

Proceso: 05 212 60 00201 **2022 00987**
Delito: Hurto calificado
Acusado: Juan Pablo Alzate Gómez
Procedencia: Juzgado 1º Penal Municipal de Bello
Objeto: Apelación de sentencia por preacuerdo
Decisión: Confirma
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
Sentencia No. 039-2023



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veinte (20) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto aprobado según acta Nro. 158

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor de **JUAN PABLO ALZATE GÓMEZ**, en contra de la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2023, por el Juzgado 1º Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bello, Antioquia, a través de la cual, en virtud de un preacuerdo, lo halló penalmente responsable del delito de hurto calificado.

1. HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

Los primeros fueron narrados por el *a quo* de la siguiente manera:

“Según el fundamento fáctico narrado por la fiscalía general de la nación, se tiene que el día 25 de diciembre de 2022 siendo las 9:40 horas aproximadamente, en la carrera 58 Nro. 45-70, barrio La Azulita del

municipio de Copacabana, Juan Pablo Alzate Gómez mediante penetración clandestina en el apartamento interior 204 y, aprovechando que allí no se encontraban sus moradores, se apoderó con el ánimo de obtener provecho económico de un reloj Apple Watch con su cargador, unos auriculares tipo diadema, una loción, un par de tenis, una botella de tequilla y \$42.000 pesos en efectivo, todo esto valorado en un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000), de propiedad de Yonatan Stiven Hoyos Serna, siendo sorprendido por un vecino quien dio aviso a la Policía Nacional y se pudo dar la captura del agresor y la recuperación de la mayoría de los elementos, salvo el cargador que no se recuperó..”

El 26 de diciembre de 2022 ante el Juzgado 3° Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, se llevó a cabo la audiencia de legalización de captura y se dio traslado del escrito de acusación tal y como dispone la Ley 1826 de 2017 por el delito de hurto calificado art. 239 y 240 numeral 3° del C.P. El conocimiento de la actuación le correspondió al Juzgado 1° Penal Municipal de Bello, Antioquia, quien efectuó la audiencia concentrada el 23 de febrero de 2023.

El 23 de marzo siguiente, cuando se iba a dar inicio al juicio oral, la Fiscalía anunció que había llegado a un preacuerdo con el procesado y su defensor, consistente en que como contraprestación por la aceptación de su responsabilidad el ente investigador variaba su participación solo para efectos punitivos, de autor a cómplice, también se puso de presente que la víctima fue indemnizada en sus perjuicios, circunstancia que confirmó en la audiencia. En ese sentido el despacho de primera instancia impartió aprobación a la negociación, celebrándose la audiencia de individualización de la pena en esa misma sesión.

En esa oportunidad el defensor de Juan Pablo Alzate Gómez reconoció que, aunque existe prohibición legal para la concesión de subrogados y beneficios, su representado actualmente está en una relación sentimental estable, está laborando como estampador y también está estudiando, por esa razón solicitó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pues su remisión a un establecimiento carcelario no luce necesaria.

El 13 de septiembre de 2023 se profirió sentencia condenatoria en desfavor de Juan Pablo Alzate Gómez como autor del delito de hurto calificado y se le impuso una pena de **nueve (9) meses de prisión** y por el mismo lapso la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, además le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena por expresa prohibición del art. 68A del C.P.

Como el sentenciado estaba en libertad se expidió la orden de captura 039 del 14 de septiembre de 2023.

2. LA SENTENCIA APELADA

Para los efectos del recurso interpuesto, el fallador de primera instancia indicó, que, en este caso, no era posible la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria porque pesa en contra del procesado la prohibición fijada por el legislador en el art. 68 A del C.P., ya que el delito de hurto calificado, está excluido de estos beneficios por disposición del legislador.

Además, señaló, que el procesado no ostenta ninguna condición constitucional como padre o hijo cabeza de familia, ni tiene grave enfermedad incompatible con la vida en reclusión, para que sea posible la sustitución de prisión intramural por prisión domiciliaria. Tampoco es de la tercera edad ni sujeto de especial protección constitucional, por tanto, si bien la defensa hizo una labor loable aportando elementos que muestran la actividad económica legal del acusado, esta situación *per se* no conlleva de manera automática a la concesión de subrogados.

Recordó que el legislador en su libertad de configuración, estableció que ciertos delitos, como el hurto calificado, no gozan de subrogados ni beneficios independientemente de la pena imponible ni de la actividad económica y personalidad del acusado, salvo situaciones excepcionales como las enunciadas en precedencia, las cuales reiteró, no fueron acreditadas en el caso concreto.

Agregó que bajo el principio de retribución justa el delito debe conllevar una sanción y en este caso, aunque la misma sea de 9 meses de prisión, debe cumplirse en un centro de reclusión para garantizar la resocialización y adecuada retribución, que garantice la vigencia del Estado de Derecho y la prevención general en sus aristas positiva y negativa, como la prevención especial positiva y negativa.

Advirtió que, en este asunto, se pregonó por un Derecho Penal Constitucionalizado, *pro homine* y garantista, con un activismo judicial, pero no desconociendo la política criminal del Estado, por esa razón a pesar de valorarse el caso concreto es necesario imponer pena y que la misma sea purgada en un centro de reclusión.

Finalmente resaltó que hacer exclusiones donde el legislador no las ha contemplado, conllevaría una intromisión al principio de legalidad, separación de poderes y seguridad jurídica, sobre todo cuando, como en estos casos de hurto calificado el propio legislador hizo el análisis de necesidad de la pena y consideró bajo la libertad de configuración y en cumplimiento de sus potestades legales y constitucionales, que se restringe la concesión de subrogados y sustitutos, para el efecto trajo a colación una decisión de este Tribunal del 8 de agosto de 2022 en el radicado 052126000201 2017-07645 con ponencia del Magistrado Rafael María Delgado Ortiz.

Así las cosas, negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena invocada por la defensa y teniendo en cuenta que el procesado estaba en libertad, libró la respectiva orden de captura.

3. DEL RECURSO

El defensor público de **Juan Pablo Alzate Gómez** mostró inconformidad con la decisión del juez de instancia en punto a la no concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria. Éstos fueron sus argumentos:

Inicialmente destacó que, en su criterio, la conducta desplegada por su prohijado fue calificada sólo por el hecho de haber ingresado de manera clandestina a la residencia de la víctima, por lo que no entraña la gravedad propia de los punibles relacionados en el artículo 68A del C.P., sobre todo cuando carece de antecedentes penales y sus

condiciones personales, familiares y sociales le son favorables, de ahí que no ve porque razón se le niegan los beneficios invocados bajo el único argumento de que la conducta punible se encuentra dentro de las relacionadas en la mencionada disposición.

Enseguida, advirtió que en tratándose de penas privativas de la libertad en establecimiento penitenciario, al momento de decidir sobre su imposición, es preciso que los jueces de conocimiento analicen cada caso en particular, a la luz de principios tales como el principio *pro homine*, cuya finalidad es propender, entre otros aspectos, la viabilidad de que al procesado se le apliquen normas jurídicas que le sean más favorables.

En ese sentido solicitó que se revoque parcialmente la sentencia condenatoria proferida en contra de su representado y como consecuencia de lo anterior, se le otorgue la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria, para el efecto mencionó dos providencias en las que los Jueces 23 y 47 Penales Municipales, en situaciones fácticas similares concedieron dichos beneficios.

No hubo pronunciamientos de los sujetos procesales no recurrentes.

4. CONSIDERACIONES

4.1 Esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004.

4.2 Ha de recordar la Sala el carácter restringido que ostenta la competencia del *ad quem*, que lo obliga a circunscribir su análisis única y exclusivamente al tema propuesto por el recurrente, con mayor razón cuando nos enfrentamos a un fallo de condena producto de una forma de terminación anticipada del proceso, circunstancia que restringe el alcance del interés para recurrir y, por contera, en mayor grado, la competencia de esta Corporación.

4.3 El problema jurídico propuesto por el censor se contrae a determinar si es posible en virtud del principio *pro homine*, hacer un estudio desde la perspectiva constitucional y

legal del artículo 68A del C.P., y como consecuencia de ello concederle a su representado la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria, dado que la conducta por la que resultó condenado no reviste la gravedad propia de los punibles relacionados en esa disposición.

4.4 Pues bien, recordemos que el art. 63 del C.P, refiere que la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta se suspenderá cuando concurren los siguientes requisitos i) Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de 4 años, ii) Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, (Subraya de la Sala).

En el mismo sentido el art. 38B, adicionado por el art. 23 de la Ley 1709 de 2014, señala que son requisitos, entre otros, para conceder la prisión domiciliaria “*Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000*”, dicha norma refiere que no se concederán, la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión a quienes hayan sido condenados por una serie de delitos, entre los que se encuentra el hurto calificado.

Bajo estas premisas, es claro que **Juan Pablo Alzate Gómez** no es acreedor de ninguno de estos beneficios. La razón consiste en que el delito por el que fue condenado se encuentra enlistado en artículo 68A del C. Penal, modificado por el art. 32 de la Ley 1709 de 2014, respecto de los cuales no procede el sustituto deprecado. Esta norma, si bien es cierto, fue producto de una de las medidas diseñadas por el Gobierno Nacional para hacer frente a la crisis del sistema penitenciario y carcelario, también lo es que, pese a ello, en ejercicio de la libertad de configuración legislativa de que goza el congreso de la República, consagró unas prohibiciones expresas para la concesión de los sustitutos penales en razón a la naturaleza del delito, introduciendo con ello un nuevo requisito o exigencia de ineludible observancia, sin que exista ningún presupuesto para la inaplicación de una norma clara y plenamente vigente en el ordenamiento jurídico. Más claro, no se observa la necesidad de dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad, prevista en el artículo 4° de la Constitución Política, pues no se advierte que en el *sub examine*, de manera ostensible se contraría un precepto superior.

Nótese como en el *sub judice* el recurrente no explicó de qué manera la prohibición contemplada en el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, pugnan con algún mandato constitucional. Simplemente, a manera de petición de principio, aludió indistintamente a una y otra figura, es decir, que se aplicara a favor de su representado, la excepción de inconstitucionalidad del art. 68A del C.P, o se le concediera la suspensión condicional de la sentencia o la prisión domiciliaria, en virtud de que el delito por que el resultó sancionado su asistido no revistió la gravedad suficiente como para negarle los beneficios invocados, sin embargo, no demostró porque una u otra figura eran precedentes, como se verá más adelante.

Y es que para aplicar correctamente la excepción de inconstitucionalidad, de manera que se garantice la prevalencia de la Carta Política sin menoscabar el normal funcionamiento del Estado, deben satisfacerse tres presupuestos: i) Que la incompatibilidad entre la disposición cuestionada y la Constitución Política sea manifiesta¹ y palmaria² -y no producto de una valoración subjetiva o caprichosa- al punto que ambas normas no puedan regir en forma simultánea; ii) Que la aplicación de la norma claramente comprometa derechos fundamentales de personas concretas y no se restrinja a una discusión conceptual o abstracta que puede ser zanjada mediante la acción de constitucionalidad³; y iii) Que resulte excepcional e indispensable su uso, es decir, que no exista vía alternativa igualmente eficaz para remover el obstáculo en el momento necesario; aspectos que brillan por su ausencia, pues el censor nada dijo respecto del cumplimiento de éstos.

En ese sentido, se evidencia el incumplimiento de por lo menos, el primero de los requisitos que demanda la jurisprudencia constitucional, pues la Corte ídem ha considerado que forma parte de la libertad de configuración de que goza el legislador el que pueda considerar la gravedad de la conducta para restringir los derechos a acceder a subrogados y sustitutos de la punibilidad⁴.

Así las cosas, quien acude a la excepción de inconstitucionalidad tiene la obligación de presentar argumentos de orden constitucional que permitan apreciar razonablemente que

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-069 de 1995

² Corte Constitucional. Sentencia C- 600 de 1998

³ Sentencias T- 318 de 1997 y T-389 de 2009, entre otras.

⁴ Específicamente en relación con el tema está la sentencia C-425/08

la regla legal que es inaplicada es ostensiblemente contraria a una o varias disposiciones constitucionales.

En criterio de la Sala, en el *sub examine*, no procedía apartarse de la prohibición de conceder el subrogado penal, pues tal y como lo explicó el a quo con suficiencia, no existen razones de orden constitucional que lo ameriten, sobre todo cuando el censor en su recurso no le otorgó a esta instancia razones que demanden la inaplicación de dicha norma y mucho menos cuestionó los motivos por los cuales su petición fue negada, sin que sea de recibo la manifestación de que los beneficios resultan procedentes en este evento porque en la conducta punible ejecutada por su representado no medió la violencia contra las persona o las cosas y porque no cuenta con antecedentes penales, argumento que no es de recibo, pues el art. 68A del C.P., no se circunscribe solo a esos eventos.

En conclusión, al no prosperar los reparos del recurrente la sentencia apelada se confirmará.

Por lo anterior la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** el fallo de fecha, sentido y origen precisados en esta decisión.

Esta providencia queda notificada en estrados y contra la misma solo procede el recurso extraordinario de casación. Una vez ejecutoriada, regrese la carpeta al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO

NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO

Firmado Por:

Luis Enrique Restrepo Méndez
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Nelson Saray Botero
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jose Ignacio Sanchez Calle
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 014 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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: **1b1fc800f3f1eaf7c27363167c24ef4417247f4f5f97c2dc700369e4a419c569**

Documento generado en 21/11/2023 09:37:43 AM

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