

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

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

Radicado: 052666000203202200028
Procesado: Omar Daniel Zapata Mayo
Delitos: Hurto Calificado y uso de documento falso
Asunto: Apelación de Sentencia – LEY 1826 DE 2017
Sentencia: No.32-Aprobada por acta No.118 de la fecha.
Decisión: Modifica y revoca parcialmente la sentencia
Lectura: Jueves, 17 de noviembre de 2022

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Se apresta esta Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia proferida el 29 de julio de 2022 por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Envigado, Antioquia, que condenó al señor **Omar Daniel Zapata Mayo**, como autor del delito de hurto calificado y agravado, a la pena principal de 18 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal.

2. CUESTIÓN FÁCTICA

La presente actuación penal tuvo su génesis el día 12 de enero de 2022, a las 15:15 horas aproximadamente, en la Carrera 48 A con 60 Sur, barrio Playas de María del Municipio de Sabaneta, cuando el señor **Omar Daniel Zapata Mayo** y otro sujeto que no fue posible identificar, intimidaron a Lina Fernanda Fernández Trujillo, mediante el uso de una navaja procediéndole a quitar su teléfono celular marca *iphone 11* y esculcarle el bolso, generando que la dama cayera al piso boca abajo.

Acto seguido, los sujetos salieron corriendo y tras las voces de auxilio **Zapata Mayo** tira el celular, pero la ciudadanía logra capturarlo y recuperar los objetos hurtados.

3. DESARROLLO PROCESAL

El día 14 de enero de 2022, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Sabaneta, la Fiscalía corrió traslado del escrito de acusación a **Omar Daniel Zapata Mayo**, como coautor del delito de hurto calificado y agravado (art. 239, 240 inc. 2 y 241 # 10 del C.P.), cargo que no fue aceptado por el acusado, imponiéndosele medida de aseguramiento privativa de la libertad en su lugar de domicilio.

El proceso correspondió por reparto al Juzgado Segundo Penal Municipal del Envigado, quien celebró la audiencia concentrada el 22 de julio de los corrientes. En el trámite de ese acto procesal, el ente acusador aclaró el escrito de acusación, en el

sentido de que el delito por el cual se procedía en contra del procesado lo era el de hurto calificado y agravado en modalidad tentada (arts. 27, 239, 240 inc. 2 y 241 # 10 del C.P.), cargo que fue aceptado por el ciudadano en esa oportunidad, procediendo la judicatura a verificar el allanamiento y darle trámite a la audiencia del artículo 447 procesal.

En el curso de la individualización de la pena, la defensa del acusado solicitó que se le reconociera a su prohijado la prisión domiciliaria de la que trata el artículo 38G del C.P.

El 29 de julio de 2022 se profirió la respectiva sentencia, mediante la cual se condenó al señor **Zapata Mayo** como autor del delito de hurto calificado y agravado a la pena de 18 meses de prisión, inhabilidad para el ejercicio de funciones y derechos públicos por el mismo lapso y, a su vez, le negó beneficios y subrogados, en especial la domiciliaria del artículo 38B del código penal.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Para los efectos del recurso promovido, la juez de primera instancia tuvo los siguientes argumentos:

1. Con relación a la tasación de la pena, la funcionaria de instancia inicial realizó el respectivo ejercicio de cuartos, determinando imponer la pena mínima prevista para el delito de hurto calificado y agravado, esto es, 144 meses.

A ese resultado, le descontó un 50% por el allanamiento a cargos del encartado, lo cual arrojó un guarismo de 72 meses de prisión; a este total, le aplicó un descuento del 75% por la indemnización integral a la víctima del que habla el canon 269 del C.P., lo que arrojó una pena final de prisión de 18 meses.

2. Con relación a la prisión domiciliaria del artículo 38 B del C. P. y Ley 750 de 2002, advirtió que tampoco era posible su otorgamiento por cuanto el delito por el que resultó condenado el ciudadano, se encontraba enlistado en el inciso segundo del canon 68A como uno de los vedados de beneficios.

5. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión de primer nivel, el abogado que representó los intereses de **Omar Daniel Zapata Mayo**, planteó las siguientes censuras:

1. Adujo el togado que la juez de primera instancia incurrió en un error al momento de dosificar la pena, por cuanto no tuvo en cuenta que en la audiencia en que su prohijado aceptó responsabilidad, el ente acusador varió la calificación jurídica inicial a hurto calificado y agravado en modalidad tentada, siendo ese el cargo por el cual se produjo el allanamiento y que de haberse tenido el dispositivo amplificador del tipo, la pena final sería de 9 meses de prisión y no de 18 meses como quedó sentado en el fallo.

2. Indicó el recurrente, que la funcionaria de primer nivel resolvió la solicitud de prisión domiciliaria teniendo en cuenta el canon 38B del código penal, cuando en realidad su petición se enmarcaba a la desarrollada en el artículo 38G *ibídem*, cumpliendo en la actualidad con los requisitos que impone este último canon.

En consecuencia, solicitó se revocara la decisión recurrida en esos 2 precisos aspectos.

6. LOS NO RECURRENTES.

Los sujetos procesales no recurrentes, guardaron silencio en el término del traslado efectuado.

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 Segundo Penal Municipal de Envigado (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 de impugnación y las cuestiones inescindibles a ello.

7.2. Los problemas jurídicos:

De cara a los planteamientos que hace el recurrente, corresponde a la Sala analizar dos problemas jurídicos del siguiente tenor literal:

- ¿La tasación de la pena de prisión por parte de la Juez de primera instancia fue correcta, al no tener en cuenta la modificación introducida por la Fiscalía General de la Nación en la audiencia concentrada, atinente a adicionar el dispositivo amplificador del tipo de la tentativa?
- ¿Es acreedor el señor **Omar Daniel Zapata Mayo** del sustituto de la prisión domiciliaria regulado en el canon 38G del C.P.?

Para una mejor estructura lógica de la decisión, la Sala abordará cada problema jurídico en particular.

7.2.1. ¿La tasación de la pena de prisión por parte de la Juez de primera instancia fue correcta, al no tener en cuenta la modificación introducida por la Fiscalía General de la Nación en la audiencia concentrada, atinente a adicionar el dispositivo amplificador del tipo de la tentativa?

La primera labor judicial que debe realizar el funcionario con miras a imponer la pena a un ciudadano declarado penalmente responsable, es concretar la misma a través de los criterios

establecidos por el legislador en los artículos 59, 60 y 61 del Código Penal.

En ese sentido la primera labor judicial, de conformidad con el artículo 60 en comento, es determinar el mínimo y el máximo de la pena a imponer para lo cual obviamente se tiene que tener en cuenta, entre otras cosas los amplificadores del tipo.

Una vez hecho esto, siguiendo el artículo 61 *idem*, se procederá de la siguiente manera a efectos de asignar la pena en concreto:

“Fundamentos para la individualización de la pena.

(...) el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva.

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: **la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.**

Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.

(...).” (Negrilla de la Sala)

En efecto, el juez después de valorar la prueba y de determinar la responsabilidad del procesado, momento para el cual deberá tener definido el o los tipos penales por el cual o cuales lo va condenar, así como los dispositivos amplificadores del tipo, si los hubiera, deberá iniciar la definición de la pena a imponer tanto en el aspecto cuantitativo como cualitativo.

Luego, el fallador deberá fijar los límites mínimos y máximos para lo cual tendrá en cuenta todas las circunstancias modificadoras de dichos límites (circunstancias específicas de atenuación y agravación punitiva, dispositivos amplificadores del tipo penal) de acuerdo a las reglas establecidas en el artículo 60 penal y que hubieran sido deducidas por la Fiscalía desde la acusación si agravan la situación del procesado o solo en la audiencia de individualización de pena si lo benefician.

Efectuado el procedimiento anterior, siguiendo los parámetros del artículo 61 *idem*, ubicado ya el cuarto correspondiente, tendrá que hacer la asignación concreta de la pena y para ello tendrá que analizar las siguientes variables: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir. Además que, en tratándose de delitos tentados se deberá tener en cuenta la mayor o menor aproximación a la consumación del hecho.

Este último, pero definitivo paso, como quiera que aquí se hace la asignación de la pena en concreto, es lo cierto que muchas veces es descuidado por los operadores judiciales que con

frases de cajón o expresiones preformateadas sustentan sin más la cuantificación de la pena, soslayando abiertamente el mandato perentorio del artículo 59 penal que obliga a una fundamentación expresa sobre los motivos de la determinación de la sanción penal; pero también la normatividad subsiguiente que fue creada precisamente para establecer como pilares fundamentales sobre esta esencial cuestión la **discrecionalidad reglada y el sustento razonable**, con los cuales, según la Sala de Casación Penal se busca: “busca sembrar parámetros de proporcionalidad en la concreción de la sanción al tiempo que permiten controlar la función judicial mediante el ejercicio del derecho de impugnación, pues los criterios plasmados permitirán su ataque igualmente argumentado en aras de establecer la respuesta correcta a lo debatido.”¹

Una vez determinada en concreto la pena proceden las rebajas post delictuales entre ellas, reparaciones o beneficios por justicia premial.

Caso concreto:

En el presente caso se tiene que el señor **Omar Daniel Zapata Mayo** fue acusado, en un inicio, por el delito de hurto calificado y agravado consumado; no obstante, al inicio de la audiencia concentrada el delegado del ente acusador, *motu proprio*, varió esta calificación jurídica agregando el dispositivo amplificador del tipo penal de la tentativa, siendo este cargo el aceptado por el procesado y por el cual debía continuarse la actuación penal.

¹ C.S.J. Sala de Casación Penal, radicado 27618 del 10 de junio de 2009

Empero, en un incomprensible actuar de la Juez de primera instancia, se tuvo como fundamento para dosificar la pena de prisión el tipo penal sin el dispositivo amplificador endilgado, lo que luego del ejercicio de cuartos respectivo y el reconocimiento de las rebajas por allanamiento y reparación, arrojó un *quantum* punitivo final de 18 meses de prisión, situación que fue certeramente cuestionada por la defensa.

Pues bien, la Sala encuentra que efectivamente le asiste razón al censor en cuanto existe un yerro mayúsculo al momento de determinar la pena de prisión impuesta al señor **Zapata Mayo** por cuanto la *a quo* pasó por alto la modificación introducida en la audiencia concentrada y que ella avaló, pues en el registro de audio no se avizora que la funcionaria judicial hubiese efectuado algún tipo de manifestación en contra de la modificación de la conducta de hurto calificado y agravado consumado a tentado.

En consecuencia, lo procedente en este asunto es entrar a redosificar la pena de prisión impuesta a **Zapata Mayo** teniendo en cuenta la tentativa acusada al inicio de la audiencia concentrada.

En efecto, el delito de hurto calificado y agravado, tentado, apareja una pena de prisión de 72 a 144 meses de prisión. Establecidos los límites punitivos, encontramos que los cuartos de movilidad quedan constituidos de la siguiente manera:

| Cuarto mínimo | Cuarto medio | Cuarto medio | Cuarto máximo |
|---------------|---------------|----------------|----------------|
| 72 a 90 meses | 90 meses y un | 108 meses y un | 126 meses y un |

| | | | |
|------------|-----------|-----------|-----------|
| de prisión | día a 108 | día a 126 | día a 144 |
| | meses de | meses de | meses de |
| | prisión | prisión | prisión |

Así las cosas, como la determinación de la pena por parte de la funcionaria de primer nivel no fue objeto de censura, la Sala respetará la elección de la pena mínima del primer cuarto, esto es, 72 meses de prisión.

A este guarismo se le descontarán las 3 cuartas partes que tuvo como criterio la primera instancia por indemnización lo que arrojaría una pena final de prisión de 18 meses.

Por último, a esta cifra se le debe aplicar la rebaja por allanamiento de la mitad que tampoco fue objeto de oposición y será la misma que usará la Sala, quedando una sanción de 9 meses de prisión.

7.2.1. ¿ Es acreedor el señor Omar Daniel Zapata Mayo del sustituto de la prisión domiciliaria regulado en el canon 38G del C.P.?

Para abordar este problema jurídico, comenzara por decirse que el artículo 38G de la Ley 599 de 2000, enlistó unos requisitos a tener en cuenta con miras a la concesión del beneficio de la sustitución de la prisión intramural, por domiciliaria, a saber:

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, excepto en los casos en que el condenado pertenezca al grupo familiar de la víctima o en aquellos eventos en que fue sentenciado por alguno de los siguientes delitos del presente código: genocidio; contra el derecho internacional humanitario; desaparición forzada; secuestro extorsivo; tortura; desplazamiento forzado; tráfico de menores; uso de menores de edad para la comisión de delitos; tráfico de migrantes; trata de personas; delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; extorsión; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; terrorismo; usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas; financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada; administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada; financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso restringido, uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, salvo los contemplados en el artículo 375 y el inciso 2 del artículo 376; peculado por apropiación; concusión; cohecho propio; cohecho impropio; cohecho por dar u ofrecer; interés indebido en la celebración de contratos; contrato sin cumplimientos de requisitos legales; acuerdos restrictivos de la competencia; tráfico de influencias de servidor público; enriquecimiento ilícito; prevaricato por acción; falso testimonio; soborno; soborno en la actuación penal; amenazas a testigo; ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio; en los delitos que afecten el patrimonio del Estado. –
negrillas de la Sala –

Así, el anterior artículo señala que la persona que quiera ser beneficiaria del sustituto debe, además de no ser condenada por uno de los delitos taxativamente señalados, haber cumplido al menos la mitad de la pena y cumplir con los requisitos

contemplados en los numerales 3 y 4 del canon 38B de la misma obra, a saber:

3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.

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.

4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

- a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;
- b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;
- c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;
- d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.”.

Ahora bien, respecto del arraigo como tercer requisito contenido en la norma antes citada y que, como se dijo, es necesario para el análisis de la concesión de la prisión domiciliaria, el órgano de cierre de esta jurisdicción lo ha definido como:

«...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.

Así las cosas, quien pretenda ser beneficiario de la prisión domiciliaria debe demostrar que efectivamente tiene asiento de vida en un lugar determinado dadas sus relaciones familiares, laborales o sociales y que obviamente es funcional a esa comunidad.

Lo anterior permite afirmar que el concepto de arraigo no se circunscribe únicamente al lugar físico donde el procesado habita, sino que tiene una connotación de orden sociológico relacionada con la funcionalidad y desenvolvimiento del sujeto en una comunidad, así como la posibilidad de estar presto a los distintos requerimientos que la judicatura pueda realizarle en cumplimiento de un sustituto punitivo, como lo es la prisión domiciliaria.

Por ello, si la defensa solicita en favor de su prohijado la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria, le asiste la carga de demostrar, entre otros requisitos, el respectivo arraigo ante el funcionario sentenciador, ejercicio que debe efectuar en la oportunidad procesal pertinente, esto es, en el desarrollo de la audiencia del 447 procesal, debiendo amparar

² SP918 del 3 de febrero de 2016, radicado 46647 y SP 18912 del 15 d noviembre de 2017, radicado 46930.

ese ejercicio persuasivo con los medios de convicción que considere pertinentes para la comprobación de la existencia de esa sujeción del sentenciado a un espacio familiar, social o laboral, o en su defecto solicitar la prueba pertinente al respectivo juez, quien incluso, ante el planteamiento de la parte interesada, la podría decretar de oficio.

En este estado, es menester resaltar que cualquier elemento demostrativo allegado a la actuación y que guarde relación con esa sujeción del procesado a una comunidad, familia o trabajo por medio de la fijación de un lugar de habitación, así como la imposibilidad de omisión a los requerimientos judiciales, serviría para respaldar la solicitud de sustitución de la modalidad de ejecución de la pena impuesta.

Por último, respecto de las obligaciones establecidas en el numeral 4, son un requisito a futuro que se garantiza mediante la referida caución y que por lo mismo en caso de incumplirse ya no afectan la concesión del beneficio en la sentencia, sino que implican su revocatoria, por ejemplo, el hecho de garantizar el pago de los perjuicios impuestos en la sentencia del incidente de reparación integral, es una condición que inescindiblemente debe cumplirse para que permanezca el beneficio concedido.

Caso concreto

Habiendo efectuado estas presiones, encuentra la Sala que el señor **Omar Daniel Zapata Mayo** fue condenado por el punible de tentativa de hurto calificado y agravado, reato contenido en el canon 68A del C.P.; por esa razón la defensa en el acto

procesal respectivo, solicitó la concesión para su prohijado de la domiciliaria contemplada en el 38G que, se itera, exige el cumplimiento de la mitad de la pena, la demostración de arraigo y el préstamo de la respectiva caución para garantizar las obligaciones del numeral 4 del canon 38B *ibídem*.

Al momento de estudiar esta pretensión, se presentó otro yerro palmario por parte de la funcionaria de primer nivel, quien procedió a efectuar el estudio de la prisión domiciliaria a la luz de lo dispuesto en el canon 38B del C.P. y no del pedido por la defensa en su intervención en la audiencia del 447 procesal.

En razón de lo anterior, debe la Sala analizar si en el presente asunto el condenado cumple con los requisitos establecidos en el canon 38G del C.P. y verificar la procedibilidad del sustituto de la prisión intramural por domiciliaria.

En efecto, se tiene que el señor **Omar Daniel Zapata Mayo** fue gravado con medida de aseguramiento privativa de su libertad el pasado 14 de enero de los corrientes y que mediante esta sentencia se le impuso una pena de 9 meses de prisión, por el delito de hurto calificado y agravado tentado, que no se encuentra enlistado en los reatos vedados de sustitución en el canon 38G del C.P.

Para la procedencia, debe analizarse en primera medida si ya el procesado cumplió 4 meses y 15 días de su pena, lo cual salta de bulto que para el momento en que el proceso fue repartido a esta judicatura, esto es, el 5 de septiembre de 2022, ya se había

purgado por el sentenciado más de la mitad de la sanción impuesta, lo que da por satisfecho el primero de los requisitos.

Ahora, en lo que tiene que ver con el arraigo social y familiar del sentenciado, encuentra la Sala que el procesado, previo a la emisión de la sentencia de primera instancia, venía gravado con una medida de aseguramiento de privación de la libertad en su lugar de domicilio, en la calle 31A # 44 – 63 del municipio de Itagüí, motivo más que suficiente para dar por acreditado en este preciso evento la satisfacción del requisito del arraigo familiar.

En suma, por considerarse satisfechos en este evento los requisitos legales del canon 38G del C.P. se revocará el numeral segundo del fallo del 9 de mayo de 2022 proferido por el Juzgado Cuarenta y Seis Penal Municipal de Medellín, para en su lugar conceder al señor **Omar Daniel Zapata Mayo** la prisión domiciliaria deprecada.

Para materializar este beneficio, el condenado deberá prestar caución por medio salario mínimo legal mensual vigente y suscribir ante el funcionario de primer nivel la respectiva acta de compromiso.

En mérito de lo expuesto, **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 Política,

9. RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 29 de julio de 2022 por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Envigado, mediante la cual se condenó al señor **Omar Daniel Zapata Mayo**, en el sentido de establecer que la referida condena lo es por **ser coautor del delito de hurto calificado y agravado tentado** y que la pena de prisión que deberá purgar el señor **Zapata Mayo** será de 9 meses, tal y como se expuso en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia de origen y contenido conocidos para, en su lugar, conceder al procesado la prisión domiciliaria de que trata el canon 38G del C.P. Se advierte al condenado que para gozar de este beneficio debe suscribir la respectiva acta de compromiso y prestar caución por la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente. Una vez hecho lo anterior, el personal del INPEC remitirán al condenado a su domicilio

TERCERO: En los demás aspectos, se confirma la decisión recurrida.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado