El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: HURTO AGRAVADO / ACEPTACIÓN DE CARGOS / SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DELA PENA / REQUISITOS / SI TIENE ANTECEDENTES QUE SUS CONDICIONES PERSONALES INDIQUEN QUE NO ES NECESARIO EJECUTAR LA PENA / VALORACIÓN PROBATORIA / PERSONA REINCIDENTE NO OBSTANTE SUS LIMITACIONES FÍSICAS / SE CONFIRMA LA DECISIÓN NEGATIVA.**

El profesional del derecho que asiste los intereses del procesado, no cuestiona la responsabilidad admitida por vía de la aceptación unilateral. Lo que se censura es lo relativo a la no concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena impuesta, por cuanto en su sentir, no se analizaron las condiciones personales, familiares y sociales del acusado, ni mucho menos la poca lesividad de la conducta que le fue atribuida o su situación de discapacidad actual.

Sea lo primero, en orden lógico, citar el contenido del artículo 63 CP, el cual reza:

“Suspensión de la ejecución de la pena. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos: (…)

“3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena”. (…)

… el apoderado esgrime que la funcionaria de primer nivel no tuvo en consideración: (i) la edad de su cliente -63 años-; (ii) que padece una discapacidad en sus piernas -al padecer “trastorno de disco cervical con mielopatía y cuadriplegia espástica-, situación que lo mantiene postrado en una cama; (iii) que vive con una hermana en un barrio humilde de la ciudad de Cali; y (iv) que su mantenimiento depende de la buena voluntad de su familia.

A todos esos planteamiento del recurrente, la Colegiatura debe indicar que de conformidad con la normativa aludida, el juez no puede conceder, en principio, ningún tipo de beneficio o subrogado penal a quien haya sido condenado por delito doloso o preterintencional dentro de los 5 años anteriores, lo cual significa que hay lugar per se a negar los subrogados y beneficios, entre ellos, por supuesto el de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. (…)

Mírese que aunque por parte del apoderado del acusado se alega la grave condición de salud al no poder movilizarse, se observa que esa tal afectación, misma que en sus palabras la tenía desde el mismo momento de su captura, no fue óbice alguna para la comisión del delito; es más, se sabe incluso que con posterioridad a estos hechos volvió a reincidir en similar conducta, la que se encuentra actualmente en trámite judicial. Como quien dice que ha convertido el robo en su modus vivendi.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Pereira, veintiocho (28) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

ACTA DE APROBACIÓN N° 982

SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura: | Octubre 29 de 2019. 9:34 a.m. |
| Acusado: | EVM |
| Cédula de ciudadanía: | 16´595.291 expedida en Cali (V.) |
| Delito: | Tentativa de hurto agravado |
| Víctima: | Almacén Falabella |
| Procedencia: | Juzgado Tercero Penal Municipal con función de conocimiento de Pereira (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la defensa contra el fallo condenatorio de fecha septiembre 20 de 2019. SE CONFIRMA |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- Conforme con lo plasmado en el fallo confutado, los hechos tuvieron ocurrencia en diciembre 18 de 2016, cuando el señor EVM fue capturado en situación de flagrancia por personal de seguridad del Centro Comercial Parque Arboleda, luego de haber intentado hurtar dos camisas marca “La Martina” del almacén Falabella, avaluadas en $359.800.oo.

1.2.- Ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con función de control de garantías de Pereira (Rda.) se llevaron a cabo las audiencias preliminares (diciembre 16 de 2016), por medio de las cuales: (i) se legalizó su aprehensión; (ii) se le imputó el delito de hurto agravado -art. 239 inc. 2º 241 inc. 2 C.P.- en grado de tentativa, los cuales NO ACEPTÓ; y (iii) la Fiscalía se abstuvo de solicitar medida de aseguramiento en su contra, por lo cual se dispuso su libertad inmediata.

1.3.- El ente persecutor presentó formal escrito de acusación (enero 31 de 2017) en el cual ratificó los cargos como autor de las conductas referidas, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Tercero Penal Municipal con función de conocimiento de esta capital, autoridad ante la cual se llevaron a cabo las audiencias de formulación de acusación (julio 12 de 2017) preparatoria (mayo 02 de 2018), y cuando se llevaría a cabo la audiencia de juicio oral (septiembre 20 de 2019), el procesado quien compareció por medio de video conferencia aceptó cargos, y en esa misma ocasión se realizó la audiencia de individualización de pena y se dictó sentencia, por medio de la cual: (i) se declaró responsable a EVM por el delito de hurto agravado en grado de tentativa; (ii) se le impuso sanción privativa de la libertad equivalente a 10 meses de prisión e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual a la pena principal; y (iii) le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y dispuso que fuera el juez encargado de la vigilancia de la pena quien librara la orden de captura.

1.4.- Inconforme con esa determinación, el defensor del sentenciado apeló la decisión y manifestó que la sustentaría por escrito.

2.- Debate

**2.1.-** Defensa -recurrente*-*

Pide se revoque el fallo adoptado y en su lugar se suspenda la ejecución de la pena al señor **EVM**, con fundamento en lo siguiente:

La a quo no valoró los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, por cuanto: (i) tiene 63 años de edad y por ende es un adulto mayor; (ii) al efectuársele arraigo en diciembre de 2016, se plasmó que contaba con una discapacidad en sus dos piernas, y en la llamada telefónica donde se validó la aceptación de cargos, este refirió que se hallaba postrado en una cama, al padecer por “trastorno de disco cervical con mielopatía y cuadriplegia espástica”, como se evidencia de su historia clínica; y (iii) en la llamada realizada a su defendido donde aceptó cargos expresó que vivía con una hermana en Cali, en el barrio “Terrón Colorado” de altísima pobreza, y la jueza se percató que su condición económica era precaria y vive de la buena voluntad de su familia. Aporta fotos al respecto.

En relación con la valoración de dichos antecedentes, la Corte ha indicado que su estudio es esencial para el reconocimiento de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, razón por la cual reprocha la decisión de la a quo ya que si no contaba con la historia clínica, la información se encontraba relacionada en el arraigo realizado luego de su captura y lo manifestado por este durante la comunicación sostenida. Y aunque tal situación permitió validar la aceptación de cargos, no entiende el motivo por el cual no creerle acerca de sus condiciones personales, sociales y familiares.

Tampoco se analizó que su defendido concurrió al proceso penal, colaboró con la justicia al aceptar cargos, ni mucho menos que con su conducta no puso en riesgo a alguna persona, y que el perjuicio causado es irrisorio para una empresa como Falabella, máxime que la conducta no se concretó. Agrega que el encarcelamiento no es necesario, amén de la sobrepoblación carcelaria, así como por la naturaleza del ilícito, su arraigo familiar, su situación económica y de salud, lo que conlleva asegurar que no será un peligro para la comunidad o que reincida en el delito pues su discapacidad se lo impide.

**2.2.-** Los demás intervinientes guardaron absoluto silencio en su condición de no recurrentes.

Debidamente sustentado el recurso, la funcionaria a quo lo concedió en el efecto suspensivo y dispuso la remisión de los registros pertinentes ante esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y apropiadamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por las partes habilitadas para hacerlo -en nuestro caso la defensa-.

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

Se contrae básicamente a determinar si en el caso concreto hay lugar al otorgamiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena impuesta al sentenciado **EVM**, amén de sus condiciones personales, familiares y sociales como lo pide el recurrente.

**3.3.- Solución a la controversia**

Nos encontramos en presencia de un trámite abreviado por la admisión de los cargos al momento de darse iniciación a la audiencia de juicio oral en contra del señor **EVM**, lo cual hizo de manera libre, voluntaria, consciente, debidamente asistido, y profusamente ilustrado acerca de las consecuencias de hacer dejación de su derecho a la no autoincriminación, lo que no obsta para asegurar que además de ese allanamiento unilateral que despeja el camino hacia el proferimiento de un fallo de condena, en el diligenciamiento en verdad existen elementos de convicción que determinan que la conducta ilícita que se pregonan sí ocurrió y que el sentenciado efectivamente tuvo participación activa en la misma.

No se avizora irregularidad sustancial alguna de estructura o de garantía, ni error *in procedendo* insubsanable que obligue a la Sala a retrotraer la actuación a segmentos ya superados; en consecuencia, se procederá al análisis de fondo que en derecho corresponde.

El profesional del derecho que asiste los intereses del procesado, no cuestiona la responsabilidad admitida por vía de la aceptación unilateral. Lo que se censura es lo relativo a la no concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena impuesta, por cuanto en su sentir, no se analizaron las condiciones personales, familiares y sociales del acusado, ni mucho menos la poca lesividad de la conducta que le fue atribuida o su situación de discapacidad actual.

Sea lo primero, en orden lógico, citar el contenido del artículo 63 CP, el cual reza:

“**Suspensión de la ejecución de la pena.** La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos:

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.

2. 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, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.

3. **Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores**, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.

El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad accesorias a esta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del [artículo 122 de la Constitución Política](https://leyes.co/constitucion/122.htm) se exigirá su cumplimiento” -negrillas de la Sala-.

Tal norma igualmente debe acompasarse con lo reglado en el art. 68A CPP, que prescribe: “No se concederán la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, **cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores** […]”.

De la información arrimada válidamente a la actuación, se advierte que el señor **EVM** fue sentenciado a la pena de 10 meses de prisión, y la a quo procedió a negar la suspensión de la ejecución de la pena por cuanto le figuran antecedentes por delito doloso dentro de los cinco años anteriores.

Precisamente por el hecho de tener el acusado un fallo debidamente ejecutoriado en su contra, consideró el letrado que la falladora estaba en el deber de analizar con mayor detenimiento el contenido del numeral 3º de dicha normativa, en relación con sus antecedentes personales, sociales y familiares, para llegar a la conclusión que no había necesidad de la ejecución de la pena.

Para sustentar lo dicho, el apoderado esgrime que la funcionaria de primer nivel no tuvo en consideración: (i) la edad de su cliente -63 años-; (ii) que padece una discapacidad en sus piernas -al padecer “trastorno de disco cervical con mielopatía y cuadriplegia espástica-, situación que lo mantiene postrado en una cama; (iii) que vive con una hermana en un barrio humilde de la ciudad de Cali; y (iv) que su mantenimiento depende de la buena voluntad de su familia.

A todos esos planteamiento del recurrente, la Colegiatura debe indicar que de conformidad con la normativa aludida, el juez no puede conceder, en principio, ningún tipo de beneficio o subrogado penal a quien haya sido condenado por delito doloso o preterintencional dentro de los 5 años anteriores, lo cual significa que hay lugar *per se* a negar los subrogados y beneficios, entre ellos, por supuesto el de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Respecto a lo que debe entenderse por antecedente judicial, nos remitimos a lo que desde otrora ha sostenido la Sala de Casación Penal, CSJ SP, 18 feb. 2004, rad. 20597, cuando se concluye que lo es:

“[…] **la condena judicial definitiva** (C.N. art. 248 y 77 del estatuto procesal penal), **al momento de la comisión del delito que se juzga**, pues las circunstancias de mayor o menor punibilidad se encuentran referidas a la conducta investigada, o momento de ejecución, **no al del proferimiento del fallo** […]”.

Ello significa, que para que se pueda hablar válidamente de un antecedente penal propiamente dicho, se requiere establecer que para el instante de la comisión del hecho delictivo que es materia de juzgamiento, ya el inculpado contaba en precedencia con una sentencia condenatoria en firme.

A su turno, la misma Alta Corporación ya había sostenido de antaño que:

“[…] por demás está advertir que la primera sentencia debe hallarse ejecutoriada **con anterioridad a la comisión de un segundo ilícito**, para que se configure como reincidencia […]”[[1]](#footnote-1).

Es decir, que ambos institutos, el conocido como antecedente y el de la reincidencia, convergen en una misma exigencia: “que el nuevo hecho sea posterior a la firmeza de un fallo de condena”.

En este caso en particular, se aprecia que para el momento en que el señor **EVM** ejecutó la conducta punible en detrimento del almacén Falabella -diciembre 18 de 2016-, ya contaba con una sentencia de condena ejecutoriada -septiembre 12 de 2014-[[2]](#footnote-2), precisamente por igual delito al que ahora se investiga, lo cual se convierte jurídicamente en un antecedente con los consabidos efectos penales, evidenciándose que también posee muchas otras anotaciones[[3]](#footnote-3) que dan cuenta de su capacidad de delinquir en conductas que afectan el bien jurídico del patrimonio económico.

Y pese a que el togado indica que la conducta cometida por su cliente no fue grave, al no poner en riesgo a ciudadano alguno, ni mucho menos atentar contra el patrimonio económico de una empresa consolidada financieramente como lo es Falabella, esa argumentación, frente a lo verificado en este asunto, no encuentra eco, pues si bien es cierto la ilicitud cometida no va encaminada a violentar a persona determinada, si lo hace contra las empresas que ven en esos mal llamados “robos hormiga” una gran afectación económica, en cuanto no es una sino múltiples las ocasiones y por muchas otras personas que actúan de forma similar, y tal situación de reincidencia escalonada lo convierte en un proceder que amerita reproche. Incluso nótese que en el presente evento no se trató del tradicional hurto famélico caracterizado por la apropiación de comestibles, sino del apoderamiento no de una sino de dos camisas de alto costo.

Mírese que aunque por parte del apoderado del acusado se alega la grave condición de salud al no poder movilizarse, se observa que esa tal afectación, misma que en sus palabras la tenía desde el mismo momento de su captura, no fue óbice alguna para la comisión del delito; es más, se sabe incluso que con posterioridad a estos hechos volvió a reincidir en similar conducta, la que se encuentra actualmente en trámite judicial[[4]](#footnote-4). Como quien dice que ha convertido el robo en su modus vivendi.

De ello puede inferirse que ni la enfermedad que dice padecer, ni mucho menos la edad que ostenta, han sido limitante o impedimento para incurrir en diversas conductas al margen de la ley, toda vez que como se vislumbra de la documentación allegada al dosier, ello lo ha realizado no solo antes sino, según se asegura, después a este episodio[[5]](#footnote-5), situación que lleva a pensar, razonablemente, que en él existe una proclividad hacia el delito.

Ahora, frente al estado de postración en que al parecer se encuentra en este momento por problemas de movilidad, estima la Sala que no podía la funcionaria de primer nivel establecer con la información aportada, ni de conformidad con lo consignado en la diligencia de arraigo en donde se dejó una nota al margen donde se lee: “presenta discapacidad en las dos piernas por golpe en la cabeza”[[6]](#footnote-6), que eso era suficiente para abstenerse de imponerle la prisión intramural. Y así se afirma, en cuanto una tal circunstancia no se encuentra debidamente acreditada, en el entendido que de conformidad con lo reglado en el canon 68 CP, para la concesión de esa prerrogativa debe existir un dictamen médico legal especializado por medio del cual se concluya de una manera diáfana que el señor **EVM** en realidad padece de una enfermedad grave que sea incompatible con la vida en reclusión.

La historia clínica que se arrimó en sede de alzada, que por supuesto no fue objeto de análisis por parte de la a quo, no es suficiente para pregonar la gravedad de la afección que supuestamente padece, en tanto debe ser un médico legista quien establezca, previa valoración, si tal dolencia le impide permanecer recluido, o si, por el contrario, puede darse una atención y cuidado dentro del sistema carcelario.

Por otra parte, y aunque la defensa sostiene además que debe tenerse en cuenta la “colaboración con la justicia” de su cliente, frente a ello se observa que la misma se redujo a la aceptación de los cargos para optar a un fallo anticipado, lo que le mereció el correspondiente descuento punitivo, lo que incluso se dio en la última oportunidad procesal que se tenía para ello, esto es, con antelación a darse comienzo a la audiencia de juicio oral; es decir, esperó a que la Fiscalía desplegara toda su actividad investigativa con miras a convencer al juez acerca de su autoría y responsabilidad.

Por último, que el señor **EVM** viva con su hermana y en un barrio de estrato socio-económico bajo, no es argumento atendible para pregonar que por tal motivo deba ser merecedor a un beneficio liberatorio, puesto que la realidad enseña que son muchísimas las personas de extracción humilde que pueden vivir en circunstancias incluso más difíciles que las del acusado, sin incursionar en conductas punibles; quienes por el contrario se dedican a diversas actividades lícitas, como bien lo hubiera podido realizar también el procesado si no estuviera dedicado a perfeccionar sus modalidades delictivas.

Empero, de persistir el letrado en su postura, deberá solicitarle al juez encargado de la vigilancia de la pena que estudie la viabilidad de solicitar al INML que realice la valoración médica al sentenciado para establecer si en efecto la dolencia que padece ostenta tal gravedad que le impida su vida en reclusión, para que sea dicho funcionario quien determine si puede hacerse acreedor a un mecanismo sustitutivo.

En ese orden de ideas, se considera que la determinación adoptada por la funcionaria de primer nivel, en cuanto negó al señor **EVM** el subrogado solicitado, se encuentra ajustada a derecho, y, en consecuencia, se procederá a su confirmación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** el fallo condenatorio proferido por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Pereira (Rda.) en contra del ciudadano **EVM**.

Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación que de interponerse habrá de hacerse dentro del término de ley.

Los Magistrados,

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

1. CSJ Casación Penal de Octubre 27 de 1969, M.P. Roncallo Acosta, Julio. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver folio 46 del expediente. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver folios 39 al 51 del expediente. [↑](#footnote-ref-3)
4. De la relación de investigaciones que se adelantan, aparece una anotación por hurto agravado, por hechos acaecidos en octubre 09 de 2017, la cual para esa época se hallaba en etapa de juicio. Ver folio 48 del expediente. [↑](#footnote-ref-4)
5. Al acá procesado le figuran al menos 14 anotaciones por delitos contra el patrimonio económico. Ver folios 48 al 51. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ver folio 54 del expediente. [↑](#footnote-ref-6)