



SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA 043

(Sesión del 11 de junio de 2020)

Radicado: 05-001-60-00206-2019-00434
Imputado: Roberson Danily Jurado Mira
Delito: Hurto calificado agravado
Asunto: Defensa recurre negación de subrogado penal
Decisión: Confirma con modificación
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 16 de junio de 2020

(Fecha de lectura)

1. ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación que presentó la defensa contra la sentencia del 28 de febrero del corriente por la cual el Juez Segundo Penal Municipal con funciones de conocimiento de Envigado, condenó a Roberson Danily Jurado Mira por la comisión del punible de Hurto calificado agravado, a la pena principal privativa de la libertad de 18 meses y ordenó el descuento de la sanción en establecimiento penitenciario.

2. HECHOS

El 10 de enero de 2019, el ciudadano Deivid Humberto Rendón Ospina estaba en la barbería Bronson, ubicada en la Carrera 43A 32B^{sur} 27 del municipio de Envigado.

Hasta el establecimiento de comercio llegaron dos sujetos en sendas motocicletas y mediante amenaza con arma de fuego, la que efectivamente usaron, pues hicieron un disparo, le hurtaron su celular *iPhone X* valorado en \$4.700.000.

Mediante la aplicación *Find my iPhone*, el propietario rastreó el celular y con el acompañamiento de la fuerza pública, llegó hasta la carrera 47 con calle 79 de la ciudad de Medellín, y en ese sitio encontró a Roberson Danily Jurado Mira, la persona que minutos antes se había apropiado de su móvil en posesión de este.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. Las audiencias

El 11 de enero de 2019 se adelantaron las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento ante el Juzgado Treinta y Nueve Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín.

Como el sujeto agente no aceptó el cargo que le comunicó la Fiscalía, el 7 de marzo de 2019, su delegado radicó escrito de acusación para reparto entre los Jueces Penales Municipales con funciones de conocimiento de Medellín.

Mediante providencia del 22 de julio del año inmediatamente anterior, esta Sala de Decisión definió la competencia remitiendo la carpeta a los jueces del lugar donde se presentó el desapoderamiento del teléfono móvil: municipio de Envigado.

El 8 de agosto de 2019, en audiencia presidida por el Juez Segundo Penal Municipal de Envigado se agotó audiencia de acusación oral, al tanto que la preparatoria se desarrolló el 25 de octubre de esa misma anualidad.

El 7 de enero del corriente año, y por solicitud de la Fiscalía General de la Nación, el Juez Primero Penal Municipal de Envigado concedió libertad al justiciable por vencimiento de términos, en tanto habían transcurrido más 120 días de presentado el escrito de acusación sin que se hubiera iniciado la audiencia de juicio oral.

El 14 de febrero pasado, fecha dispuesta para la celebración del juicio oral, la delegada de la Fiscalía anunció la celebración de un preacuerdo con el

procesado, quien aceptaba los cargos a cambio de que se le impusiera la pena prevista para el cómplice.

Luego de verificar la voluntariedad del justiciable en la renuncia al juicio oral público y contradictorio, y que la Fiscalía presentó elementos materiales probatorios para acreditar el mínimo de tipicidad y responsabilidad en los términos que exige el artículo 327 del C.P.P, el juez de primera instancia aprobó el preacuerdo.

En esa misma fecha, 14 de febrero, se agotó la audiencia de individualización de pena y sentencia. La delegada de la fiscalía deprecó tasar la pena dentro del cuarto mínimo pues al justiciable no se le dedujo circunstancias de mayor punibilidad, amén de que no registra antecedentes penales.

En cuanto a los subrogados penales la funcionaria destacó que no es posible la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por expresa prohibición del artículo 68A del Código Penal.

Por su parte el defensor solicitó imponer la pena mínima del cuarto mínimo y estudiar la viabilidad de otorgar el subrogado que prevé el artículo 63 *eiusdem*, no obstante, la prohibición legal.

En virtud del inciso segundo del artículo 450 de la Ley 906 de 2004, el juez dispuso el encarcelamiento del procesado en esa diligencia.

3.2. Sentencia de primer grado

Al dictar la correspondiente sentencia mediante decisión del 28 de febrero próximo pasado, el *a quo* destacó que en virtud de la aceptación de cargos y de los elementos materiales probatorios arrimados por la delegada de la Fiscalía, no hay duda de que el justiciable es autor del punible de Hurto calificado agravado, en los términos que regulan los artículos 239, 240 y 241 del C.P.

En relación con la pena y teniendo en cuenta el beneficio pactado en el preacuerdo, el fallador anotó que conforme al sistema de cuartos y dado que al justiciable no se le dedujo circunstancias de mayor punibilidad y no registra antecedentes penales, la sanción tendría que oscilar en el primer cuarto, es decir entre 144 y 196 meses. Entre estos valores y *“considerando la naturaleza y gravedad del punible endilgado, el grado de culpabilidad y las circunstancias bajo las cuales fue cometido el delito; esto es, la intensidad del dolo con que se obró, pues para este caso resultó evidente que la intención del acusado no fue otra diferente a la de lesionar el patrimonio económico ajeno en procura de incrementar ilícitamente el propio”* el fallador optó por el mínimo, 144 meses. Esta cifra y conforme a la complicidad acordada, la redujo a la mitad para un subtotal de 72 meses.

En virtud de la indemnización de perjuicios a la víctima, se concedió al procesado la máxima rebaja prevista en el artículo 269 del Código Penal: 3/4 partes para un resultado final de 18 meses de prisión. En igual valor fijó la prohibición para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Finalmente, en relación con los subrogados penales, el sentenciador negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena prevista en el artículo 63 *ibidem*, porque el punible está en la lista de exclusión del artículo 68A. Igual argumentación expuso para negar la prisión domiciliaria.

3.3. La apelación

El defensor recurrió la decisión porque al justiciable no se le concedió la libertad condicional prevista en el artículo 64 del Código Penal, no obstante cumplir las exigencias que menciona la norma.

Para el efecto anotó que:

1. Las 3/5 partes de la pena de 18 meses equivalen a 10 meses y 8 días.
2. Con ocasión a la detención preventiva, Jurado Mira estuvo privado de la libertad 12 meses.
3. Durante el tiempo que estuvo detenido, el condenado asistió a todas las audiencias y no tuvo informe negativo de parte del INPEC.

4. Tiene arraigo familiar y ello lo acredita el hecho de que la detención preventiva fue en su domicilio.

5. Reparó los daños a la víctima

La libertad condicional que deprecia para el condenado, resaltó el defensor, no solo tiene sustento en la norma y los supuestos fácticos mencionados, también tiene soporte en decisión del Tribunal Superior de Medellín y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicados 05-001-60-00206-2019-00434 y SP 1207 de 2017, respectivamente.

4. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer el asunto según lo dispone el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004¹.

4.2. Problema jurídico

La Sala determinará si el sentenciado satisface los requisitos legales para acceder al subrogado de la libertad condicional u otro de los previstos en el ordenamiento jurídico.

4.3. Valoración y solución del problema jurídico

Como los subrogados penales son un derecho de la persona condenada, al operador judicial le corresponde pronunciarse de oficio acerca de la procedencia o no del sustituto.

“(…) los subrogados penales son un derecho del condenado siempre y cuando se verifiquen los supuestos objetivos y subjetivos que el legislador ha establecido. Si aquellos no se cumplen, es evidente que el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad no puede conceder

¹ Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen:

1. **De los recursos de apelación** contra los autos y sentencias que en primera instancia profieran los jueces del circuito y de **las sentencias proferidas por los municipales** del mismo distrito. (negrilla fuera de texto)

tales beneficios, pues su competencia está limitada por lo dispuesto en la ley²” (negrillas fuera de texto)

En providencia C-806/02, con ponencia de la magistrada Clara Inés Vargas Hernández, la Corte Constitucional, anotó:

“(…) El fundamento que inspira estos subrogados penales es el derecho que tiene todo condenado a su resocialización, pues como ya lo ha expresado esta Corporación “lo que compromete la existencia de la posibilidad de resocialización no es la drástica incriminación de la conducta delictiva, sino más bien la existencia de sistemas que, como los subrogados penales y los sistemas de redención de la pena, garanticen al individuo que rectifica y enruta su conducta, la efectiva reinserción en la sociedad”.

El artículo 63 de la Ley 599/00 y 5° de la Ley 1709/14 que adicionó el artículo 7A a la Ley 65 de 1993, en su orden disponen:

*“Artículo 63. Suspensión de la ejecución de la pena. **La ejecución de la pena privativa de la libertad** impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, **se suspenderá** por un período de dos (2) a cinco (5) años, **de oficio** o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos:*

Artículo 7A. Obligaciones especiales de los Jueces de Penas y Medidas de Seguridad. Los Jueces de Penas y Medidas de Seguridad tienen el deber de vigilar las condiciones de ejecución de la pena y de las medidas de seguridad impuesta en la sentencia condenatoria.

Los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, de oficio o a petición de la persona privada de la libertad o su apoderado de la defensoría pública o de la Procuraduría General de la Nación, también deberán reconocer los mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión que resulten procedentes cuando verifiquen el cumplimiento de los respectivos requisitos.

En la providencia SP1207-2017, radicado 45900, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sede de casación otorgó, luego de verificar el cumplimiento de los requisitos, el subrogado de la prisión domiciliaria al justiciable, explicando para el efecto que:

*“(…) **Beneficio que estaría llamado a conceder el Juez de ejecución de penas**, pues para el mismo se requiere que la pena de prisión se ejecute por tiempo superior a la mitad del fijado en el fallo correspondiente. **No obstante, nada impide que ese análisis igualmente lo efectúe el sentenciador**, como quiera que acorde con el artículo 37, numeral 3, de la Ley 906 de 2004, el tiempo cumplido bajo detención preventiva se reputa como parte cumplida de la pena en caso de sentencia condenatoria.*

² Corte Constitucional. Sentencia C-679/98. M.P. Carlos Gaviria Díaz

En este orden de ideas y aunque la libertad condicional es un subrogado dispuesto para que en principio su estudio y otorgamiento lo agote el juez de ejecución de penas, nada impide que por las vicisitudes del proceso como en el *sub examine*, sea el juez de conocimiento quien proceda a negarlo o concederlo.

En efecto, si en virtud de la detención preventiva el justiciable estuvo privado de la libertad por un tiempo igual o superior a las 3/5 partes de la pena, no es razonable abstenerse del estudio del sustituto, porque la providencia no haya cobrado ejecutoria debido al ejercicio legítimo de los recursos -ordinarios y extraordinarios- por parte de aquel.

Por lo demás, si el numeral tercero del artículo 37 del Código Penal dispone: *“La detención preventiva no se reputa como pena. Sin embargo, en caso de condena, el tiempo cumplido bajo tal circunstancia se computará como parte cumplida de la pena”*, no puede el sentenciador pasar por alto, como en el asunto y dejar de referirse oficiosamente a si el condenado tiene derecho o no la libertad condicional, máxime cuando la razón por la cual negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, no aplica para este beneficio³.

El artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, que modificó el 64 del Código Penal, dispone:

“Artículo 64. Libertad condicional. El juez, previa valoración de la conducta punible, concederá la libertad condicional a la persona condenada a pena privativa de la libertad cuando haya cumplido con los siguientes requisitos:

1. Que la persona haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la pena.
2. Que su adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena.

³ 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.

“(…)

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. (Negrillas fuera de texto)

3. Que demuestre arraigo familiar y social.

Corresponde al juez competente para conceder la libertad condicional establecer, con todos los elementos de prueba allegados a la actuación, la existencia o inexistencia del arraigo.

En todo caso su concesión estará supeditada a la reparación a la víctima o al aseguramiento del pago de la indemnización mediante garantía personal, real, bancaria o acuerdo de pago, salvo que se demuestre insolvencia del condenado.

El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena se tendrá como periodo de prueba. Cuando este sea inferior a tres años, el juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto igual, de considerarlo necesario.

Como se ve en la disposición, al igual que ocurre en otros subrogados, el legislador estableció dentro de su margen de configuración normativa, unos requisitos de índole subjetivo y otros de naturaleza objetiva. El primero se refiere a la *valoración de la conducta punible* y los segundos al descuento físico de la pena; la acreditación de arraigo familiar; la reparación a la víctima; entre otros. Sí cumplen todas y cada una de las exigencias se otorga la gracia. A falta de una se niega.

El estudio del sustituto en este evento inicia por la valoración de la conducta punible que como esbozo el *a quo* en su sentencia, es bastante grave. Repárese que la acción desplegada por el condenado no fue un hecho aislado o fortuito. Jurado Mira decidió junto con otra persona, lo que refleja la intensidad del dolo, desplazarse desde el municipio de Medellín hasta Envigado para perpetrar el hurto; usar cada uno para facilitar la fuga su propia motocicleta y llevar consigo como elemento de intimidación un artefacto tipo pistola que, aunque se desconozca si era letal, fue suficiente para doblegar la voluntad de la víctima quien se vio muy conmocionada luego de que fuera activada el día del injusto.

A juicio de la Sala entonces, la gravedad del injusto desbordó la que de suyo conlleva cada conducta punible y por ello lo acertado es que el individuo descuenta toda la pena impuesta por el fallador de primer grado.

Con todo, atendiendo las previsiones de la Ley 1709 de 2014⁴, en particular su artículo 28 que adicionó el artículo 38G al Código Penal, se observa que el condenado reúne las exigencias objetivas para acceder a este beneficio.

Textualmente la norma dispone:

“Artículo 38G. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del condenado cuando haya cumplido la mitad de la condena y concurren los presupuestos contemplados en los numerales 3 y 4 del artículo 38B del presente código, excepto en los casos en que el condenado pertenezca al grupo familiar de la víctima o en aquellos eventos en que fue sentenciado por alguno de los siguientes delitos: genocidio; contra el derecho internacional humanitario; desaparición forzada; secuestro extorsivo; tortura; desplazamiento forzado; tráfico de menores; uso de menores de edad para la comisión de delitos; tráfico de migrantes; trata de personas; delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; extorsión; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; terrorismo; usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas; financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada; administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada; financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso restringido, uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, salvo los contemplados en el artículo 375 y el inciso 2o del artículo 376 del presente código.

Este beneficio, a diferencia de la libertad condicional no contiene requisitos de naturaleza valorativa. Basta acreditar: *i)* el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta; *ii)* que no se trate de los delitos mencionados en la norma; *iii)* que el condenado tenga arraigo familiar; *iv)* que no se pertenece al grupo familiar de la víctima; y, *v)* garantizar mediante caución el cumplimiento de las obligaciones del numeral cuarto del artículo 38B de la ley 599/00

Así entonces, se tiene que: *i)* Roberson Danily Jurado Mira fue condenado a la pena de 18 meses y lleva más de 9 privado de la libertad; *ii)* el punible de Hurto calificado agravado no está en la lista de exclusión objetiva del canon 38G; *iii)* tiene arraigo familiar y su domicilio es la calle 80 46-52, barrio Campo Valdés de esta ciudad; *iv)* la víctima del injusto, Deivid Humberto Rendón Ospina no tiene ningún vínculo con el condenado y fue reparado en los perjuicios que le ocasionó el injusto.

⁴ Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones.

Para acceder a la medida sustitutiva, el justiciable deberá garantizar mediante caución por valor de \$100.000, el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

- a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;
- b) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;
- c) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además, deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del INPEC para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

La autoridad carcelaria o policial que en la actualidad ejerce la custodia del sujeto deberá verificar que no sea requerido por otros funcionarios judiciales, antes del traslado a su domicilio.

Finalmente, toda vez que la víctima anotó que los sujetos portaban un arma de fuego tipo pistola y que en la ejecución del punible hicieron un disparo, se compulsan copias para ante la Fiscalía General de la Nación con el fin de que investigue este hecho.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN PENAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la providencia de primera instancia y la **ADICIONA** en el sentido de **CONCEDER** a Roberson Danily Jurado Mira la prisión domiciliaria prevista en el artículo 38G del Código Penal, en los términos y condiciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

Esta providencia se notifica en estrados. Contra ella procede casación.

Radicado:
Imputado:
Delito:

05-001-60-00206-2019-00434
Roberson Danily Jurado Mira
Hurto calificado agravado

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado



NELSON SARAY BOTERO
Magistrado



HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado