

Proceso: 05 360 60 99057 **2021-00523**
Delito: Hurto calificado y agravado tentado
Acusados: Yeizon Andrés Perea García, Eder Leandro Ospina Colorado y
Héctor Faber Bolívar Calle
Procedencia: Juzgado 2º Penal Municipal de Itagüí
Objeto: Apelación de sentencia por preacuerdo
Decisión: Confirma
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
Sentencia No. 043-2023



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, cuatro (04) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto aprobado según acta Nro. 167

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensora de **Yeizon Andrés Perea García, Eder Leandro Ospina Colorado y Héctor Faber Bolívar Calle**, en contra de la sentencia proferida el 18 de octubre de 2023, por el Juzgado 2º Penal Municipal con Funciones Mixtas de Itagüí, Antioquia, a través de la cual, en virtud de un preacuerdo, los halló penalmente responsables del delito de hurto calificado y agravado en modalidad tentada.

1. HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

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

“El día 01 de Julio de 2021, aproximadamente a las 05:10 horas en la Carrera 53 con Calle 84 A, barrio Viviendas del Sur, vía pública del municipio de Itagüí-Antioquia, fueron capturados en situación de flagrancia los señoree EDER LEANDRO OSPINA COLORADO, HÉCTOR FABER BOLÍVAR CALLE y YEIZON ANDRÉS PEREA GARCÍA, un cuarto sujeto

*Tribunal Superior de Medellín
Sala de Decisión Penal
Radicado 053606099057 2021-00523
Yeizon Andrés Perea García
Eder Leandro Ospina Colorado
Héctor Faber Bolívar Calle*

huyo del lugar sin lograr su identificación, quienes se encontraban realizando actividades encaminadas a apoderarse de cable instalado y en operación de la empresa Tigo, ya habían cortado y además contaban con los elementos y herramientas necesarias para lograr su extracción, como lo es una eslinga gruesa; lazo que soporta peso, segueta manual, un casco color blanco, almádana y un vehículo marca Mazda B 2000 de placas LAB 415 color verde. Estos sujetos, incluyendo el que logró huir, portaban overoles, camisas y e indumentaria que simulaban trabajar para la empresa Tigo.

A la persona que logró evadirse, previamente le habla sido incautado su equipo celular iPhone modelo A1778, como también los celulares color negro con imei 3533130891125 que portaba PEREA GARCÍA; uno marca Motorola MotoG6 con imei 351847092584010 y 351847092584928 a OSPINA COLORADO y un celular marca Motorola E6 Play color azul a BOLÍVAR CALLE, toda vez que se informa por los captores que al verse sorprendidos se dispusieron a utilizarlos.

Según informe técnico presentado por personal experto de la empresa Tigo; supervisor de Operaciones, señor YONNY ALEXANDER ZAPATA, indica que se verifica daño en la infraestructura de la red fija de cobre propiedad de la empresa Tigo (Une, Tigo y Edatel) que presta servicios de telefonía, televisión y datos. Especifica que lo que se pretendía hurtar, fueron 220 metros de cable de 600 pares y 2020 metros de cable de 1200 pares valorado en la suma de 33.273.600 millones y que el valor de los daños de la infraestructura es de 41.181.456 millones”

El 2 de julio de 2021 ante el Juzgado 3º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Itagüí, 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 y agravado art. 239 y 240 numeral 1º y 241 numerales 4 y 10 del C.P. No se les impuso medida de aseguramiento.

El conocimiento de la actuación le correspondió al Juzgado 2º Penal Municipal de Itagüí, Antioquia, quien, luego de varios aplazamientos efectuó la audiencia concentrada el 27 de abril de 2023, oportunidad en la que, los acusados se allanaron a los cargos, decisión que. luego de ser interrogados por el a quo, indicaron fue libre consiente, voluntaria y debidamente asesorados por su defensor, en ese sentido el a quo le impartió aprobación a dicho acto.

El 27 de septiembre pasado, se llevó a cabo la audiencia de individualización de la pena, momento en que la fiscalía indicó que, si bien los acusados no contaban con antecedentes dentro de los 5 años anteriores, el delito de hurto calificado estaba en listado en el art. 68ª del C.P., por lo que no era procedente la concesión de subrogados o beneficios.

La defensa por su parte, solicitó la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia a favor de **Eder Leandro Ospina Colorado** y para los demás solicitó también la prisión domiciliaria por tener a su cargo a sus hijos menores y otras personas que dependen económicamente de ellos, en ese punto la audiencia se suspendió para que los procesados consignaran el valor de los perjuicios a favor de la víctima, mismo que fue fijado en \$ 2.325.000.

El 18 de octubre de 2023 luego de verificar el pago por concepto de indemnización, se profirió sentencia condenatoria en disfavor de **Yeizon Andrés Perea García, Eder Leandro Ospina Colorado y Héctor Faber Bolívar Calle**, como coautores del delito de hurto calificado y agravado en modalidad tentada y se les impuso a cada uno, una pena de **trece (13) meses quince (15) días de prisión** y por el mismo lapso la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, además les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena por expresa prohibición del art. 68A del C.P. y la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia pedida a favor de **Eder Leandro Ospina Colorado**.

Como los condenados estaban en libertad ordenó librar las correspondientes órdenes de captura.

2. LA SENTENCIA APELADA

Para los efectos del recurso interpuesto, el fallador de primera instancia indicó, que los subrogados contenidos en los artículos 38, 63 y 64 de la ley 599 del 2000 y demás beneficios judiciales o administrativos son consecuencias que derivan en modalidades alternativas para lograr que las personas condenadas penalmente estén por fuera del establecimiento carcelario y obtengan la libertad. Sin embargo, su otorgamiento no opera

de manera automática, por el contrario, en cada caso concreto, se requiere acreditar el cumplimiento de los requisitos tanto objetivos como subjetivos, los cuales deben ser analizados de manera crítica por el funcionario judicial al momento de determinar la viabilidad de su concesión.

Señaló que respecto a la concesión de la prisión domiciliaria como mecanismo sustitutivo de la prisión intramuros el artículo 38B del Código Penal, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, exige, entre otras cosas que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000. En el mismo sentido, el art. 63 ídem que el sentenciado tiene derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, cuando carezca de antecedentes penales y no se trate de uno de los delitos contenidos el inciso 2° del artículo 68A del C.P.; por tanto, los condenados no cumplen con el aspecto objetivo que demanda la norma, toda vez que la conducta por la que fueron condenados (hurto calificado con circunstancias de agravación punitiva en la modalidad de tentativa) se encuentra expresamente excluida de todo tipo de beneficios, circunstancia que torna inane un examen del aspecto subjetivo.

Frente a la solicitud de prisión domiciliaria como padre cabeza de familia a favor del ciudadano **Eder Leandro Ospina Colorado**, dijo que una vez estudiados los soportes presentados por la defensa está plenamente acreditado que es padre de un menor de edad, que cuenta con trabajo y arraigo social, sin embargo lo que no está probado es que el menor no cuenta con la ayuda de otros miembros del grupo familiar ya que no puede inferirse la inexistencia de personas obligadas a asumir su manutención, como sería el caso de su madre. Por lo que no se satisfacen los requisitos para su concesión.

Y respecto de este beneficio a favor de los demás acusados porque, según la defensa, no constituyen un peligro para la víctima, cuentan con arraigo, carecen de antecedentes y por la situación de hacinamiento de las cárceles de este país, explicó que, no es posible aplicar una excepción de inconstitucionalidad frente al art. 68A del C.P., debido a que se tiene la convicción que el mismo está ajustado al ordenamiento jurídico superior; pues si bien es cierto, en este caso, para la realización de la conducta punible no se ejerció violencia sobre las personas, también lo es que, hubo una afectación al bien jurídico tutelado por el legislador, esto es al patrimonio económico.

Así las cosas, negó el beneficio de la prisión domiciliaria invocado por la defensa.

3. DEL RECURSO

La defensa contractual de **Yeizon Andrés Perea García, Eder Leandro Ospina Colorado y Héctor Faber Bolívar Calle**, mostró inconformidad con la decisión del juez de instancia en punto a la no concesión de la prisión domiciliaria en favor de sus representados. Éstos fueron sus argumentos:

Inicialmente destacó que su pretensión está dirigida a que se le conceda a sus asistidos el beneficio de prisión domiciliaria contemplado en el art 38b del C.P., normatividad respecto de la cual, considera concurren todos y cada uno de los presupuestos de conformidad con la situación fáctica y con diferentes pronunciamientos que ha realizado la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional.

Reconoció que el delito por el que fueron condenados sus prohijados está incluido en el art. 68A del C.P., no obstante, el juez tiene la potestad de hacer excepciones al analizar que la finalidad de la pena es reeducar, resocializar y reincorporar a la persona penamente responsable en la sociedad. En ese sentido recordó que el art. 68A incorporado a la Ley 599 de 2000, por medio del artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, pretendía evitar que una persona que en el pasado hubiese sido beneficiaria de un subrogado penal no pudiera, ante una nueva condena, acceder de nuevo al mecanismo.

Agregó que para el año 2014, como aparente respuesta a la crisis carcelaria, el legislador creó la Ley 1709, que modificó varios artículos, entre ellos, el 63 y 68A de la Ley 599 del 2000, lo que resultó contradictorio y generó un problema mayor.

Luego de hacer un recuento de algunas decisiones de las Cortes Constitucional y Suprema¹, dijo que ninguno de sus representados registra antecedentes penales de condena en firme dentro de los 5 años anteriores a la comisión del delito, su desempeño

¹ C-646 del 2016, CSJ. S. Penal, Rad. 44718 de abril 13 de 2016 y SP-594 de 2019 de febrero 27 de 2019

personal, laboral, familiar o social permite inferir que no colocarán en peligro a la comunidad, a la víctima o a las personas a su cargo, entre ellos a sus hijos menores de edad.

Adujo que no le solicitó al a quo el beneficio de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, simplemente dijo que éstos aportaban al sustentos de sus hijos menores, por esa razón aportó a documentación como cartas de las junta de acción comunal, cuentas de servicios, registros civiles y firmas de la comunidad entre otros, para demostrar que se trata de unas personas observadas en todos los contextos relacionados (personal, laboral, familiar o social) que no presentan discrepancias para que se les otorgue el beneficio jurídico solicitado, toda vez que ante la comunidad, su familia y demás son calificados como unas personas humildes y trabajadoras que ejercen actividades de oficios varios.

Y por último resaltó que sus representados cumplen el primer requisito y es que la pena no supera los 8 años, y aunque reconoce que ello no es suficiente, con el fin de humanizar la justicia se debe analizar el caso particular, sobre todo cuando hoy por hoy existe una crisis carcelaria en nuestro país. Así las cosas, solicitó que la sentencia fuera modificada y se le conceda a sus representados el beneficio de la prisión domiciliaria.

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 la censora 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 sus representados la prisión domiciliaria, dado que son personas humildes y trabajadoras que ejercen actividades en oficios varios y no representan un peligro para la comunidad o la víctima.

4.4 Pues bien, recordemos que el art. 38B del C.P., 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 **Yeizon Andrés Perea García, Eder Leandro Ospina Colorado y Héctor Faber Bolívar Calle**, no son acreedores de ninguno de estos beneficios. La razón consiste en que el delito por el que fueron condenados 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* la recurrente no explicó de qué manera la prohibición contemplada en el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, pugna con algún mandato constitucional. Simplemente, a manera de petición de principio, aludió a que se aplicara a favor de sus representados, la excepción de inconstitucionalidad del art. 68A del C.P. y se les concediera la prisión domiciliaria, en virtud de que sus representados no registran antecedentes penales y porque su desempeño personal, laboral, familiar y social permite inferir que no colocarán en peligro a la comunidad, a la víctima o a las personas a su cargo, sin embargo, no demostró porque además de humanizar el proceso penal, esa figura era procedente, 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 manifiesta² y palmaria³ -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 constitucionalidad⁴; 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 la censora 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 punibilidad⁵.

² Corte Constitucional. Sentencia C-069 de 1995

³ Corte Constitucional. Sentencia C- 600 de 1998

⁴ Sentencias T- 318 de 1997 y T-389 de 2009, entre otras.

⁵ Específicamente en relación con el tema está la sentencia C-425/08

Así las cosas, quien acude a la excepción de inconstitucionalidad tiene la obligación de presentar argumentos de orden constitucional que permitan apreciar razonablemente que 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 o la prisión domiciliaria, pues tal y como lo explicó el a quo con suficiencia, no existen razones de orden constitucional que lo ameriten, sobre todo cuando la defensa 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 sus representados son personas humildes y trabajadoras que ejercen actividades en oficios varios y no representan un peligro para la comunidad o la víctima, además de no contar con antecedentes penales, pues el art. 68A del C.P., no se circunscribe solo a esos eventos.

En conclusión, al no prosperar los reparos de la 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

Tribunal Superior de Medellín
Sala de Decisión Penal
Radicado 053606099057 2021-00523
Yeizon Andrés Perea García
Eder Leandro Ospina Colorado
Héctor Faber Bolívar Calle

NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO

Firmado Por:

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

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

Jose Ignacio Sanchez Calle
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 014 Penal
Tribunal Superior De Medellín - 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: **023d17f7d85fc390c9a65e0b26d9c6c67d7a797064305688e09066cf5fa502c1**

Documento generado en 04/12/2023 02:53:11 PM

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