

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, once (11) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 050016000206202106683
Procesado: Mariangélica Moreno Moreno
Delito: Hurto calificado y agravado tentado
Asunto: Apelación de Sentencia –allanamiento Ley 906 de 2004-
Sentencia: No. 31. Aprobada por acta No. 118 de la fecha.
Decisión: Confirma sentencia
Lectura: Jueves, 17 de noviembre de 2022

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Se apresta esta Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, en contra de la sentencia del 15 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Veintiuno Penal Municipal con funciones de conocimiento de Medellín, Antioquia, por medio de la cual y en virtud de la aceptación unilateral de cargos, condenó a la señora **Mariangélica Moreno Moreno**, por el punible de hurto calificado y agravado, tentado, imponiéndole una pena de 6 meses y 21 días de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas

por el mismo término, a su vez que le negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustituto de la prisión domiciliaria.

2. ACONTECER FÁCTICO

El presente proceso tuvo su génesis el 13 de abril de 2021, a eso de las 16:30 horas, en el establecimiento de comercio Jumbo ubicado en el centro comercial Santa Fe, cuando la señora **Mariangélica Moreno Moreno**, fue sorprendida en situación de flagrancia intentando extraer de la mencionada tienda, mercancía consistente en 15 jeans valorados en la suma de \$2.868.600.

3. DESARROLLO PROCESAL

El 14 de abril de 2021, ante el Juzgado Cuarenta y Uno Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, se declaró legal la captura de la señora **Mariangélica Moreno Moreno**; la Fiscalía le formuló imputación por el delito de hurto calificado y agravado, tentado, cargo que no fue aceptado por la procesada.

La Fiscalía presentó escrito de acusación el 26 de mayo de 2021, correspondiéndole el conocimiento por reparto al Juzgado Veintiuno Penal Municipal de Medellín, quien cuando se disponía a celebrar la respectiva audiencia de formulación oral de la acusación, el 22 de diciembre de esa anualidad, fue informado del deseo de la ciudadana de allanarse a los cargos

imputados, procediendo a avalar la aceptación de responsabilidad.

El 15 de junio de 2022, se dio trámite a la audiencia descrita en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 y el 15 de julio hogaño se dio lectura a la sentencia, contra la cual la defensora interpuso el recurso de apelación que ahora se resuelve, respecto a la no concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena a su prohijada.

4. LA SENTENCIA APELADA

Para los efectos del recurso interpuesto, indicó la falladora de primera instancia que no era posible conceder a la encartada el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por cuanto si bien la pena impuesta era inferior a 4 años, el delito de hurto calificado y agravado por el que aceptó cargos la procesada estaba incluido en el canon 68A de la Ley 599 de 2000 como uno de los tipos penales vedados de beneficios y subrogados.

5. DE LA IMPUGNACIÓN

La defensora de la señora **Moreno Moreno** cuestionó la denegación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, arguyendo que tal prohibición solo estaba circunscrita a

los eventos de hurto calificado que fueran consumados y no a los que quedaban en la esfera de la tentativa.

Señaló la recurrente que a pesar de que se menciona el delito de hurto calificado en el texto del 68A, lo cierto es que no se alude a su modalidad de tentativa, y si bien la tentativa es un dispositivo amplificador del tipo penal, hace que esa conducta se vuelva autónoma, misma que no se encontraría dentro de la prohibición y que una interpretación contraria sería una aplicación expansiva de la norma penal que contrariaría el principio de mínima intervención y de *última ratio* que anima el Código Penal del 2000.

Adujo, además, que la base del calificante a la conducta de hurto lo fue la existencia de mecanismos electrónicos que no fueron dañados o alterados, ni mucho menos superados por su prohijada, habida cuenta que esta fue intervenida por la seguridad del establecimiento.

También, indicó que se debía tener en cuenta la colaboración prestada por su prohijada para con la administración de justicia, por cuanto realizó la indemnización de perjuicios, se allanó tempranamente a los cargos y que su conducta no representó un daño sustancial al orden jurídico nacional, situaciones que harían de su reclusión formal una suerte de pena injusta, debiendo humanizarse la aplicación del derecho penal.

En consecuencia, solicitó que se revoque la decisión de primer nivel y en su lugar, previa inaplicación de la prohibición del

artículo 68 A del C. P., se otorgue la prisión suspensión condicional de la ejecución de la pena en favor de su asistida.

6. NO RECURRENTE

El apoderado de la víctima, señaló no asistirle razón a la recurrente, por cuanto ninguna manifestación respecto de la inaplicación de la prohibición para la concesión del subrogado en comento realizó en el desarrollo de la audiencia del canon 447 procesal.

Indicó que no es aceptable que en este momento procesal la abogada eche mano de argumentos atinentes a situaciones que debió tener en cuenta al momento de asesorar a su prohijada para la aceptación del cargo de hurto calificado y agravado.

Señaló que es errado indicar que por la no avería de las prendas que se pretendía hurtar no exista daño al bien jurídico tutelado, siendo antijurídica la conducta desplegada por la encartada.

En consecuencia, solicitó se confirmara el fallo recurrido.

7. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

7.1. Competencia.

Esta Sala de Decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por la defensa en contra de la sentencia del

Juzgado Veintiuno Penal Municipal de Medellín, Antioquia (Ant.) en razón de lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

A tono con las previsiones del artículo 179 y siguientes de la Ley 906 de 2004, estatuto que rige este juzgamiento, la Sala limitará su decisión al punto central y estricto de impugnación y las cuestiones inescindibles a ello, determinando si le asiste la razón al censor o si por el contrario la sentencia proferida por la funcionaria judicial debe ser confirmada íntegramente.

8.2 Del problema jurídico

Analizados los argumentos de la sentencia de primera instancia y los de la apelación con los cuales se ataca a aquella, el problema jurídico a resolver en esta oportunidad, se circunscribe al siguiente:

- ¿La prohibición de beneficios y subrogados contenida en el artículo 68 A del C.P., en tratándose de delitos de hurto calificado, está circunscrita solo a los eventos en que la conducta es consumada, haciéndose procedente en este asunto otorgar a la señora **Mariangélica Moreno Moreno** la suspensión condicional de la ejecución de la pena?

Para resolver el interrogante, comenzará por decirse que el Congreso de la Republica en uso de su facultad de configuración legislativa en materia de política criminal, incluyó en el código penal el artículo 68A por medio de la Ley

1142 de 2007, que en sus inicios vedaba la concesión de beneficios y subrogados a aquellas personas que hubiesen sido condenadas por delitos dolosos o preterintencionales dentro de los 5 años anteriores a la nueva condena.

No obstante, esta prohibición de beneficios y subrogados se hizo extensiva en el año 2011 a aquellos sujetos que resultaran condenados por la comisión de conductas punibles contra la administración pública¹.

Para el año 2014 y siendo esta la modificación que interesa para el presente asunto, el Congreso de la Republica expidió la Ley 1709 de 2014 que, entre otros tipos penales, incluyó el de hurto calificado como uno de los exceptuados para la concesión de beneficios y subrogados, modificación legislativa que se mantiene incólume hasta la fecha.

Ahora bien, el canon 27 del C.P. contempla la tentativa como un dispositivo amplificador de los tipos penales de resultado que opera en aquellos eventos en los que, por razones ajenas a su voluntad, el sujeto agente no logra materializar su fin y que tiene incidencias únicamente en el *quantum* punitivo a aplicar.

Lo anterior, significa que la comisión tentada de una conducta no contrae una modificación al *nomen iuris* del delito, esto es, no genera un nuevo tipo penal, sino que se limita a establecer una pena menor con relación a esos eventos en los cuales si se

¹ Cfr Leyes 1453 y 1474, ambas del 2011.

consume la realización de la conducta prohibida por la ley penal.

Por lo anterior, la prohibición del canon 68A del C.P. opera tanto para delitos consumados como para aquellos que admiten la modalidad tentada como una de sus formas de ejecución.

Para el caso que interesa a la Sala, la señora **Mariangélica Moreno Moreno** venía siendo procesada por el delito de hurto calificado y agravado, en modalidad tentada, por hechos ocurridos el 13 de abril de 2021 y del cual aceptó su responsabilidad de forma unilateral.

En razón de lo anterior, la judicatura de primer nivel decidió condenarla a una pena de 6 meses y 21 días de prisión, denegándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por estar el delito por el cual se emitió juicio de reproche enlistado dentro de los vedados de la concesión de beneficios y subrogados.

La defensa se mostró inconforme con la denegación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por considerar que la condena en contra de su prohijada obedeció al delito de hurto calificado y agravado en modalidad tentada, donde el calificante de la conducta no era del todo claro y que su defendida aceptó tempranamente responsabilidad e indemnizó al establecimiento de comercio constituido como

víctima, aspectos últimos que harían menos fuerte el juicio de reproche en su contra y ameritaban un tratamiento diferencial en la ejecución de la sanción penal.

Ante este panorama, tal como ya se explicó, encuentra la Sala que si bien la señora **Moreno Moreno** fue condenada por el delito de hurto calificado y agravado en modalidad tentada, esa aplicación del dispositivo amplificador del tipo no hace que se trate de un delito autónomo no enlistado en la norma prohibitiva del 68A y que amerite la concesión de los beneficios y subrogados punitivos, por cuanto la aplicación de la tentativa no hace nacer a la vida jurídica un nuevo delito, sino que simplemente es un dispositivo amplificador del tipo penal.

Además, con la prohibición creada para ese reato a través de la Ley 1709 de 2014, el legislador no realizó distinciones entre las modalidades de realización de la conducta ni mucho menos estuvo inmerso en sus motivos no aplicar la prohibición a eventos donde la comisión del delito se quedara en la esfera de la tentativa², motivo que hace abiertamente impertinente la argumentación de la censora al respecto si se establece que el querer del legislador estaba circunscrito a vedar de beneficios y subrogados las condenas proferidas por el delito de hurto calificado, sin distingo de su modalidad de ejecución, en tanto el querer del legislador fue el suprimir beneficios a cierto tipo

² Al respecto, revítese la Gaceta del Congreso No. 117 del 21 de marzo de 2013, donde reposa la exposición de motivos de la Ley 1709 de 2014.

de delincuencia que se considera afecta de mayor manera a la comunidad.

De cara al planteamiento de la configuración de la calificante del numeral 4 del canon 240 del C.P. encuentra la Magistratura que el mismo es impertinente en este estadio procesal, por cuanto ello no fue alegado por la defensa al momento en que asesoró a su prohijada sobre la posibilidad de aceptar responsabilidad, tal como con acierto lo hizo notar el apoderado de la víctima, y no esperar la apelación para tratar este tema como una suerte de intento desesperado de conseguir un beneficio penal el cual está vedado por ley.

Para abundar en motivos, la Sala no encuentra que el calificante endilgado no se configure bajo el pretexto de que la señora **Moreno Moreno** no dañó los sistemas de seguridad o no alcanzó a violarlos, pues su intención inequívoca iba dirigida a burlar estos, caso diferente es que no logró hacerlo y por ello el delito no se consumó, pero ello no significa que la calificante en comento no opere en este asunto.

Ahora, con relación a la colaboración con la Administración de Justicia manifestada en su aceptación unilateral de cargos y la indemnización a la empresa víctima, no son motivos de recibo para proceder a inaplicar una norma que goza de presunción de legalidad; tales criterios solo son válidos para rebajas punitivas, tal y como lo hizo la *a quo* en su proveído, pero

nunca para otorgar un beneficio o subrogado y menos ante la comisión de conductas que se encuentran vedadas de ellos.

En suma, por todo lo expuesto lo que impele para la Sala es confirmar la denegación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena en favor de la señora **Mariangélica Moreno Moreno**.

8. CUESTIÓN ADICIONAL

Al realizarse una lectura del proveído recurrido, encuentra esta Corporación que la *a quo* incurrió en un yerro al momento de determinar la pena a imponer, en punto exacto en lo que conviene con la rebaja por allanamiento a cargos de la que era merecedora la procesada.

En efecto, la funcionaria de primer nivel determinó rebajarle un 50% de la pena por la aceptación unilateral de cargos, monto que era abiertamente improcedente si se tiene en cuenta que, en primer lugar, la encartada fue capturada en flagrancia y, en segundo término, que la presente causa se tramitó bajo el procedimiento de la Ley 906 de 2004 y no por el de la 1826 de 2017.

Dada la coexistencia de ambos cuerpos normativos, se tiene que la flagrancia no es tenida en cuenta para limitar los montos de rebaja solo para procesos que se adelantan bajo el procedimiento penal abreviado y no el ordinario, por tener este una norma regulatoria especial prevista en el canon 301, lo que haría que la rebaja otorgada por la *a quo* en este preciso asunto fuera abiertamente desproporcionada.

Si bien esta Sala no puede corregir ese yerro dada la situación de apelante único de la procesada y la imposibilidad de la reforma en peor en estas circunstancias, si debe llamar la atención de la funcionaria de primer nivel para que en lo sucesivo entre a verificar este tipo de condiciones.

En consecuencia, la Sala de Decisión Penal del **Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución,

9. RESUELVE:

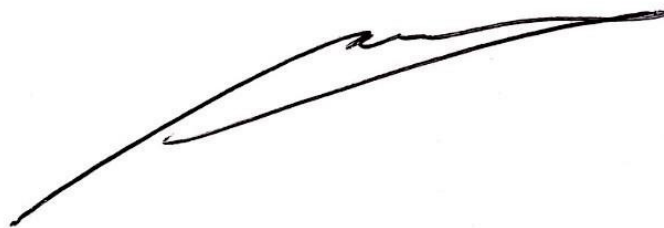
Primero: CONFIRMAR la sentencia del 15 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Veintiuno Penal Municipal con funciones de conocimiento de Medellín que negó a la señora **Mariangélica Moreno Moreno** la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por los motivos expuestos.

Segundo: La presente decisión es susceptible del recurso de casación en los términos de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, overlapping strokes that form a cursive script.

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado

A handwritten signature in black ink, featuring a long, sweeping horizontal stroke with a small loop at the end.

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado

A handwritten signature in black ink, with a large, prominent circular flourish on the right side and several smaller strokes on the left.

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado