

**Sentencia segunda instancia Ley 906**

Acusados: Kevin Alejandro Adarve Uribe

Wilson Andrés Restrepo

Delito: Hurto calificado agravado y falsedad marcaría

Radicado: 05001 60 00206 2022 07372

(0355-22)



**DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**  
**SALA PENAL DE DECISIÓN**

Medellín, miércoles, veintinueve de marzo de dos mil veintitrés

Aprobado mediante acta número 0042 del veinticuatro de marzo  
de dos mil veintitrés

**Magistrado Ponente**

**Ricardo De La Pava Marulanda**

Por apelación interpuesta y sustentada por la defensora del señor ADARVE URIBE, conoce esta Corporación en segunda instancia el fallo proferido el 09 de septiembre de 2022 por la Juez Catorce Penal del Circuito de Medellín, mediante el cual condenó a los señores KEVIN ALEJANDRO ADARVE URIBE y WILSON ANDRÉS RESTREPO a la pena principal de treinta y cuatro (34) meses de prisión y multa equivalente a 0.665 salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal privativa de la libertad, por hallarlos responsables de la coautoría del delito de HURTO CALIFICADO AGRAVADO EN MODALIDAD TENTADA en concurso heterogéneo con FALSEDAD MARCARIA.

## **1. ANTECEDENTES**

Los hechos que dieron origen a la presente actuación fueron narrados así en el escrito de acusación:

*"El día 24 de Marzo de 2022, siendo aproximadamente las 4:40 horas (a.m.), en el semáforo de la Calle 94 con Carrera 49ª del Barrio Aranjuez; dos sujetos se acercan por el costado derecho y atraviesan su vehículo tipo motocicleta e intimidan con objeto tipo arma de fuego al señor JUAN SEBASTIAN OTALVARO OTALVARO, para que éste les entregará su motocicleta tipo SZR Yamaha Modelo 2022 cilindraje 150 avaluado en \$7.500.000, igualmente se le exigía la entrega de un anillo de oro avaluado en la suma de 2.000.000 y su teléfono celular avaluado en la suma de 1.200.000; en este momento la motocicleta de señor Otalvaro se bloqueó y esto desencadenó las exigencias con presión del arma sobre el cuerpo de la víctima, para que entregara todo, con la amenaza constante de que se iba a hacer matar; momento que es aprovechado por el sujeto pasivo para emprender huida hacia la estación del Metro, dejando la motocicleta junto con las llaves pegadas a merced de los acosadores; estos dos sujetos no pudieron desbloquear la moto del señor Otalvaro y se dan a la fuga; una vez se alejan los dos sujetos; la víctima se acerca a su vehículo y llegan en ese instante los agentes de la policía, alertados por las cámaras de seguridad sobre los hechos narrados, los agentes se desplazan cuadras abajo, seguidos por el señor Otalvaro, hasta el Comfama de Aranjuez, sitio donde fueron capturados los señores KEVIN ALEJANDRO ADARVE URIBE identificado con cédula número 1.001.138.407 de Medellín y WILSON ANDRES RESTREPO identificado con cédula número 1.128.473.855 de Medellín, personas que fueron señaladas de inmediato por la víctima, como los sujetos que intentaron hurtar sus pertenencias.*

*Al momento de la captura, los señores ADARVE URIBE y RESTREPO, se movilizaban en una motocicleta marca AKT, que portaba la placa LZS07B, motor 157FMITE292991, chasis 9F2D51253N5003294, línea 125 NKDR, color blanco y negro, modelo 2022, motocicleta que al momento del estudio técnico, arrojó que sus sistemas de identificación son originales, empero la placa NO LE CORRESPONDE, y en la requisa efectuada por los agentes de la policía les fue hallada una réplica de Arma tipo Pistola, conocida como arma traumática, marca ZORAKI, modelo M 906 TD, serie 000325, en buen estado de funcionamiento. Por lo tanto, se procede con la materialización de la captura y la puesta a disposición ante autoridad competente al igual que la motocicleta y el arma incautada.”*

En diligencias preliminares realizadas el 25 de marzo de 2022 ante la Juez Sexta Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín, luego de declararse la legalidad del procedimiento de captura, el Fiscal 108 Seccional les formuló imputación a los señores KEVIN ALEJANDRO ADARVE URIBE y WILSON ANDRÉS RESTREPO por la coautoría del delito HURTO CALIFICADO AGRAVADO EN MODALIDAD TENTADA en concurso heterogéneo con FALSEDAD MARCARIA (artículos 239, 240 inciso segundo, 241 numeral 10, 27 y 285 del código penal), cargos que no fueron aceptados por los implicados. Acto seguido, se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en el lugar de residencia a KEVIN ALEJANDRO, y en centro de reclusión a WILSON ANDRÉS.

El escrito de acusación fue radicado el 24 de mayo siguiente y la formulación oral se instaló el 16 de agosto de la pasada anualidad en el Juzgado Catorce Penal del Circuito de

Medellín, oportunidad en la cual el delegado de la Fiscalía solicitó la variación del objeto de la audiencia informando que había llegado a un preacuerdo con los procesado bajo los siguientes términos: los señores KEVIN ALEJANDRO ADARVE URIBE y WILSON ANDRÉS RESTREPO aceptan su responsabilidad como autores del delito de hurto calificado agravado en modalidad tentada en concurso heterogéneo con falsedad marcaría y en contraprestación y como único beneficio la Fiscalía les reconoce la ficción jurídica de la complicidad, pactando una pena de treinta y cuatro (34) meses de prisión y multa equivalente a 0.665 salarios mínimos legales mensuales vigentes, ello teniendo en cuenta que a la víctima le fueron cancelados los perjuicios.

El 26 de agosto de 2022 fue aprobada la anterior convención por la falladora luego de verificar que los procesados actuaron de manera libre, consiente y voluntaria, por lo que procedió a emitir el sentido del fallo de carácter condenatorio. Acto seguido, se corrió el traslado a las partes del que trata el artículo 447 del código de procedimiento penal, diligencia que fue culminada el 09 de septiembre último, luego de lo cual se dio lectura a la sentencia que es motivo de apelación.

## **2. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

En punto de la controversia, la sentenciadora de primera instancia sustentó que tanto el artículo 38B como el 63 de la Ley 599 de 2000 exigen para la procedencia de los subrogados allí estipulados que el delito por el que se emite el juicio de reproche

no se encuentre consignado en el artículo 68A ibídem, de ahí que al constatar ese listado se advierte que el punible de HURTO CALIFICADO está relacionado en dicha norma, razón por la cual deviene clara la improcedencia de la concesión de la prisión domiciliaria petitionada por la defensora del señor KEVIN ALEJANDRO ADARVE URIBE por expresa prohibición legal.

### **3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO**

La defensora del señor ADARVE URIBE manifestó su inconformidad aduciendo que la Juez de primera instancia desconoció los documentos que aportó en la audiencia de que trata el artículo 447 del código de procedimiento penal, pasando a repetir lo aducido en aquella oportunidad sobre las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden de su prohijado. Es así como reiteró que el progenitor de KEVIN ALEJANDRO se encuentra actualmente privado de su libertad cumpliendo una pena; que sus abuelos, quienes eran pensionados y colaboraban económicamente en el hogar, fallecieron en los años 2020 y 2021; que su poderdante tiene dos hermanas y una sobrina; que él trabajaba como mototaxista y domiciliario para ganarse la vida; y que ante la apremiante situación económica que estaba atravesando su hogar fue que tomó la equivocada decisión que lo tiene ahora bajo estas lamentables circunstancias.

Agregó la censora que con los elementos aportados se encuentra demostrada la condición de cabeza de familia del condenado, pues era quien se encargaba del sustento de su familia

considerando que su hermana mayor tiene una hija de 4 años de edad de quien el padre no se ha hecho responsable y se encuentra embarazada y sin trabajo, su madre para el día de los hechos se encontraba desempleada y de él también dependía su hermana Sofía de 10 años de edad, siendo el único que aportaba en el hogar para todos los gastos.

Asimismo, indicó que el señor ADARVE URIBE no es un peligro para la sociedad, que carece de antecedentes penales, que desde la formulación de imputación ha gozado de la detención preventiva domiciliaria sin que exista queja alguna en cuanto al cumplimiento de los compromisos adquiridos por el procesado, que reparó los perjuicios ocasionados y como muestra de su arrepentimiento le pidió perdón a la víctima en la audiencia celebrada el 25 de agosto de 2022, dando a entender que se encuentra supremamente arrepentido y desea cambiar su vida, ser alguien útil para la sociedad y jamás volver a cometer un acto que vaya en contra de la moral y las buenas costumbres.

Destacó la recurrente que la solicitud de prisión domiciliaria para su prohijado fue fundamentada en los artículos 36, 38 y subsiguientes del código penal, pero que en aras de sustentar el recurso de apelación y aunque KEVIN ALEJANDRO no es padre de familia, de conformidad con lo ampliamente argumentado si está demostrado que él es la cabeza visible de su hogar, donde velaba, antes de los hechos, por su sobrina y su hermana menores de edad, además de su madre desempleada y su hermana mayor embarazada a la cual se le ha tornado difícil trabajar por su estado, pasando a citar apartes de la sentencia SU-388 de 2005, en la que

se establecieron las pautas para reconocer el estatus de padre cabeza de familia a los procesados.

Adujo que en el caso de su poderdante se cumple lo consagrado en los numerales 1º, 3º y 4º del artículo 38B del código penal, y acto seguido aseveró que las excepciones y delitos excluyentes de la ejecución de la pena privativa de la libertad no se aplican cuando el condenado pretenda cumplir su pena en el lugar de residencia o morada de conformidad con el canon 38G ibídem; y, adicionalmente, hizo alusión lo estipulado en el artículo 314 del código de procedimiento penal asegurando que el señor ADARVE URIBE cumple por lo menos con el numeral 1º ya que en audiencia se logró demostrar lo relacionado a la vida personal, laboral, familiar o social del imputado, así como también el numeral 5º pues, aunque éste no ha tenido la dicha de ser padre todavía, es quien vela por el bienestar de todos sus consanguíneos como cabeza de familia, por lo que alejarlo de su hogar causaría un grave daño emocional y económico con base en los aspectos antes mencionados con relación a las difíciles circunstancias familiares que han tenido que soportar, tales como la muerte de los abuelos, quienes eran los que colaboraban económicamente, la exclusión de la obligación del padre, además de otras circunstancias.

Culminó la recurrente retomando el tema de la figura de cabeza de hogar y citó algunos extractos jurisprudenciales referentes al interés superior del menor y a la viabilidad de que el numeral 1º del artículo 314 del estatuto procesal penal pueda aplicarse incluso en sede de la ejecución de una sentencia condenatoria, todo ella para deprecar que se le otorgue la prisión

domiciliaria al señor KEVIN ALEJANDRO ADARVE URIBE para el cumplimiento del resto de la condena impuesta.

#### **4. LOS NO RECURRENTE**

El Procurador 121 Judicial II Penal de Medellín, luego de hacer un resumen de la actuación procesal agotada en sede de conocimiento y de los razonamientos expuestos por la defensora del señor KEVIN ALEJANDRO ADARVE URIBE en el traslado que se le hiciera en virtud del artículo 447 del código de procedimiento penal, solicitó la confirmación de la providencia de primera instancia asegurando que la misma se ajusta a la normatividad legal y jurisprudencial y goza de acierto y legalidad.

Amplió su hipótesis anotando que si bien es cierto nuestro ordenamiento habla de la dignidad humana y de las finalidades de la pena -necesidad, racionalidad y proporcionalidad-, igualmente establece unas limitaciones a los beneficios del judicializado, ello por razones de política criminal y como medio disuasivo contenido dentro de la prevención general y especial de la comisión del delito, y que justamente el señor ADARVE URIBE fue procesado por uno de esas conductas punibles que prohíbe la concesión de subrogados.

Y como segundo aspecto se refirió el delegado del Ministerio Público al énfasis que hizo la recurrente respecto a que el condenado es padre cabeza de familia por tener a su cargo el cuidado de su señora madre, de su hermana que tiene una hija

menor y se encuentra en embarazo, y de otra hermana menor de edad, tesis frente a la cual, luego de un análisis juicioso, considera que no se reúnen los requisitos jurisprudenciales para dar paso a la aplicación de la Ley 750 de 2002, figura que cada vez se torna más estricta por la jurisprudencia ante los abusos del instituto, pues se restringe la adaptación de la norma para casos específicos estableciéndose parámetros de aplicación.

Y sobre los planteamientos de carácter subjetivo que se hicieron en el disenso, afirmó que esas circunstancias sucumben ante la manifestada prohibición legal del artículo 68A del código penal para uno de los delitos por el cual fue condenado el procesado, y que el clamor de una segunda oportunidad de vida en sociedad ante el reconocimiento de haber actuado mal y su arrepentimiento, no elimina la obligación de la judicatura de aplicar la norma como en efecto lo hizo.

## **5. CONSIDERACIONES**

Es competente esta Corporación para examinar, por vía de apelación, el fallo proferido por la Juez Catorce Penal del Circuito de Medellín, de conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004. En razón de la limitación temática de la segunda instancia, sólo examinaremos el único punto del disenso referido a la negativa de la a quo de conceder la prisión domiciliaria al sentenciado KEVIN ALEJANDRO ADARVE URIBE.

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

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

En este punto resulta importante destacar que aunque no deviene exigible estudiar los razonamientos subjetivos en casos como el presente en el que no se supera un requisito objetivo, ello en virtud de lo dicho en precedencia, tampoco resulta acertado el planteamiento expuesto en el disenso según el cual la

juez de primera instancia no analizó de manera correcta los elementos aportados en el traslado del que trata el artículo 447 del código de procedimiento penal, pues de manera verbal en la audiencia llevada a cabo el 09 de septiembre de 2022 y antes de entrar a emitir la sentencia condenatoria, la sentenciadora le indicó a la defensora del señor KEVIN ALEJANDRO ADARVE URIBE lo siguiente:

*Respecto a la petición que ha hecho la señora defensora, pues mire, con toda seriedad y con todo respeto, yo me alegro que el señor KEVIN ALEJANDRO sea tan apreciado por la vecindad, lo tengan en tan buena conducta, lo que quiere decir que se ha estado manejando bien, que su madre lo acoja y vaya a responder por él económicamente, todo eso es muy bueno y la favorece a él tanto para su vida personal como para su familia y para la sociedad que lo rodea, de todas maneras señora defensora, el artículo 68A en su inciso segundo tiene un listado de delitos donde se prohíbe la prisión domiciliaria, este beneficio, y también la suspensión de la ejecución de la pena privativa de prisión, son prohibiciones que están por ley, que las impuso el legislador, y solamente para derruirlas, bueno, el delito de hurto calificado, así haya sido tentado, está en esa prohibición legal de conceder beneficios y subrogados. Señora defensora, únicamente para usted pretender que el juzgado le conceda ese beneficio de la prisión domiciliaria con el que KEVIN purgue la prisión, usted debe atender a una situación de ley como son las que están consagradas en el artículo 314 del código de procedimiento penal, cualquiera de esas situaciones que usted pueda probar que se encuentre inmiscuido su prohijado KEVIN, pues si se prueba, el juzgado seguramente que concedería esa prisión domiciliaria, pero como lo que usted trajo son situaciones familiares, sociales, modo de vivir, su arraigo, todo ello, no está ninguna de esas situaciones contempladas en el artículo 314 del código de procedimiento penal, tampoco en el 38G como usted de pronto lo nombró, razón por la cual señora Fiscal, perdón,*

*señora defensora, yo no le puedo conceder la prisión domiciliaria como usted desea a su prohijado porque no tengo ningún asiento legal para ello.”(Minuto 28:10 a 30:53)*

Tenemos entonces que el condenado no satisface todos los presupuestos contenidos en el artículo 68B del código penal, pues nótese que la regulación estipula que el sustituto penal estudiado procede siempre y cuando “2. *Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68A de la Ley 599 de 2000*”.

Es apenas entendible que al señor ADARVE URIBE se le apliquen las normas vigentes que regulan la materia, dentro de las cuales se encuentra el artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el cual no riñe con el artículo 4 ibídem que señala las funciones de la pena, pues fue precisamente en virtud del cumplimiento de éstas que el legislador consideró que algunas conductas, dentro de las cuales se encuentra el hurto calificado, requerían un tratamiento diferenciado en punto de subrogados y beneficios y procedió a excluirla en nuestro ordenamiento jurídico.

Adicionalmente, la censora incurre en un error cuando invoca la aplicación del artículo 38G del código penal aduciendo que la disposición restrictiva contenida en el canon 68A ibídem no se aplica en esos eventos, pues, en primer lugar la petición del subrogado la fundamentó la defensa en el artículo 38B del catálogo penal, y en segundo lugar porque la prisión domiciliaria a la que hace referencia el artículo 38G se concede “... *cuando* (el condenado) *haya cumplido la mitad de la condena...*”, circunstancia que

no se configura en el presente evento, por lo que dicho argumento tampoco está llamado a prosperar.

Así las cosas, no observa esta Colegiatura yerro alguno en la decisión emitida por la falladora de primera instancia en lo que es motivo de apelación, pues los argumentos del disenso están dirigidos a elaborar una teoría, que dicho sea de paso resulta inaceptable de conformidad con lo expuesto en este proveído, según la cual el señor KEVIN ALEJANDRO ADARVE URIBE es beneficiario de la prisión domiciliaria en razón a que su perfil personal, familiar y social reclama una resocialización por fuera del encarcelamiento, ello a pesar de haber sido condenado por uno de los delitos listados en el artículo 68A del código penal.

De conformidad con lo anterior, no se hará manifestación alguna sobre los aspectos subjetivos enunciados por la recurrente por cuanto, tal y como quedó establecido en esta decisión, al no superar el requisito de tipo objetivo concerniente a la prohibición legal contenida en el artículo 68A sustancial, deviene improcedente pasar a analizar el cumplimiento de los aspectos subjetivos de la normatividad estudiada.

Ahora, en lo referente al cumplimiento de la condición que regula el numeral 5° del artículo 314 del código de procedimiento penal, esto es, la calidad de padre cabeza de familia del señor KEVIN ALEJANDRO ADARVE URIBE, debe decirse que esta Corporación se abstendrá de pronunciarse al respecto por cuanto esa circunstancia no fue planteada ante la juzgadora de primera

**Sentencia segunda instancia Ley 906**

Acusados: Kevin Alejandro Adarve Uribe

Wilson Andrés Restrepo

Delito: Hurto calificado agravado y falsedad marcaría

Radicado: 05001 60 00206 2022 07372

(0355-22)

instancia, siendo completamente impertinente que en el disenso se propongan temas que no fueron objeto de análisis y pronunciamiento por el fallador, pues esta no es una instancia procesal en la que se encuentre habilitada la posibilidad de exponer argumentos nuevos frente a la pretensión que se persigue.

Los medios de conocimiento que obran en la carpeta y con los cuales la censora pretende demostrar que su prohijado no requiere de tratamiento penitenciario, las otras particularidades relativas a sus antecedentes personales, familiares y sociales, así como la calidad de padre cabeza de familia de aquel, podrán servirle de sustento para una petición en la que no se tenga que aplicar lo dispuesto en el multicitado artículo 68A, como lo son algunas de las circunstancias descritas en el artículo 314 de la Ley 906 de 2004, las que podrá invocar ya en sede de ejecución de la pena.

En conclusión, como la prohibición de conceder sustitutos penales consagrada en el artículo 68 A del texto penal resulta atribuible, entre otros, para el delito de hurto calificado, mismo por el que fue condenado de manera consensuada y anticipada el señor KEVIN ALEJANDRO ADARVE URIBE, esta Corporación ratificará la sentencia proferida el 09 de septiembre de 2022 por el Juzgado Catorce Penal del Circuito de Medellín.

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

## **RESUELVE**

**CONFIRMAR** la sentencia de naturaleza y origen conocidos, en cuanto es materia de apelación.

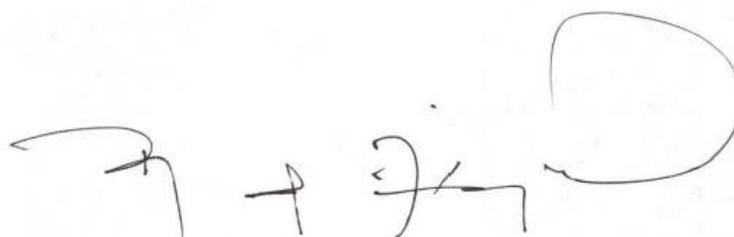
Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

## **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**RICARDO DE LA PAVA MARULANDA**

Magistrado



**RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ**

Magistrado

(Ausente con justificación)

**JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ**

Magistrado