tanto existen elementos para ello, lo que

---

<sup>2</sup> Archivo digital denominado "030ActaRepartoEscritoAcusacionPreacuerdo".

<sup>3</sup> Archivo digital denominado "065ActaAudienciaLecturaSentencia".

<sup>4</sup> Archivo digital denominado "072SustentacionRecursoRecurrente".

junto con la manifestación de culpabilidad es suficiente para emitir condena en los términos del artículo 372 C.P.P.<sup>5</sup>.

### 3. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

El defensor recurrente planteó su apelación en dos sentidos. El primero, relacionado con el señor **Yefry Duván Vargas Saldarriaga**, toda vez que la concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena se supeditó al pago de caución prendaria por un valor de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, situación que fue sorpresiva, pues además de no ser un requisito para acceder al beneficio, tampoco se tuvieron en cuenta sus condiciones socioeconómicas, en especial su estrato social, para imponer una caución de esa cuantía, lo cual de manera implícita deriva en la negativa del beneficio; de ahí que solicite la imposición de sólo la diligencia de compromiso, o una caución menor a un salario mínimo legal mensual vigente.

Respecto de **Ever Fernando Morales Marín** se limita a la negativa de concesión de la prisión domiciliaria como sustituto de la intramural, pues el artículo 68A del Código Penal en casos particulares se puede inaplicar haciendo uso de la “*excepción de inconstitucionalidad*” frente a la necesidad de la imposición de la pena, porque para ello se debe realizar una valoración de aspectos como la reincidencia, el arraigo, la retribución a la sociedad –trabajo o estudio– el arrepentimiento, de ahí que la norma no puede ir en contravía de la finalidad constitucional de la pena privativa de la libertad que no es otra distinta a la prevención especial positiva.

---

<sup>5</sup> Archivo digital denominado “066SentenciaCondenatoria004”.

Lo anterior –sostiene– sirve como fundamento para que los jueces se limiten a verificar que el delito esté enlistado para negar automáticamente el subrogado, sin hacer un análisis subjetivo.

Por ello, solicita que se revoque la decisión de primera instancia para que se valoren los factores subjetivos del encartado y se le conceda la sustitución de la pena intramural por la domiciliaria<sup>6</sup>.

#### **4. CONSIDERACIONES:**

La competencia de esta Corporación se restringe en la presente oportunidad a decidir sobre los pedimentos elevados por el recurrente, extendida desde luego a los que le estén vinculados en forma inescindible, sin que advierta irregularidad alguna en el trámite, y menos aún, con la entidad suficiente para generar la invalidación de lo actuado y, en consecuencia, resulta viable abordar el estudio de fondo del asunto.

Por el apelante se ponen a consideración de esta Corporación dos problemas jurídicos. El primero, relacionado con el valor de la caución prendaria que le fue impuesta a **Yefry Duván Vargas Saldarriaga** para gozar de la suspensión condicional de la ejecución de la pena consagrada en el artículo 63 del Código Penal. Y, el segundo, la denegación de la prisión domiciliaria en favor de **Ever Fernando Morales Marín**, en tanto no debe aplicarse la prohibición señalada en el artículo 68A del Código Penal.

De cara a resolver el primer problema jurídico planteado, es deber recordar que **Yefry Duván Vargas Saldarriaga**

---

<sup>6</sup> Archivo digital denominado "072SustentacionRecursoRecurrente".

fue condenado en virtud del preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y la Defensa, que además fue aceptado por el encartado, por medio del cual admitía su responsabilidad en la comisión del delito de Concierto para delinquir, establecido en el artículo 340 del Código Penal, a cambio del reconocimiento de un descuento punitivo de la mitad de la pena, estableciendo una sanción de veinticuatro (24) meses de prisión, además del reconocimiento del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena consagrada en el artículo 63 *Ibídem*.

Este último tópico acordado se encuentra regulado en el Código Penal, en cuyo artículo 63 de establecen los requisitos que se deben cumplir para la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena –los cuales no hay lugar a discutir que se encuentran acreditados para el caso en particular–, mientras que en el artículo 65 de consagran las obligaciones que debe comprometerse a cumplir el beneficiario, así:

*“OBLIGACIONES. El reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la libertad condicional comporta las siguientes obligaciones para el beneficiario:*

- 1. Informar todo cambio de residencia.*
- 2. Observar buena conducta.*
- 3. Reparar los daños ocasionados con el delito, a menos que se demuestre que está en imposibilidad económica de hacerlo.*
- 4. Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la sentencia, cuando fuere requerido para ello.*
- 5. No salir del país sin previa autorización del funcionario que vigile la ejecución de la pena.*

**Estas obligaciones se garantizarán mediante caución”.**

La consagración normativa establece la necesidad de garantizarlas mediante caución, y las cauciones “*son garantías*

*suscritas por los sujetos procesales destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por éstos durante el proceso, así como a garantizar el pago de los perjuicios que sus actuaciones procesales pudieran generar a la parte contra la cual se dirigen. (...) . Las cauciones operan entonces como mecanismos de seguridad y de indemnización dentro del proceso<sup>7</sup><sup>8</sup>*

De manera particular para el caso del proceso penal, las mismas han sido entendidas por la jurisprudencia como garantías para establecer la comparecencia al proceso de la persona que está siendo investigada<sup>9</sup>, sin embargo, no se cuenta con una expresa regulación de lo que debe ser impuesto como tal, de ahí que en virtud de los principios de autonomía y discrecionalidad judicial corresponde al funcionario judicial establecerla.

Conforme con lo anterior, importan los principios que regulan las sanciones penales que establece el artículo 3 del Código Penal, pues su determinación debe responder –además de los criterios de legalidad– a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. Circunstancia que también se hace extensible al momento de determinar si la caución será juratoria o prendaria, y en este último caso, su monto.

Dicha discusión ha sido abordada por la Corte Constitucional resaltando que para la determinación de los criterios para establecer la caución de una persona son dos, la condición

---

<sup>7</sup> Numerosos ejemplos de éste segundo tipo de cauciones se encuentran en el derecho civil. Así, a manera de ejemplo, en el artículo 47 del Código de Procedimiento Civil se establece la obligación para el agente oficioso de prestar caución para responder porque el demandante ratificará su actuación. Si así no sucede, la garantía indemniza los perjuicios causados por su actuación procesal. Del mismo modo, se establece en el artículo 519 de la misma regulación que se deberá prestar caución para impedir o levantar embargos dentro del proceso ejecutivo; así como se dispone, en el artículo 513 que dentro del proceso ejecutivo, deberá prestarse caución para solicitar medidas cautelares con el fin de garantizar el pago de los perjuicios que dichas medidas pudieran ocasionar al demandado o a terceros.

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-316 de 2002.

<sup>9</sup> *Ibidem*.



económica del procesado y la gravedad de la conducta punible, siendo potestad del funcionario judicial propender por armonizarlas.

Así ha indicado:

*“En Colombia, los criterios escogidos por el legislador fueron la condición económica del procesado y la gravedad de la conducta punible (artículo 369 de la Ley 600 de 2000). Estos parámetros buscan que a mayor gravedad del delito investigado, mayor monto tenga la caución, pero, en sentido contrario, cuando la conducta punible investigada es de menor entidad entonces la caución también ha de ser menor. La gravedad de la conducta depende de varios elementos, como la importancia del bien jurídico tutelado por el tipo penal, las circunstancias en que ésta fue realizada, la pena establecida por el legislador y la magnitud del daño ocasionado. Por ejemplo, los delitos relativos al narcotráfico, si bien no comprometen directamente la vida y la libertad, son especialmente graves a la luz de estos elementos. No obstante, la gravedad de la conducta punible no es el único criterio que el legislador ha establecido para guiar al juez. El segundo parámetro es la condición económica del procesado de tal manera que a mayor capacidad económica, más elevado sea el monto de la caución, sin exceder el máximo fijado en la ley. En sentido inverso, si las condiciones económicas del procesado son las de una persona pobre, violaría el principio de proporcionalidad fijar una caución que excede su capacidad económica. La coexistencia de criterios plantea el problema de cómo se han de armonizar en cada caso cuando ambos parecen enfrentados.*

*En efecto, puede suceder que una persona de escasos recursos sea investigada por una conducta punible muy grave, como el homicidio, o, por el contrario, que una persona adinerada sea investigada por un delito de menor gravedad relativa. En esas circunstancias, corresponde al juez penal ponderar en cada caso concreto los criterios sin darle prevalencia a uno sobre el otro, sino tratando de armonizarlos. Dicha armonización ha de apuntar al logro de los fines de la caución, v.gr. asegurar que quien será dejado en libertad regrese a afrontar, si fuere el caso, el proceso; garantizar el pago de una eventual indemnización; y permitir el goce inmediato de la libertad provisional sin esperar a que la providencia correspondiente quede en firme. Por esta razón, sería desproporcionadamente baja una caución que no propenda por tales fines en el caso concreto y sería desproporcionadamente elevada una caución que impida de manera absoluta, dadas las condiciones económicas del procesado, el goce efectivo de la libertad provisional”<sup>10</sup>.*

---

<sup>10</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-039 de 2003.

Dicho pronunciamiento es perfectamente aplicable para el caso que hoy ocupa la atención de esta Colegiatura, en la medida en que el recurrente advierte que la caución de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes impuesta por el juez de primera instancia al señor **Yefry Duván Vargas Saldarriaga** para el disfrute del subrogado reconocido, se torna desproporcionada, al punto que se convierte en una forma de negar el acceso al beneficio.

A pesar de lo lacónico del recurso al respecto, se debe partir de que el señor defensor de este procesado en la audiencia de individualización de la pena se limitó a recordar los términos del preacuerdo cuando se estipuló el reconocimiento del subrogado, sin que hubiera dicho absolutamente nada en relación con la caución, ni siquiera mínimamente deprecó porque fuera juratoria. Tal como se alega en esta oportunidad, aunado a que esa situación no fue objeto de negociación.

Adicionalmente, tampoco se aportó ningún elemento para que el juez de primera instancia pudiera establecer una caución distinta a la impuesta. Su accionar se tornó pasivo e incompleto en aras de brindar los recursos y las herramientas suficientes para que el juez adoptara su decisión. Omisión que es atribuible única y exclusivamente a este sujeto procesal y no a otro.

Aunque lo anterior daría lugar a abstenerse de estudiar el recurso planteado, no es menos cierto que el estudio para la concesión o no de la suspensión condicional de la ejecución de la pena es un tema que debe ser abordado de oficio o a petición de parte, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 63 del Código Penal.

Una vez verificado el expediente se pueden establecer las condiciones económicas y sociales del señor **Yefry Duván Vargas Saldarriaga**, máxime cuando así quedaron consagradas en el escrito de preacuerdo y en la sentencia. Así entonces, se tiene que este procesado cuenta con séptimo grado de instrucción, vive en unión libre con la señora Evelin Jhoana Jaramillo y su ocupación es la de lavador de motocicletas y oficios varios.

De acuerdo con lo anterior, no queda duda de que el delito por el cual está siendo condenado es uno de los de mayor gravedad, en la medida en que vulnera el bien jurídico de la seguridad pública al hacer parte de una asociación con miras a realizar actos delictivos en contra del conglomerado social, siendo un hecho notorio que la ciudad de Medellín ha sido históricamente afectada con el actuar de diversas bandas criminales, entre ellas, aquella de la cual hacía parte el hoy sentenciado, por lo cual la magnitud del daño ocasionado se encuentra acreditada.

Sin embargo, al entrar al estudio de las condiciones económicas del procesado se puede concluir fácilmente que no cuenta con una mayor capacidad para poder sufragar el pago de una caución por cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes que le fue impuesta en la primera instancia pues sus ingresos, derivados de la labor de lavador de motocicletas y de oficios varios, no terminan siendo suficientes para sufragarla, lo cual la torna desproporcionada.

En aras de lograr una armonización entre los dos conceptos señalados por la jurisprudencia para que el señor **Yefry Duván Vargas Saldarriaga** pueda gozar de la suspensión

condicional de la ejecución de la pena, considera esta Sala de Decisión que no es procedente variar de caución prendaria a juratoria en atención al respeto por la decisión del fallador, pero si es posible disminuirla a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, pues tal como se expuso en precedencia el delito por el cual está siendo condenado el encartado es de mayor gravedad contrastado con su capacidad económica, siendo la anterior suma armónica entre ambos conceptos.

En consecuencia, se deberá modificar el ordinal cuarto de la providencia de primera instancia, en el sentido de que la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena se hará bajo una caución prendaria en cuantía de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, la que bien puede ser constituida en dinero o en póliza de garantía, en lo restante se mantendrá lo señalado en el fallo.

Superado lo anterior, es necesario analizar el segundo problema jurídico planteado, esto es, el relativo a la concesión de la prisión domiciliaria en favor del señor **Ever Fernando Morales Marín**, en tanto no debería aplicarse la prohibición señalada en el artículo 68A del Código Penal.

Para dilucidar lo anterior, se debe traer a colación lo reglado en el artículo 68A del Código Penal, a saber:

*“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 recaiga 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**; abigeato enunciado en el inciso tercero del artículo 243; extorsión; homicidio agravado contemplado en el numeral 6 del artículo 104; lesiones causadas con agentes químicos, ácidos 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 objeto 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 antipersonales.*

*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 1o. 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 2o. 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.”*

Para efectos de la concesión o no de la prisión domiciliaria, teniendo en cuenta el anterior precepto, conviene recordar lo que establece el numeral segundo del artículo 38B:

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

Traído a colación el anterior marco legal, lo primero que debe indicarse es que la norma excluye de manera literal la concesión de la prisión domiciliaria cuando se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso segundo del artículo 68A del C.P., no siendo la solicitud elevada por la defensa un acierto jurídico, en la medida en que el delito de Hurto calificado se encuentra expresamente señalado en el listado de exclusiones.

En tales condiciones, pese a lo lacónico del argumento para negar el sustituto, por parte del juez de primera instancia, en la providencia que se revisa, no hay lugar a señalar una indebida o insuficiente motivación, dado el potísimo argumento de la prohibición legal, lo cual es más que suficiente para negar la pretensión de la defensa pues, se insiste, la regulación para el efecto señala, de manera clara y precisa, que para el reconocimiento del beneficio, el delito por el cual se emita la condena no debe estar enlistado en el inciso 2° del artículo 68A del Código Penal, lo que para el caso concreto, es verificable dada la comisión de la conducta punible de Hurto calificado y agravado.

La discusión que se presenta por el recurrente no es novedosa y ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en su función de unificación de jurisprudencia (Artículo 180 del C.P.P.), cuyos argumentos se considera pertinente traer a colación en esta oportunidad. En principio, la Alta Corporación indicó:

*“Así mismo, de cara a la acreditación de la transcendencia, el censor concluye que el internamiento intramural es el último recurso que*

debe ser aplicado a sus mandantes, máxime cuando no se aviene a los nuevos criterios penitenciarios. Sin embargo, esta tesis no va mucho más allá de una simple conjetura que no tiene nada que ver con la demostración objetiva del yerro demandado, en la medida que si bien la Ley 1709 de 2014 responde a ciertos parámetros de flexibilidad carcelaria, no acabó con los institutos de la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena, sino que matizó los requisitos objetivos y subjetivos de una y otro, atendiendo la existencia de algunas conductas punibles que en el criterio del legislador merecen un mayor reproche jurídico penal.

(...)

*En este punto, es necesario puntualizar que, si bien la decisión en cita no precisa, frente al evento enlistado como b) en esa providencia, que la prohibición del numeral 2º del artículo 68A, opera por igual para quienes tienen o no antecedentes penales, es claro que esto es así porque dicho precepto no hace diferencia alguna entre unos y otros condenados, y la intención del legislador del 2014 fue reiterar la idea que ya había hecho curso en legislaciones precedentes de restringir la concesión de los subrogados y demás beneficios a los reincidentes pero también a los que hubieren ejecutado delitos de connotado reproche socio jurídico penal<sup>11</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto)*

En Auto AP3100 del 25 de julio de 2018, radicado 52.393, se recordó:

*“Pese a lo anterior, **la Corte recuerda que el artículo 68A del Código Penal excluye la concesión de toda clase de beneficios y subrogados penales para una serie de ilícitos, entre los cuales se encuentra expresamente consagrado el hurto calificado**, precisamente por el que fue condenado (...).*

Y, de manera reciente, ampliamente reiteró los argumentos planteados desde la primigenia decisión que data del año 2015, por lo que se trata de un criterio pacífico, de obligatorio acatamiento para los todos los jueces. Así expuso:

*“Ahora, la discrepancia aludida por el censor entre los preceptos 38B y 68A del estatuto sustantivo penal, parte de una errada interpretación legal y de ignorar que esta Sala, desde el auto CSJ AP3358-2015, jun. 17,*

<sup>11</sup> Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. AP4142-2016. Radicación 48.133 del 29 de junio de 2016.

rad. 46031<sup>12</sup>, ha afirmado que la prohibición de conceder la prisión domiciliaria, así como la suspensión condicional de la ejecución de la pena, opera frente al delito por el cual se emita la condena. Los fundamentos de ello, fueron así explicados en la providencia aludida:

1. Como se observa, el segundo inciso del último precepto citado expresamente [68A] excluye la concesión de toda clase de beneficios y de subrogados penales, salvo los que deriven de las formas legales de colaboración efectiva, en relación a una serie de conductas punibles, entre las cuales se encuentra la de Tráfico, fabricación y porte de estupefacientes. **De esa manera, emerge diáfana la restricción legal a partir del tenor literal.**

2. Además, desde el punto de vista estrictamente gramatical es incorrecto afirmar, como lo hace el demandante, que la expresión “hayan sido” contenida en el párrafo 2º del artículo 68A sea una forma verbal en pretérito perfecto simple, es decir, que unívocamente indique un tiempo pasado. Por el contrario, es un pretérito perfecto compuesto de subjuntivo que admite la interpretación retrospectiva pero también la prospectiva<sup>13</sup>. Obsérvese que en el mismo artículo, cuando se utiliza “hayan sido” en dimensión retrospectiva (inciso 1º), se le ata a la locución preposicional “dentro de” y al adjetivo “anteriores”, que inexorablemente remiten al pasado, lo que no ocurre en el segundo inciso.

3. La prohibición contenida en el inciso normativo analizado se refiere a los delitos objeto de la sentencia condenatoria en el proceso actual y no a los que constituyan antecedentes penales, pues en relación a éstos últimos la exclusión ya se encuentra contemplada en el inciso 1º del artículo 68A sustantivo cuando se refiere a condenas por delitos dolosos dentro de los 5 años anteriores. Una interpretación diferente tornaría en repetitivo y, por ende, inútil el segundo párrafo de la norma en cita, por lo que sería el entendimiento menos racional.

4. El artículo 68A original sobre “Exclusión de beneficios y subrogados” fue introducido por la Ley 1142 de 2007 y su presupuesto exclusivo era la reincidencia, tal y como lo declaró la Corte Constitucional en la sentencia C-425 de 2008. Luego, la Ley 1474 de 2011 incluyó un criterio restrictor adicional al de la existencia de antecedentes penales: la naturaleza del delito objeto de sanción<sup>14</sup>. De esa manera, una serie de conductas ilícitas especialmente desvaloradas fueron definidas por dicho

<sup>12</sup> Reiterado, entre otros, en CSJ SP11235-2015, rad. 45927, CSJ SP4498-2016, rad. 44718CSJ y CSJ AP5189-2018, rad. 53966.

<sup>13</sup> [cita inserta en texto transcrito] Al respecto puede consultarse la “Nueva gramática de la lengua española”, Morfología-Sintaxis I, Real Academia Española, Editorial Espasa, 2009, p. 1802.

<sup>14</sup> [cita inserta en texto transcrito] En la exposición de motivos en el Senado se anotó que “A. Se consagra la exclusión de beneficios y subrogados penales en delitos contra la Administración Pública relacionados con corrupción”, sin que tal medida se condicionara a la concurrencia de antecedentes penales, lo cual es explicable si se tiene en cuenta que ya la Ley 1142 de 2007 había regulado el efecto de la reincidencia en los subrogados penales.



estatuto como excluidas de sustitutos de la pena de prisión y la misma senda siguieron, ampliando el catálogo, las leyes 1453 de 2011 y 1709 de 2014.

5. Si bien uno de los objetivos de la Ley 1709 de 2014 fue el de que se utilizaran las “penas intramurales como último recurso”, tal y como lo advirtió la entonces Ministra de Justicia y del Derecho en la exposición de motivos ante la Cámara de Representantes, en virtud de lo cual se propuso y aprobó la eliminación de criterios subjetivos para la concesión de subrogados penales en determinadas circunstancias; ha de recordarse que el segundo inciso del artículo 68A que excluye esa posibilidad frente a determinados delitos, fue adoptado y desarrollado por estatutos legales que respondían, por el contrario, a la necesidad de fortalecer, entre otros, los mecanismos judiciales de lucha contra determinadas formas de comportamientos criminales (la corrupción en la Ley 1474 y la delincuencia común en la Ley 1453, ambas de 2011).

6. Por último, la interpretación sistemática de los artículos 63 y 68A (parágrafo 2º) del C.P. permite colegir, sin dificultad alguna, que las hipótesis en que procede la suspensión condicional de la ejecución de la pena son las siguientes: a) Que la persona sea condenada a pena inferior a 4 años de prisión, por un delito diferente a los excluidos y no tenga antecedentes; y b) Que la persona sea condenada a igual pena, tiene antecedentes dentro de los 5 años anteriores por delitos dolosos diferentes a los excluidos, y no es necesaria la ejecución de la pena según la valoración que realice el juez.”<sup>15</sup>

Entonces, no se advierte desacertada la decisión tomada por el juez de primera instancia, pues su fundamentación se realizó de acuerdo con la interpretación literal de las normas traídas a colación, así como acorde con el antecedente jurisprudencial que al efecto se ha establecido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sin que haya razón alguna para apartarse del mismo.

En esas condiciones, es ostensible la improcedencia del reconocimiento de la prisión domiciliaria –artículo 38B C.P.– cuando se está en presencia del delito de Hurto calificado, tal como

---

<sup>15</sup> Corte Suprema de Justicia. Auto AP464 del 12 de febrero de 2020. Radicado 56.148.

lo es el presente asunto, de ahí que impera impartir la confirmación del ordinal tercero la sentencia de primera instancia.

Como corolario de lo anteriormente expuesto, se confirma el ordinal tercero de la decisión de primera instancia, en tanto es improcedente el reconocimiento de la prisión domiciliaria en favor de **Ever Fernando Morales Marín** dada la expresa prohibición legal, además, se debe modificar el ordinal cuarto en el sentido de que la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena en favor del señor **Yefry Duván Vargas Saldarriaga** se hará bajo caución prendaria en cuantía de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, en lo restante se mantiene lo señalado en el fallo.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN -Sala Novena de Decisión Penal-** administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

**Primero: CONFIRMAR** ordinal tercero de la sentencia de fecha, origen y naturaleza indicados, en tanto es improcedente el reconocimiento de la prisión domiciliaria en favor de **Ever Fernando Morales Marín**. Ello, por las razones indicadas en la parte motiva.

**Segundo: MODIFICAR** el ordinal cuarto en el sentido de que la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena en favor del señor **Yefry Duván Vargas Saldarriaga** se hará bajo caución prendaria en cuantía de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, ya sea constituida en dinero o en póliza de garantía, tal como se argumentó.

En lo restante, rige la sentencia que se revisa.

**Tercero:** Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de Casación que deberá interponerse en los términos de ley.

**DÉJESE COPIA Y CÚMPLASE.**



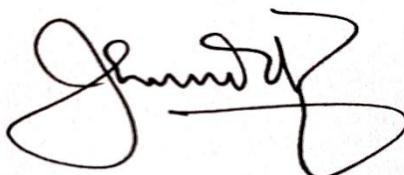
**PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN**

**Magistrado**



**GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO**

**Magistrado**



**JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ**

**Magistrado.**