



SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA N° 103
(Sesión del 13 de septiembre de 2022)

Radicado: 052666000203202200241
Sentenciado: Cristian David Valencia Córdoba
Delito: Tentativa de Hurto Calificado y Agravado
Asunto: Defensa apela negativa de concesión de prisión domiciliaria por el artículo 38G del Código Penal
Decisión: Revoca parcialmente
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 16 de septiembre de 2022
(Fecha de lectura)

1. OBJETO DE DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de apelación que presentó el defensor del ciudadano condenado, contra la sentencia proferida el 12 de agosto del año en curso por el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de conocimiento de Envigado-Antioquia que declaró penalmente responsable a Cristian David Valencia Córdoba del delito de Tentativa de Hurto Calificado y Agravado, toda vez que en la misma no se hizo alusión al otorgamiento de la prisión domiciliaria consagrada en el artículo 38G del Código Penal, por haber cumplido la mitad de la pena impuesta.

2. HECHOS

El 22 de febrero de 2022, a eso de las 08:05 horas en la transversal 34F Sur con 27F, Kiosco “El Pájaro” del barrio Las Cometas del municipio de Envigado-Antioquia, Cristian David Valencia Córdoba fue sorprendido saliendo de dicho establecimiento de comercio con diversos productos como paquetes de papas, 20 chocolatinas, cajetillas de cigarrillos, latas de salchichas, 34 paquetes de mecato, 10 paquetes de galletas, 3 paquetes de maní, una candela, 6 memorias

Radicado: 052666000203202200241
Sentenciado: Cristian David Valencia Córdoba
Delito: Tentativa de Hurto Calificado y Agravado

y \$2.600 en monedas, además de haber provocado un incendio en el establecimiento, mismo que causó daños a los enseres del sitio, por lo que fue necesario que se desplazara hacia allí la Máquina N° 11 de Bomberos de Envigado, quienes atendieron el caso y llamaron a las autoridades policiales, que procedieron a capturar al procesado.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. Actuación procesal relevante.

3.1.1. Audiencias Preliminares. El 23 de febrero de 2022, el Juez Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Envigado-Antioquia, legalizó el procedimiento de captura realizado en contra de Cristian David Valencia Córdoba. Acto seguido la Fiscalía General de la Nación le formuló imputación por el delito de Tentativa de Hurto Calificado y Agravado, cargo al cual el imputado no se allanó. Se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su residencia.

3.1.2. Acusación. El 14 de junio de 2022, ante la Juez Segunda Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Envigado-Antioquia se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación en la que la delegada Fiscal acusó formalmente al ciudadano procesado como autor del delito de Tentativa de Hurto Calificado y Agravado consagrando en los artículos 239 inciso 2°, 240 inciso 1° numeral 1° y 241 numeral 11 del Código Penal, en concordancia con el artículo 27 *ibídem*.

3.1.3. Audiencia preparatoria que mutó a Verificación de Preacuerdo. El 27 de julio de 2022, estando *ad portas* de que se realizara la audiencia preparatoria de juicio oral las partes advirtieron que habían llegado a un preacuerdo por virtud del cual el señor Valencia Córdoba aceptaba los cargos por los que fue acusado a cambio de que, únicamente para efectos punitivos, se le diera el tratamiento de cómplice, dejando la tasación de la pena a criterio del Juez de conocimiento, pero advirtiendo que en virtud al pago de los perjuicios ocasionados, de conformidad con lo establecido en el artículo 269 del Código Penal, el procesado se hacía acreedor a la máxima rebaja consagrada en esta norma.

Radicado: 052666000203202200241
Sentenciado: Cristian David Valencia Córdoba
Delito: Tentativa de Hurto Calificado y Agravado

En virtud a lo anterior, el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Envigado-Antioquia le impartió aprobación al preacuerdo, anunciando el correspondiente sentido del fallo de carácter condenatorio.

Acto seguido se le dio trámite a la audiencia de individualización de pena y sentencia consagrada en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, misma en la que la delegada de la Fiscalía manifestó que en el certificado de antecedentes se tiene que el acusado cuenta con antecedentes penales dada sentencia proferida en su contra el 28 de diciembre de 2020 por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Envigado-Antioquia en donde fue condenado a la pena de 4 meses y 15 días de prisión al haber sido hallado autor penalmente responsable del delito de Hurto Calificado y Agravado; resaltó que Valencia Córdoba no es merecedor a la concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por expresa prohibición legal.

La Representante de la víctima afirmó que no tenía nada para manifestar en este caso.

Por su parte, el defensor del ciudadano procesado advirtió que no solicitaría concesión del subrogado penal, dada la prohibición para el otorgamiento del mismo, pero que además, su asistido se encuentra privado de la libertad desde el 22 de febrero del año en curso; solicitó a la Juez de primera instancia que al momento de tasar la pena, tuviese presente la atenuación del artículo 268 del Código Penal aunado al hecho de que se indemnizó a la víctima, por lo que solicita se le reconozca la máxima rebaja de que trata el artículo 269 *ibídem*, deprecando de la *a quo* se ubicara en el cuarto mínimo, así no se imponga la pena mínima allí establecida.

3.2. Sentencia de primera instancia.

En virtud del preacuerdo, y tras la verificación de que existían suficientes elementos materiales probatorios que desvirtuaban la presunción de inocencia, que el pacto se adecuaba a la legalidad y que Cristian David Valencia Córdoba había aceptado los cargos de manera libre, consciente, voluntaria y debidamente

asesorado por su abogado defensor, el sentenciador le impuso la pena principal de 10 meses de prisión, esbozando las razones para llegar a dicha cifra.

Frente a los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y la prisión domiciliaria advirtió el *a quo* que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 del Código Penal, no es posible concederle a Valencia Córdoba el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, dado que el delito por él cometido es de aquellos contenidos en el inciso 2º del artículo 68A *ibídem*, por lo que el encartado deberá descontar la pena impuesta en el centro de reclusión que para el efecto determine el INPEC; advirtiendo que, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 3º del artículo 37 del Código Penal, el tiempo que ha cumplido en detención preventiva, se computará como parte cumplida de la pena impuesta. Respecto del sustituto de la prisión domiciliaria, aplica la misma lógica anterior y, en consecuencia, tampoco es posible su concesión.

No obstante, resaltó la *a quo* que, en el evento en que el procesado o su defensor no compartan sus argumentos, bien pueden acudir ante el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad al que le corresponda la vigilancia de la pena impuesta, en procura de lograr el otorgamiento de alguno de los beneficios aludidos, una vez se demuestre fehacientemente los requisitos de orden legal para tales efectos.

3.3. Del recurso interpuesto por la defensa.

Inconforme con la negación de la ejecución de la pena privativa de la libertad al interior de la residencia de su asistido tras haber cumplido la mitad de la condena, el defensor de Cristian David Valencia Córdoba interpuso apelación en contra del fallo de primera instancia arguyendo que fue proferido el pasado 12 de agosto y la pena principal impuesta fue de 10 meses por lo que, contando el tiempo que lleva su prohijado privado de la libertad, es decir, desde el pasado 22 de febrero, para la fecha de emisión de la sentencia ya había descontado más de la mitad de la pena impuesta.

Cita el artículo 38G del Código Penal que regula los presupuestos para el otorgamiento de este beneficio, para resaltar que el delito por el cual fue

Radicado: 052666000203202200241
Sentenciado: Cristian David Valencia Córdoba
Delito: Tentativa de Hurto Calificado y Agravado

condenado su asistido no se encuentra enlistado en dicha norma, que tiene arraigo familiar, pues la detención preventiva le fue concedida al interior de su domicilio, aunado a que la víctima fue debidamente indemnizada y no vive en dicha morada. Por ende, considera que Valencia Córdoba reúne a cabalidad los requisitos que exige el artículo, previa una caución; además de que los motivos examinados por la Juez de primera instancia no se pueden aplicar a este caso, pues la *a quo* se refirió a los requisitos del artículo 38B del Código Penal omitiendo pronunciarse sobre la posibilidad de otorgarle al procesado la ejecución de la pena privativa de la libertad al interior de su residencia, por haber cumplido la mitad de la condena, por el contrario trasladó cualquier pronunciamiento al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Frente a este último aspecto, aduce que el mismo fue analizado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 1° de febrero de 2017, SP1207-2017 con Radicado 45900, con Ponencia del Magistrado Luis Guillermo Salazar Otero, en la que se expuso: “(...) *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.*”

Arguye que la *a quo* desatendió su solicitud y el pronunciamiento de la Corte en tal sentido, cuando se trata de otorgar el beneficio deprecado pues esperar que el proceso llegue a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, trasgrede las normas y principios rectores, así como las garantías procesales, en especial lo regulado en el artículo 27 del Código de Procedimiento Penal. Solicita en consecuencia se modifique la sentencia recurrida en razón a la no concesión del beneficio al que tiene su asistido con el reconocimiento del tiempo cumplido de la pena impuesta y, en su lugar, se ordene la ejecución de la pena privativa de la libertad al interior de su residencia, por haber cumplido la mitad de la condena, fijando la caución que en derecho corresponda, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones fijadas por la ley.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Competencia.

Esta Sala es competente para resolver el asunto según lo dispone el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004¹.

4.2. Problema jurídico.

Esta Sala determinará si se encuentran acreditados los presupuestos consagrados en el artículo 38G del Código Penal para la concesión de la sustitución de la pena privativa de la libertad en el lugar de residencia del señor Cristian David Valencia Córdoba, habida cuenta que según afirma la defensa esta ya cumplió con la mitad de la pena que le fue impuesta el pasado 12 de agosto.

4.3. Valoración y solución del problema jurídico.

Previo a adentrarnos en el tema de fondo, precisa esta Sala resaltar que en atención al factor funcional y de acuerdo con lo señalado en los artículos 20 y 33 numeral 1° del Código de Procedimiento Penal, la competencia se restringe en esta oportunidad, a decidir sobre el pedimento elevado 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 los sujetos procesales. Advirtiéndose entonces que, además, no se puede agravar la situación del condenado Cristian David Valencia Córdoba como quiera que su defensa técnica actúa como único apelante, ello, en atención a la garantía consagrada en el canon 31 de la Carta Política.

4.3.1. El artículo 38G del Código Penal, establece:

“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

¹ Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen:

1. De los recursos de **apelación** contra los autos y **sentencias** que en primera instancia profieran los **jueces del circuito** y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito. (Negrillas de la Sala de Decisión).

Radicado: 052666000203202200241
Sentenciado: Cristian David Valencia Córdoba
Delito: Tentativa de Hurto Calificado y Agravado

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 cumplimiento 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.

PARÁGRAFO. Los particulares que hubieran participado en los delitos de peculado por apropiación, concusión, cohecho propio, cohecho impropio, cohecho por dar u ofrecer, interés indebido en la celebración de contrato, contrato sin cumplimiento 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, amenaza a testigos, ocultamiento, alteración, destrucción material probatorio, no tendrán el beneficio de que trata este artículo.”

Así mismo los numerales 3° y 4° del artículo 38 del Código Penal, establecen:

“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”.

Radicado: 052666000203202200241
Sentenciado: Cristian David Valencia Córdoba
Delito: Tentativa de Hurto Calificado y Agravado

Entonces, a la luz de la normatividad referida, para acceder a esta modalidad de prisión domiciliaria se requiere i) que el sentenciado haya cumplido la mitad de la pena impuesta; ii) que no se trate de alguno de los delitos allí enlistados; iii) que el condenado no pertenezca al grupo familiar de la víctima; iv) que se demuestre su arraigo familiar y social y; v) que se garantice, mediante caución, el cumplimiento de las obligaciones descritas en el numeral 4° del artículo 38B del Código Penal.

Pues bien, el primer aspecto a analizar es la satisfacción del requisito objetivo relativo al cumplimiento de la mitad de la pena; para el caso concreto, a Cristian David Valencia Córdoba se le impuso por parte de la *a quo* una sanción correspondiente a diez meses de prisión, y si se tiene en cuenta que desde el 23 de febrero último se encuentra privado de la libertad por cuenta de este proceso, a la fecha de emisión de la providencia que ahora se revisa, dicho requisito se satisfacía a plenitud.

El segundo aspecto está relacionado con que el artículo 38G cuenta con su propio catálogo de prohibiciones expresas, y en el *sub examine* está completamente acreditado que el Hurto Calificado y Agravado no se encuentra dentro de los enlistados en dicho canon.

El tercer aspecto tiene que ver con que el condenado no pertenezca al grupo familiar de la víctima y, de lo que obra en el expediente, nada permite colegir el incumplimiento de este tópico pues ciertamente Cristian David Valencia Córdoba y Jhon Jairo Uribe Acosta no son familiares o, al menos, nada se acreditó frente a ello.

Ahora, frente al cuarto aspecto referente al arraigo del encartado, se debe partir de lo definido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en reciente pronunciamiento, así:

“acorde con lo aducido por la Sala al respecto en CSJ SP, 25 sep. 2019, rad 52898: «Arraigar en sentido lato es echar o criar raíces; vinculado con las personas o las cosas es establecerse de manera permanente en un lugar², 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

² Diccionario Esencial de la Lengua Española, Real Academia Española, Espasa Calpe 2006.

Radicado: 052666000203202200241
Sentenciado: Cristian David Valencia Córdoba
Delito: Tentativa de Hurto Calificado y Agravado

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»³.⁴

En virtud de lo anterior, respecto del arraigo del sentenciado, resulta imprescindible a efectos de valorar la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria deprecada, establecer sus vínculos familiares y sociales. En este caso se tiene que Valencia Córdoba vive con su madre Beatriz Eugenia Córdoba, en la Carrera 34DDsur # 28-50 interior 101 del barrio Manuel Uribe del municipio de Envigado, ubicable a través del teléfono fijo 5881570; fue a esta ciudadana a quien, según los elementos materiales probatorios aportados por la Fiscalía, se le indicó de su captura el día 22 de febrero del año en curso y es en ese domicilio en donde se le impuso la medida de aseguramiento privativa de la libertad por parte del Juez de Control de Garantías, sin que obre en el expediente que el procesado hubiera faltado a los compromisos adquiridos con la suscripción de la correspondiente acta de compromiso, por el contrario, se pudo verificar que compareció a cada una de las audiencias a las que fue citado, conectándose por medio del correo valenciacordobac@gmail.com, todo lo cual permite establecer su arraigo y los lazos que lo unen al domicilio que comparte con su señora madre.

En virtud de lo anterior, al haberse verificado el cumplimiento por parte del sentenciado de los presupuestos para que la ejecución de la pena privativa de la libertad sea en su lugar de residencia, el fallo de primera instancia será revocado parcialmente, en el sentido de conceder al procesado la prisión domiciliaria consagrada en el artículo 38G del Código Penal, por haber cumplido la mitad de la condena que le fue impuesta. Para acceder a la medida sustitutiva, Valencia Córdoba deberá suscribir acta de compromiso en la que se obligue a cumplir las obligaciones consagradas en el numeral 4° del artículo 38B *ibídem*, la cual habrá de garantizar mediante caución equivalente a 1 salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV).

³ CSJ SP, del 3 de febrero de 2016, Radicado 46647.

⁴ CSJ SP402-2021 del 10 de febrero de 2021, Radicado 56992.

Radicado:
Sentenciado:
Delito:

052666000203202200241
Cristian David Valencia Córdoba
Tentativa de Hurto Calificado y Agravado

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, **REVOCA PARCIALMENTE** la sentencia del 12 de agosto del año en curso, únicamente en el sentido de **CONCEDER A CRISTIAN DAVID VALENCIA CÓRDOBA LA PRISIÓN DOMICILIARIA** consagrada en el artículo 38G del Código Penal, por haber cumplido la mitad de la condena que le fue impuesta. Para lo cual deberá necesariamente suscribir diligencia de compromiso en la que se obligue a cumplir las obligaciones consagradas en el numeral 4° del artículo 38B *ibídem*, garantizando ello mediante el pago de caución equivalente a 1 salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV).

Contra esta decisión, que se notifica en estrados, procede el recurso de casación, el cual deberá interponerse dentro del término común de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la misma

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado



NELSON SARAY BOTERO
Magistrado

Radicado:
Sentenciado:
Delito:

052666000203202200241
Cristian David Valencia Córdoba
Tentativa de Hurto Calificado y Agravado

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, overlapping strokes that form a stylized representation of the name Hender Augusto Andrade Becerra.

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado