



SALA PENAL

Medellín, miércoles diecisiete (17) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Aprobado en la fecha, acta Nro. 124

Sentencia de segunda instancia Nro. 30

Radicado: 05-001-60-00206-2021-07970

Acusado: Dallan Steven Solís Villa, Cristián Andrés

González Hernández, Juan Daniel Otálvaro Zapata

Delito: Hurto calificado agravado

Magistrado ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Lectura: jueves 18 de agosto de 2022. Hora: 08:00 a.m.

Decide la Sala el recurso vertical de apelación interpuesto por la defensa del procesado JUAN DANIEL OTÁLVARO ZAPATA, contra la sentencia proferida vía preacuerdo por la Juez Cuarenta y Seis Penal Municipal de Medellín el 14 de julio de 2022, entre otros, contra el prenombrado acusado como responsable del delito de hurto calificado agravado, siendo motivo de inconformidad la negativa de la prisión domiciliaria.

EPÍTOME FÁCTICO

Los hechos que nos convocan ocurrieron el 14 de mayo de 2021 en el barrio Belén Los Alpes de Medellín, cuando varios sujetos en dos motos hurtaron las pertenencias de varios clientes de un restaurante ubicado en el dicho sector. Entre otros, los birladores se apoderaron de algunos teléfonos celulares, siendo capturados instantes después por unidades de Policía Nacional que tras enterarse del hurto procedieron a realizar un cierre vial en la zona. Entre los aprehendidos figura el señor JUAN DANIEL OTÁLVARO ZAPATA.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. *El 15 de mayo de 2021 ante el Juzgado Diecisiete Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín se legalizó la captura, entre otros, de JUAN DANIEL OTÁLVARO ZAPATA, a quien la Fiscalía le imputó el delito de hurto calificado agravado, sin allanamiento a cargos y con imposición de medida de aseguramiento de detención domiciliaria en el caso del prenombrado imputado.*

2. *Por su parte la Fiscalía presentó preacuerdo logrado con los imputados, correspondiéndole por reparto a la Juez Cuarenta y Seis Penal Municipal de Medellín, quien avaló los términos del consenso consistentes en que estos aceptaban declararse penalmente responsables del delito de hurto calificado agravado, previsto en los art. 239, 340, inc. 2°, 341, numerales 10° y 11 del C. Penal, recibiendo en contraprestación que se les reconociera la comisión de la conducta punible en su modalidad imperfecta, habiendo procedido además a indemnizar a la víctima, pactando finalmente una pena de 21 meses y 18 días de prisión, estimando la primera instancia en la sentencia emitida bajo estos precisos términos que el procesado OTÁLVARO ZAPATA no tenía derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni a la prisión domiciliaria de que trata el art. 38 del C. Penal, como tampoco a la posibilidad de cambio de lugar de cumplimiento de la pena privativa de la libertad que contempla el canon 38G ibíd.*

3. *El fallo condenatorio fue leído el 14 de julio de 2022, ordenando la primera instancia consecuentemente con lo visto en antelación el traslado del condenado OTÁLVARO ZAPATA a centro penitenciario para el descuento efectivo de la pena aflictiva de la libertad de locomoción.*

4. *La anterior decisión dejó inconforme a la defensa del condenado JUAN DANIAL OTÁLVARO ZAPATA, cuyo letrado interpuso y sustentó el recurso vertical de apelación dentro del término legal y por escrito.*

5. *Realizado el respectivo reparto le correspondió a esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín resolver la alzada así interpuesta.*

DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Agotado el respectivo control de legalidad de la actuación, una vez verificada la existencia de un mínimo de prueba para condenar y aprobado los términos del preacuerdo y lo que hace a la manifestación de voluntad de los procesados, para lo que nos interesa, es claro que la funcionaria de primer grado procedió a emitir fallo de condena negando la prisión domiciliaria prevista en el art. 38 del C. Penal al procesado OTÁLVARO ZAPATA con base en la expresa prohibición legal contenida en el inc. 2° del art. 68A del C. Penal, mientras que frente a las previsiones del canon 38G ibíd., se pronunció indicando que si bien se cumple el factor objetivo que contempla dicha normatividad, en todo caso habría quedado en evidencia la falta de arraigo del penado a quien durante toda la actuación fue imposible ubicarlo en la residencia en la que señaló que iba a permanecer, devolviendo el personal de mensajería estatal las citaciones enviadas por encontrar cerrado el lugar, aunado a que durante las últimas audiencias siempre se presentaron argumentos carentes de soporte para tratar de justificar su inasistencia a la vista pública y al evacuar lo que hace a las previsiones del art. 447 del C.P.P. la Fiscalía puso de presente informe de arraigo negativo con relación a este procesado.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

La defensa técnica del acusado interpone el recurso vertical de apelación el cual sustenta de forma escrita y en el término de ley, señalando que en el concreto caso ni la Fiscalía ni el Ministerio Público solicitaron la revocatoria de la medida de aseguramiento de detención preventiva en el domicilio por medida carcelaria ante el juez competente, que es lo procedente cuando se verifica un posible incumplimiento de las obligaciones contraídas por el enjuiciado, abrogándose la a quo una competencia que no le corresponde, a lo que se suma que la presencia del implicado en un caso con aceptación de responsabilidad en audiencia del art. 447 ibíd. y lectura de fallo no es obligatoria, a diferencia de lo que ocurre con otras audiencias.

Pero, además, en el caso del señor OTÁLVARO ZAPATA se tiene que permaneció durante más de un año sin reporte de mal comportamiento o reincidencia, a lo que se suma que realizó la indemnización de perjuicios,

aspecto este último que también ha sido tenido en cuenta a la hora de analizar la concesión de la prisión domiciliaria, tal como lo enseña la CSJ, como también lo es el arraigo del penado, que para el concreto caso se encuentra claramente establecido desde las audiencias preliminares cuando se le concedió la medida de aseguramiento en su residencia, por lo tanto, estima el letrado que dicha circunstancia se encuentra acreditada desde los albores del proceso, siendo estas las razones por las que solicita que se le conceda a su apadrinado la prisión domiciliaria que le fuera negada por la primera instancia.

CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER

La competencia de la Sala se restringe en esta oportunidad, en atención al factor funcional y de acuerdo con lo señalado en los artículos 20 y 33.1 de la Ley 906 de 2004, a decidir sobre los pedimentos elevados por el recurrente, y aquellos aspectos que sean inescindibles al tema objeto de impugnación, así mismo, los atinentes a la garantía de los derechos fundamentales de las partes y demás sujetos procesales.

Huelga señalar además que en la presente actuación observa este cuerpo colegiado que concurren los presupuestos procesales y materiales para emitir pronunciamiento de fondo, sin que se avizore la presencia de irregularidades que puedan afectar la validez de lo actuado, a lo que se suma que no se puede agravar en esta instancia la situación del acusado como quiera que su defensa técnica actúa como único apelante, ello, en atención a la garantía consagrada en el inc. 2° del canon 31 de la Carta e inc. 2° del canon 20 del Estatuto Procedimental Penal.

De acuerdo a la problemática propuesta a este colegiado y como acostumbra la Sala en este tipo de casos, resulta oportuno indicar que dada la especial relación de sujeción que se presenta entre las personas privadas de la libertad y el Estado, es sabido que aquellas deben soportar algunas limitaciones en sus derechos; sin embargo, existen algunos que dado su carácter de fundamental no pueden sufrir restricciones en su ejercicio, ni siquiera en las condiciones que soportan los reclusos derivadas de las especiales relaciones jurídicas de sujeción respecto de las autoridades carcelarias y penitenciarias.

Entre los derechos que pueden sufrir restricciones se encuentra el de la libertad personal. Así, a voces del art. 296 de la Ley 906 de 2004, podrá ser afectada dentro de la actuación procesal, a través de las medidas de aseguramiento, cuando sea necesario para evitar la obstrucción de la justicia, asegurar la comparecencia del imputado al proceso o proteger a la comunidad y las víctimas.

Obviamente, huelga decirlo, también para el cumplimiento de la pena de prisión que finalmente le sea impuesta al procesado que resiste el poder punitivo estatal y las drásticas consecuencias que devienen de la imposición de penas y sanciones penales, principalmente de aquellas restrictivas de la libertad de locomoción.

Ahora bien, para lo que nos convoca, es claro que a la luz de los criterios que gobiernan la interpretación jurídica, así como el querer del legislador que se evidencia en el contenido del art. 68A del C. Penal. Modificado por el art. 32 de la Ley 1709/14, y las particularidades del caso bajo escrutinio, ninguna otra decisión podía haber adoptado la juez de conocimiento distinta a la de negar la concesión de la prisión domiciliaria que consagra el art. 38 del Estatuto Represor a OTÁLVARO ZAPATA, por expresa prohibición legal.

“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... **hurto calificado**”
(Negrilla de la Sala)*

Tampoco se demostró que el condenado sea padre cabeza de familia, circunstancia que se analiza para determinar la viabilidad de la concesión de la posibilidad de que trata el art. 314.5 de la ley 906/.4, a favor, claro está y fundamentalmente de los hijos menores o discapacitados¹ y de personas dependientes del condenado que no puedan valerse por sí mismo. Huelga

¹ Sobre este tema ver: artículo 1 de la Ley 750 de 2.002; artículos 2 y 10 de la ley 82 e 1993; artículo 1º de la ley 1232 de 2.008; Corte Constitucional en sentencia SU-388 de 2005

señalar que la conceptualización que desde la jurisprudencia se ha creado en torno a la madre cabeza de familia, se hace extensiva al padre que se encuentre en la misma situación y cumpla con todos los requisitos para el efecto.

Ahora, como segundo y necesario punto a dilucidar, es claro que la funcionaria de primer grado también negó la concesión al sentenciado OTÁLVARO ZAPATA de la prisión domiciliaria establecida en el artículo 38G del Código Penal.

En efecto, cabe anotar, que la a quo fue expresa en indicar que estudiado el caso del rubro se supera el aspecto objetivo que consagra el dispositivo legal en comento, esto es, que el procesado haya cumplido la mitad de la condena; empero, estima que no acontece lo mismo respecto de la acreditación del arraigo familiar y social, ya que pese a que el acusado firmó acta de compromiso para cumplir medida de aseguramiento de detención preventiva en la residencia con nomenclatura calle 96 con número 98-11, barrio Aranjuez de la ciudad de Medellín, el personal de mensajería devolvió las múltiples citaciones indicando como causal que el inmueble aparece cerrado, lo que en criterio de la funcionaria evidencia un claro y sistemático incumplimiento de las obligaciones del art. 314 de la ley 906/04.

Por su parte la defensa del procesado arrima una fotografía de una cuenta de servicios públicos domiciliarios de la referida dirección, lo que a lo sumo demuestra que dicha dirección existe, y de lo que también da cuenta la empresa de mensajería estatal 477, pero que en criterio de la juez resulta insuficiente para demostrar que el penado cuenta con arraigo, ya que durante toda la actuación fue imposible ubicarlo en dicho lugar, a lo que se suma que en las últimas diligencias siempre se presentaron excusas para tratar de justificar su inasistencia a las audiencias virtuales, sin soportes para el efecto.

Consecuente con lo anterior, la funcionaria ordenó librar boleta de encarcelamiento a la ejecutoria una vez cobrara ejecutoria la decisión.

Bajo el panorama delineado en precedencia, cabe precisar que la regla contenida en el inc. 2° del art. 68A del C. Penal tiene su excepción en lo dispuesto en el párrafo 1° del mismo artículo y según la cual “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.”

Lo antedicho quiere decir que cuando la petición de prisión domiciliaria se invoque con fundamento en el referido canon 38G del Estatuto Represor, no es dable negarla con fundamento en las exclusiones consignadas en el artículo 68A del mismo estatuto, sino que deberá ceñirse a las condiciones y prohibiciones que para el mismo beneficio impone la propia norma.

Al respecto, el mencionado dispositivo legal que fue adicionado mediante el artículo 28 de la Ley 1709 de 2014, 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...”*

De ahí que, a la luz del referido canon para acceder a esta modalidad de prisión domiciliaria se requiere que, “... (i) el sentenciado haya cumplido la mitad de la pena impuesta, (ii) no se trate de alguno de los delitos allí enlistados, (iii) el condenado no pertenezca al grupo familiar de la víctima, (iv) se demuestre su arraigo familiar y social, y (v) se garantice, mediante caución, el cumplimiento de las obligaciones descritas en el numeral 4 del artículo 38B del Código Penal.” (CSJ, SP. SP1207-2017, Rdo. 45900, aprobado Acta No. 25 del 1° de febrero de 2017, M.P. Luís Guillermo Salazar Otero).

Ahora, cabe aclarar con apoyo en la misma fuente jurisprudencial que dicho “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.”

Advertido lo anterior, observa la Sala en primer lugar que el delito por el que resultó condenado JUAN DANIEL OTÁLVARO ZAPATA no se encuentra en el listado taxativo que contempla el art. 38G del C. Penal, en consecuencia, por el mismo procedía el estudio de factibilidad de la prisión domiciliaria incoado bajo tal norma.

Ahora, en segundo orden, de conformidad con el numeral 3° del artículo 38B del C. Penal, se tiene que desde las audiencias preliminares la judicatura aceptó que el procesado estuviera en detención domiciliaria de carácter preventivo, lo cual cumpliría en la residencia ubicada en la calle 96, número 98-11, barrio Aranjuez de la ciudad de Medellín, sin que se advierta que en el concreto caso se adelantara trámite incidental para su revocatoria.

Es preciso así mismo dejar claro que conforme a la normativa en comento, “En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.”

Por otra parte, que en reciente decisión la jurisprudencia especializada delineó el concepto de arraigo como sigue “... en sentido lato es echar o criar raíces; vinculado con las personas o las cosas es establecerse de manera permanente en un lugar, de modo que el arraigo familiar y social, está referido a la presencia duradera o estable del condenado en un sitio con ocasión de sus relaciones con su grupo familiar o la comunidad con la cual interactúa en razón de su rol o actividades que desempeña. De este modo, el arraigo es “el establecimiento de una persona de manera permanente en un lugar, con ocasión de sus vínculos sociales, determinados, por ejemplo, por la pertenencia a una familia, a un grupo, a una comunidad, a un trabajo o actividad, así como por la posesión de bienes”.²

Al respecto, esto es, frente a la conceptualización de lo que se debe entender por arraigo familiar y social, también ha dicho el alto tribunal: (CSJ SP6348–2015, 25 may. 2015, rad. 29581): “La expresión arraigo, proveniente del latín ad radicare (echar raíces), supone la existencia de un vínculo del procesado

² CSJ, SP. Sentencia del 10 de febrero de 2021, Rad. SP405-2021, 56.992, M.P. Éyder Patiño Cabrera.

con el lugar donde reside, lo cual se acredita con distintos elementos de juicio, entre otros, tener una residencia fija y estable, vivir en ella junto con la familia y estar presto a atender el requerimiento de las autoridades [...].”

Como se puede ver el arraigo del que venimos hablando se relaciona con el vínculo del sentenciado con el lugar donde reside o residirá, por ende, la circunstancia advertida por la primera instancia durante el desarrollo del proceso en cuanto a que las notificaciones fueron devueltas por el personal de la empresa de correos oficiales significando que la residencia se encontraba cerrada, plausiblemente se erigen en un hecho indicativo del incumplimiento de la medida de aseguramiento.

A la circunstancia descrita se suma el que la primera instancia pone igualmente de presente que pese a la insistencia del despacho el procesado no se conectó a varias de las audiencias virtuales programadas en este proceso, quedando claro que en dichas ocasiones las explicaciones sin soporte ofrecidas por la defensa no resultaron convincentes para la funcionaria de primer grado.

Tampoco puede pasar inadvertido para la segunda instancia que en desarrollo de las previsiones del art. 447 de la ley 906/04 y respecto de la información sobre arraigo del inculcado JUAN DANIEL OTÁLVARO ZAPATA, la Fiscalía puso de presente un informe realizado por el investigador GALVÁN GALVIS con base en los datos que suministró la compañera permanente del condenado, señora DANIELA PINZÓN CÉSPEDES, indicando que la residencia de la pareja se encuentra ubicada en la carrera 48 número 98A-26, interior 301 de la ciudad de Medellín, y dejando en todo caso claro la a quo que en dicho informe se concluye que no se pudo verificar el arraigo del inculcado, a lo que la defensa del justiciable responde sencillamente que esos fueron los resultados que la Fiscalía obtuvo hace un año, y que para efectos de afrontar esta instancia del proceso su defendido aporta una factura de servicios del referido inmueble, indicando que este es su actual arraigo, y que el actual defensor no actuó en las audiencias preliminares adelantadas en este concreto caso, por lo tanto, no cuenta con la verificación del arraigo adelantada en aquella oportunidad.

Ante tal panorama, estima la Sala que en el caso de la especie se cuenta con suficientes medios de juicio para tener por demostrado que el referido

sentenciado no cuenta con arraigo familiar y social, y que en razón a que existe libertad probatoria el único medio para aquilatar tan puntual circunstancia no se encuentra atado a que se adelante el trámite de revocatoria de la medida de aseguramiento de detención preventiva, como parece sugerirlo el apelante con sus argumentos.

Tampoco se puede aceptar válidamente que para los efectos de la concesión del mecanismo alternativo por parte del juez de conocimiento resulte suficiente alegar que dicho aspecto fue decantado y quedó suficientemente aquilatado ante los jueces de control de garantías, máxime cuando como en este caso la judicatura de conocimiento solicitó el traslado de todo lo que tenía que ver con la verificación del arraigo efectuado ante dicha autoridad judicial en etapas primigenias del proceso, sin que fuera posible acceder a dichos medios cognoscitivos para su respectivo análisis, contando en todo caso con el informe negativo que al respecto arrima la Fiscalía, a lo que se suma que la defensa del enjuiciado sencillamente allega para soportar que su defendido cuenta con arraigo familiar y social una factura de servicios públicos de la que ni siquiera se puede extractar quién es el suscriptor de los mismos.

En síntesis, tampoco para este colegiado le asiste la razón al censor cuando arguye que en el concreto caso del señor JUAN DANIEL OTÁLVARO ZAPATA se debe tener por acreditado que este cuenta con arraigo familiar y social, por lo que siendo este un requisito inexcusable para la concesión de la prisión domiciliaria de que trata el canon 38G del C. Penal, es menester concluir que no procede en el concreto caso el reconocimiento del mecanismo alternativo.

Sin necesidad de mayores elucubraciones entonces la Sala confirmará en su integridad la decisión apelada por la defensa del condenado JUAN DANIEL OTÁLVARO ZAPATA, en punto de la negativa de la a quo de concederle al sentenciado la prisión domiciliaria.

*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 en su integridad el fallo condenatorio proferido por la Juez Cuarenta y Seis Penal Municipal de Medellín en el caso del rubro, acorde a lo analizado en el acápite de las consideraciones.

Contra este proveído cuya notificación se realiza en estrados procede el recurso de casación, el cual podrá interponerse dentro del término de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados³,

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

Scanned with CamScanner

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ

JOSE IGNACIO SANCHEZ CALLE
Magistrado

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

³ El presente proveído se suscribe de conformidad con lo previsto en el art. 11 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la “firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas”.