



SALA PENAL

Radicado: 05-001-60-00206-2023-43262
Procesados: Luisa Fernanda González Luján
Daniel Sarmiento Montehermoso
Francisco Antonio Pérez Calderón
Sebastián Zapata Macías
Juan Manuel Zapata Arango
Delito: Hurto calificado agravado
Asunto: Apelación de sentencia con preacuerdo
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 035

Medellín, veinte (20) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

1. EL ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa de la señora Luisa Fernanda González Luján en contra de la sentencia proferida, el 30 de noviembre de 2022, por el Juzgado 1° Penal Municipal de Envigado, mediante la cual fue condenada, vía preacuerdo, junto con los demás coprocesados de la referencia, como coautora del delito de hurto calificado agravado.

2. ANTECEDENTES

2.1. El Hecho

De acuerdo con lo acusado: *“el día 28 de octubre de 2023, siendo aproximadamente las 22:25 horas; los ciudadanos Luisa Fernanda González Luján, Daniel Sarmiento*

Montehermoso, Francisco Antonio Pérez Calderón, Sebastián Zapata Macías y Juan Manuel Zapata Arango, a la altura de la carrera 32 #40AA Sur – 07 del municipio de Envigado, Antioquia, mediante acuerdo y con distribución de tareas, despojaron de sus pertenencias al ciudadano Juan Esteban Bernal García, esto es, un reloj inteligente de color negro valorado en \$200.000 pesos, un casco de motocicleta de color rojo y blanco valorado en \$500.000 pesos, una pulsera de oro laminado valorada en \$200.000 pesos, una camándula valorada en \$80.000, un bolso marca Oklay valorado en \$200.000 pesos en cuyo interior se encontraba su billetera con documentos personales (cédula de ciudadanía, licencia de conducción, tarjeta debito de Bancolombia cuya cuenta tiene la suma de \$8.000.000, tarjetas de crédito de Éxito, Carulla, Falabella y Caja Social); y la suma de \$52.000 pesos en efectivo aproximadamente. También un portacomida, un termo para bebida, impermeable y los documentos de la motocicleta de su propiedad. Para lograr el objetivo, fue increpado con palabras amenazantes e intimidado con arma de fuego”.

2.2. Trámite Procesal

Como el presente asunto siguió el rito del procedimiento abreviado, el 30 de octubre de 2023, en audiencia realizada ante el Juzgado 3° Penal Municipal con función de control de garantías de Envigado, se legalizó la captura en flagrancia de los hoy procesados y se les dio traslado del escrito de acusación en el que se les atribuyó el delito de hurto calificado por cometerse con violencia sobre las personas y agravado por realizarse por o dos o más personas (artículos 239, 240 inciso

2° y 241 numeral 10° del Código Penal), en calidad de coautores, cargo al que no se allanaron y se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

El 9 de enero de 2024, se instaló audiencia concentrada ante el Juzgado 1° Penal Municipal de Envigado, pero su objeto varió por solicitud de la Fiscalía, toda vez que se había llegado a un preacuerdo con los procesados en el que, a cambio de aceptar su responsabilidad por los cargos imputados, se degradaba su participación de coautores a cómplices, solo para fines de dosificación punitiva.

Dicho acuerdo fue aprobado por el juez de primer grado emitiendo sentido del fallo de carácter condenatorio y seguidamente se hizo la audiencia de individualización de la pena, en la cual el defensor de Luisa Fernanda González Luján solicitó la concesión de la libertad condicional o, en su defecto, la prisión domiciliaria, dado que su defendida debía velar por su madre enferma, lo cual fue reiterado por la procesada. El día 30 de enero de 2024, se dio traslado de la sentencia, y en contra de ella la defensa de Luisa Fernanda González Luján interpuso el recurso de apelación que sustentó dentro del término legal.

3. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Como la resolución de la apelación no impone ingresar en otros temas diferentes a los aspectos impugnados, solo reseñamos de la sentencia lo que guarda relación con las

censuras que están referidas a la situación de Luisa Fernanda González Luján. En lo restante, se entenderá incorporada la decisión de primera instancia a este fallo, pues se conserva su carácter condenatorio y lo allí resuelto que no sea objeto de reconsideración.

Con ocasión del preacuerdo celebrado con la Fiscalía, el juez de primera instancia condenó a los procesados a la pena de 18 meses de prisión como coautores del delito de hurto calificado agravado, para lo cual impuso la sanción mínima de 72 meses en virtud de la complicidad que fue pactada para ese efecto, a la que restó el 75% por reparación de perjuicios, conforme con lo dispuesto por el artículo 269 del Código Penal, arrojando una sanción total de 18 meses. Como pena accesoria le impuso la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal.

No concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38 del Código Penal por la expresa prohibición legal contemplada en el artículo 68A del Código Penal, en tanto el hurto calificado se encuentra en el listado de delitos contenidos en la norma, sin que pueda utilizarse el preacuerdo como herramienta para desatender la restricción, porque atentaría contra la legalidad y el aprestigiamiento de la administración de justicia.

Igualmente, denegó la prisión domiciliaria pretendida por la defensa de Luisa Fernanda González Luján con base en la alegación de que es madre cabeza de familia porque no se

observaba demostrada dicha condición; además de que tampoco se acredita la carencia de ayuda de la familia extensa, pese a que es carga de la defensa probarlo.

4. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

El defensor de la señora Luisa Fernanda González Luján apeló la anterior decisión en lo que concierne a la negación de la prisión domiciliaria, se entiende que por la calidad de madre cabeza de familia.

Sostiene el apelante que la prohibición de la concesión de subrogados del artículo 68A del Código Penal que incluye el delito por el que fue condenada su defendida puede no operar por cuanto existió una colaboración efectiva con las autoridades para el esclarecimiento de los hechos, se hizo la devolución de los elementos hurtados e igualmente se reparó a la víctima a quien se le pidió perdón. Agrega que la procesada carece de antecedentes y la sanción impuesta es inferior a 36 meses por lo que se puede permitir su reinserción a la vida común.

Finalmente, solicita se conceda la libertad condicional a su defendida o en su defecto la prisión domiciliaria, alegando que ella es la persona encargada de velar por la manutención de su progenitora, quien es una persona que padece múltiples problemas de salud que le impiden generar su mínimo vital, para lo cual anexa exámenes y órdenes médicas.

5. LAS CONSIDERACIONES

Como quiera que la segunda instancia se rige por los postulados de la justicia rogada y no se observa motivo de nulidad de la actuación, temáticamente la Sala se ocupará exclusivamente de los aspectos impugnados, no sin una gran dosis de caridad, los que por orden lógico conduce a examinar, inicialmente, si procede otorgar la prisión domiciliaria a Luisa Fernanda González Luján como madre cabeza de familia y, de no ser procedente, se evaluará la alegación sobre la inaplicación de la prohibición contenida en el artículo 68A del Código Penal.

En lo que respecta a la concesión de la prisión domiciliaria, a la que alude la Ley 750 de 2002, juzga el Tribunal que el juez acierta en su decisión por cuanto no se adujeron los medios de conocimiento requeridos para considerar a la justiciable madre cabeza de familia, de lo cual depende que pueda concederse la sustitución pretendida.

En efecto, el defensor de la procesada intenta derivar dicha condición del hecho de que su asistida tendría bajo su cargo personas incapaces o incapacitados para trabajar, específicamente su madre enferma, lo cual normativamente se soporta en lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008, cuando establece en su inciso segundo:

“En concordancia con lo anterior, es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica

o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar. (Subrayas del Tribunal)

Entonces, para que en la justicia penal pueda reconocerse la calidad que se invoca a favor de la acusada, se requiere, de un lado, demostrar que se tiene a cargo a dichas personas, no solo económicamente, sino también afectiva y socialmente; y de otro, que media deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del grupo familiar.

Desde luego que estos dos aspectos precisados se corresponden con dos enunciados empíricos que pueden y deben ser demostrados por quien pretende la aplicación de la norma a su favor, por lo cual la carga de la prueba la tienen los procesados o sus defensores, así como las consecuencias de su no cumplimiento.

Así las cosas, debió la defensa, como parte interesada en la concesión del sustituto penal, procurar la aducción de los medios de prueba necesarios para demostrar la especial condición de su defendida, a los que ha podido y debido acudir solicitando su práctica en el momento procesal pertinente, que en estos eventos no es otro que la audiencia de individualización de la pena, sin que le fuera permitido aportarlos por fuera de la misma, como de hecho lo hizo adjuntándolos como anexos a su escrito de apelación.

En dicha audiencia se habilita a las partes e intervinientes procesales para que realicen las solicitudes que guarden estricta relación con las condiciones que ilustran al juez sobre la pena aplicable y la concesión de algún subrogado, fundadas en prueba, de ser necesario, como se imponía en este caso. De haberse hecho, la prueba dejaría de ser sumaria, al salvaguardarse las garantías procesales de las otras partes y de los intervinientes, en especial los principios de publicidad y contradicción.

Respecto a este específico tópico, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SP2144-2016 del 24 de febrero de 2016, radicación 41712, al desarrollar el tema de la estructura constitucional de la audiencia del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, consideró:

“Para iniciar, es necesario destacar que el trámite del artículo 447 *ídem* debe realizarse bajo la metodología de la audiencia y con pleno desarrollo del principio de oralidad¹, lo cual conlleva a la inexistencia de un expediente² que recoja este trámite, sin perjuicio de las actas que a manera de constancia de su desarrollo se extiendan. Debido a lo anterior, las solicitudes, acreditaciones fácticas y jurídicas, argumentaciones y decisiones **deben verificarse en desarrollo de la audiencia**, ya que solo lo que en ella se incorpore puede servir de fundamento para a las decisiones que se profieran.

El trámite también debe ser público, concentrado y con vigencia estricta de los principios regentes del sistema procesal de carácter acusatorio. Todo lo anterior supone que el juez debe recibir y percibir de forma directa las solicitudes de las partes, la recepción de la prueba, su práctica y las alegaciones, y decidirá la pena imponible y las gracias sustitutivas con fundamento en lo obrado dentro de esta

¹ Cfr. Ley 906 de 2004, arts. 9, 10, 145

² Ley 906 de 2004, art. 146.

diligencia, bajo el entendido de que el conocimiento obtenido en ella es el **único** que habilita para un pronunciamiento adecuado a los estándares del debido proceso.

(...)

Siguiendo con esta línea de apreciación, las partes procesales pueden demostrar los hechos que ponen de manifiesto al juez, para que la individualización de la pena y la decisión respecto de los subrogados penales sea acorde con sus expectativas, pero esta actividad debe desplegarse **al interior de la audiencia destinada para tal finalidad**, en la que se garantizará la publicidad de la prueba, esto es, cerciorándose de que sea conocida por las partes para que materialicen el derecho a la contradicción si así lo estiman conveniente.

En suma, para resolver las solicitudes que legalmente pueden formularse en la audiencia del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal de 2004, **el juez solo puede considerar la información que ha sido producida y debatida en la audiencia**, y no puede considerar su conocimiento privado, ni recurrir a un expediente propio, ni sustituir el debate oral por uno escrito, ni utilizar documentos escritos allegados por fuera de la audiencia como fuente de información y producción de la decisión.

De ser así, la audiencia perdería relevancia y se convertiría en una simple formalidad, deteriorando la inmediación y la contradicción. Por ello, la Sala debe insistir en que **el material escrito no puede reemplazar el debate oral de la audiencia**, pues esto equivaldría a reproducir la lógica del expediente y a acabar con la metodología adversarial del sistema acusatorio.

(...)

No existe, por lo tanto, en un proceso de naturaleza acusatoria, la posibilidad de practicar o introducir elementos de valoración por fuera de audiencia, ni de tener como fundamento de la decisión judicial a aquellos que no han sido publicitados a los sujetos procesales o a los que no se ha dado la oportunidad real de ejercer el derecho a la contradicción.

Las decisiones que se adopten al margen de esta interpretación constitucional de la diligencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, estarán viciadas de nulidad por evidente quebranto de las garantías constitucionales y legales analizadas a lo largo de esta decisión.” (Negrilla del texto)

Ante este panorama, aunque podría colegirse que el juez de primera instancia en la audiencia del artículo 447 del C. P. P. pudo acudir a sus facultades oficiosas con el fin de decretar las pruebas necesarias para asegurar la efectividad de los derechos de la procesada, el hecho es que no lo hizo, presumiblemente por no percibir su necesidad, ni le fue solicitado por quien conoce la situación real de la justiciable y sus deberes familiares.

De otro lado, los documentos, fuera de que no pueden ser valorados al aducirse por fuera de las oportunidades procesales pertinentes, carecen de entidad o significación para demostrar por sí solos los hechos en los que se fundamenta la sustitución pretendida, en tanto se trata de informes y órdenes médicas desactualizadas, incluso algunos del año 2010, en los que se hace referencia a los diagnósticos que presenta la señora Ángela María Luján Serna, como glaucoma y los problemas lumbares que la aquejan, siendo la última de ellas una orden del 15 de diciembre de 2023, en la que se asigna cita médica para el 19 de febrero de 2024 de control médico por diabetes mellitus.

Además, se extrae que la paciente tiene 54 años, lo que permite inferir que su edad no la hace sujeto de especial protección y no consta que sus padecimientos le impidan valerse por sí misma. En todo caso, no se alude ni se demuestra que la señora madre de la procesada carezca de otros familiares que puedan velar por el cuidado afectivo y económico que supuestamente le brindaría la acusada.

En consecuencia, la Sala no percibe que el solo diagnóstico de su enfermedad o de las condiciones de salud de la señora Ángela María Luján Serna, determine una incapacidad tal que la haga depender de su hija para ser asistida afectiva, económica o socialmente por esta, ni que exista una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

En conclusión, no se percibe que estén demostradas las condiciones para entender que la señora Luisa Fernanda González Luján ostenta la calidad de madre cabeza de familia lo que conduce a que la decisión de primera instancia sea confirmada, sin perjuicio de que en sede de ejecución de penas se incorpore prueba que permita reconocer dicha calidad.

Por otro lado, en lo que concierne a la pretensión subsidiaria sobre la inaplicación del artículo 68A del Código Penal, es de advertir que para que la defensa pudiera ver prosperar su aspiración debería remover la fuerza de la prohibición de la norma en cuestión, que expresamente impide la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión para aquellas personas que han sido condenadas por los delitos dolosos allí contenidos, entre estos, el hurto calificado.

Aunque con esa finalidad alegó el recurrente en favor de su representada que esta carece de antecedentes penales, que

colaboró eficazmente con la justicia, se devolvieron los elementos hurtados y se repararon los perjuicios al afectado a quien le pidió perdón, dichas circunstancias no dan lugar a excepcionar la prohibición contenida en el artículo 68A del Código Penal de cara al postulado superior de que los jueces estamos sometidos al imperio de la ley.

Lo planteado se trata de argumentos de conveniencia como lo revela que, aunque resulten ciertos, es decir, se le confiera entera razón al apelante, carecerían de fuerza jurídica para variar la providencia recurrida pues, de lo contrario, se desconocería la libertad de configuración que le corresponde al legislador, dentro de lo razonable, en cuanto a la fijación de las penas y su forma de ejecución.

No puede el intérprete, incluido el juez, con la ponderación —así sea fundada en razones de proporcionalidad o de la justicia del caso— desconocer que el legislador definió de antemano la improcedencia de beneficios y subrogados penales atendiendo a la especial gravedad o lesividad de los delitos que enlistó y definió que serían los que requerían del tratamiento penitenciario, motivo suficiente para no acceder a lo pretendido.

La fidelidad del juez a la ley es un valor esencial y de mayor importancia en la adjudicación del derecho que se armoniza debidamente con la separación de poderes y la democracia, de modo que cuando los jueces en asuntos de conveniencia o valoraciones relativas, es decir, en los que no se hace regir normas superiores, desconocen el mandato o

prohibición de la ley para darle prevalencia a sus valoraciones fundadas exclusivamente en su propia subjetividad, no solo se trasgrede la fidelidad debida a la norma, sino que también se convierte en un acto arbitrario.

Finalmente, en lo que respecta al otorgamiento de la libertad condicional de la procesada, es menester indicar que resulta improcedente, por ahora, atendiendo a que dicho subrogado es propio de la fase de ejecución de la pena, y aun si se entendiera que por esta causa procediera la libertad de manera provisional, lo cierto es que las 3/5 partes de la pena que demanda el artículo 64 del Código Penal como factor objetivo para la concesión del beneficio aún no se han cumplido.

Lo anterior porque en el caso concreto la condena fue por 18 meses de prisión, cuyas 3/5 partes corresponden a 10,8 meses, los que aún no se han cumplido si se tiene en cuenta que la privación de la libertad de la procesada se produjo el 28 de octubre de 2023, esto es, hace menos de 5 meses. Entonces, al no colmarse siquiera el factor objetivo de procedencia, no es menester verificar la concurrencia de los demás requisitos para acceder al subrogado invocado antes de tiempo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero: Confirmar la sentencia recurrida, obra del Juzgado 1° Penal Municipal de Envigado.

Segundo: Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación, el que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes, luego de lo cual se deberá presentar la respectiva demanda ante este Tribunal dentro del término común de treinta (30) días.

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO

JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
MAGISTRADO

Firmado Por:

Miguel Humberto Jaime Contreras
Magistrado
Sala 08 Penal
Tribunal Superior De Medellín - Antioquia

Jorge Enrique Ortiz Gomez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Pio Nicolas Jaramillo Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley
527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **b51ed9a3443965950a56a54081ee06d3dd1f918fa04a9476072f9114ab16310d**

Documento generado en 21/03/2024 09:49:06 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>