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 Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 13 de febrero de 2018

Proceso:                 Penal - Confirma condena

Radicación Nro. : 660886000062-2016-00075-01

Procesado: JHONIER DE JESUS MAYA MONTOYA

Magistrado Ponente:  JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**TEMA: HURTO CALIFICADO / CONFIRMA SENTENCIA / REGLA GENERAL PETICIÓN DE PRISIÓN DOMICILIARIA ES COMPETENCIA DE JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS / ART. 68A DEL CODIGO PENAL - PROHIBICIÓN DE SUBROGADO PENAL / APLICA SIN IMPORTAR MODALIDAD DE HURTO CALIFICADO, INDEMNIZACIÓN DE VÍCTIMA O RESOCIALIZACIÓN DE IMPLICADO /** Cualquier tipo de petición de prisión domiciliaria con fundamento a la condición de madre o padre cabeza de familia, por enfermedad, etc., por regla general debe ser resuelta por el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, y por lo tanto ese tipo de privilegios que la ley penal prevé no son de competencia del juez de conocimiento al momento de proferir un fallo de condena…

(…)

En atención a la argumentación del recurrente, debe decirse: i) que ni el numeral 2º del artículo 63 del CP ni el artículo 68A ibídem inciso 2º, distinguen entre las diversas modalidades de hurto calificado previstas en el artículo 240 del estatuto punitivo, para efectos de consagrar la mencionada prohibición que es genérica; ii) que la citada restricción tampoco se encuentra condicionada a la conducta procesal del sentenciado, es decir que para esos efectos resulta indiferente si la sentencia se impuso luego de un juicio plenario o por vía de terminación anticipada; iii) que tampoco está limitada a otra a circunstancia posdelictual, como la indemnización a la víctima en los términos del artículo 269 del C.P. como ocurrió en este caso; y iv) que la referencia a la presunta resocialización del implicado tampoco constituye causal suficiente para reconocer el subrogado en mención.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA – RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 126 del ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Pereira, trece (13) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Hora: 9:17 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66088 60 00 062 2016 00075 01 |
| Procesado | Jhonier de Jesús Maya Montoya |
| Delito | Hurto calificado |
| Juzgado de conocimiento | Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Belén de Umbría |
| Asunto | Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia emitida el treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciséis (2016). |

1. ASUNTO A DECIDIR

Se procede a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor Jhonier de Jesús Maya Montoya, contra la sentencia emitida el treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciséis (2016), del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Belén de Umbría, por medio de la cual se le condenó a treinta (30) meses y nueve (9) días de prisión por la conducta punible de hurto calificado y agravado sin derecho al subrogado de la condena de ejecución condicional.

**2. ANTECEDENTES**

2.1 De conformidad con el escrito de acusación el supuesto fáctico es el siguiente[[1]](#footnote-1):

*“Mediante informe de policía en casos de captura en flagrancia informan a la fiscalía que el día 15 de marzo de 2016 a las 18:50 en la VEREDA LA TESALIA fue capturado el señor JHONIER DE JESÚS AMAYA (sic) MONTOYA, en una clara situación de flagrancia al ser sorprendido llevando consigo una maleta color negro con líneas rojas la cual en su interior 01 televisor de marca KELLY, mismo (sic) que momentos antes había sido sustraído de la FINCA SANTA SOFÍA en la vereda LA TESALIA vivienda del señor OCTAVIO DE JESÚS TANGARIFE CASTAÑEDA, por tal motivo le fueron leído sus derechos y puesto a disposición de la fiscalía para su respectiva Judicialización. (…)”*

2.2 El 16 de marzo de 2016, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Belén de Umbría, llevó a cabo las audiencias preliminares. En aquella oportunidad el delegado de la FGN le comunicó cargos al señor Jhonier de Jesúis Maya Montoya por el delito de hurto calificado según el escrito de acusación. El procesado se allanó a la imputación (folio 17 a 18).

2.3 El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Belén de Umbría asumió el conocimiento de la presente causa (folio 27). Las audiencias de individualización de pena y de sentencia y de lectura del fallo acontecieron el 31 octubre de 2016 (folios 46-51).

2.4 La defensa del procesado apeló el fallo de primera instancia.

**3. IDENTIDAD DEL ACUSADO**

Se trata de Jhonier de Jesús Maya Montoya, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.087.489.299 de Belén de Ubría, nacido el 31 de marzo de 1990 en esa misma localidad, es hijo de César Julio y Blanca Oliva, de ocupación agricultor.

**4. SOBRE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.**

Los fundamentos del fallo de primera instancia en lo que es objeto de recurso se pueden sintetizar así[[2]](#footnote-2):

* Luego de realizar el análisis respectivo sobre la materialidad y antijuridicidad de la conducta punible y de la responsabilidad del acusado frente a la misma, además de realizar el proceso de dosificación de la pena, el A quo le impuso al señor Maya Montoya una sanción de 30 meses y 9 días de prisión
* El juez de conocimiento no accedió a conceder al subrogado de ejecución condicional de la pena ya que si bien era cierto el procesado cumplía a cabalidad los requisitos del artículo 63 del CP para acceder a dicho beneficio, se debía tener en cuenta la prohibición legal que al respecto se encuentra contemplada en el artículo 68A de la misma codificación frente al delito investigado.

**5. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO.**

**5.1 DEFENSOR (Recurrente)**

El defensor del señor Jhonier de Jesús Maya Montoya presentó recurso de apelación que en síntesis fue sustentado así:

* El acusado tiene derecho al subrogado penal de la condena condicional, por reunir las exigencias del artículo 63 del C.P., ya que no tiene antecedentes, colaboró con la administración de justicia al allanarse a la imputación y además indemnizó a la víctima.
* Si bien la libertad debe ser restringida en casos específicos y necesarios, en el asunto de la referencia se debe tener en cuenta la personalidad del procesado y las circunstancias de los hechos en aras de otorgar la suspensión de la ejecución de la pena, ya que en este caso predomina el derecho a que la libertad sea restringida solamente por la necesidad derivada de las circunstancias en que se cometió el ilícito, en vista de que la CP y el sistema acusatorio son garantistas, y afectar su libertad con la ejecución de la pena como se ordenó la sentencia está propiciando una afectación a su derecho fundamental a la libertad.
* El señor Maya Montoya ha tenido un comportamiento que indica que respeta la ley y ha resarcido al afectado en forma integral, es padre de familia, se encuentra trabajando, por lo tanto las circunstancias de este asunto no deben conducir a que sea restringida su libertad.
* En consecuencia solicitó revocar la sentencia del A quo en lo que tiene que ver con la negativa de conceder al procesado el subrogado previsto en el artículo 63 del C.P.

**5.2 DELEGADO DE LA F.G.N (No Recurrente)**

* Como lo dijo el *A quo* existe una prohibición contenida en el artículo 68 A del C.P. para algunos delitos. Sin embargo se deben valorar circunstancias específicas de cada caso, y mirar el espíritu de la norma cuando el legislador incluyo ciertos delitos entre los cuales se encuentra el hurto calificado.
* Considera que en un caso como este que no hubo violencia en contra de personas ni en contra de los bienes, no se dañó ningún elemento, algunos se lograron recuperar y hubo indemnización se deben estimar esos hechos.
* En este caso se dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 269 del C.P. Además la aceptación de cargos por parte del procesado expresa su voluntad de someterse a la justicia, y de colaborar con el Estado, lo que permitió ahorrarse la práctica del juicio oral.
* No se debe ser tan exegético, pues cuando se busca el espíritu de la norma del hurto calificado, lo que se castiga es la violencia contra las personas o las cosas, máxime si las penas son tan altas.
* En este caso en concreto la pena solo fue de 30 meses y 9 días, en razón de los descuentos que se otorgaron al procesado.
* Alude a la humanización del proceso penal, que propende por mecanismos de resocialización que se afectan al imponerse una pena que se deba cumplir de manera intramural o domiciliaria, pues ambas son restrictivas de la libertad.
* La SP de la CSJ (no cita precedente), se ha referido en varias ocasiones a la importancia de la libertad personal.
* Deben existir ciertas circunstancias moduladoras para imponer una pena que sea privativa de la libertad. Incluso, en los casos de hurto calificado el Fiscal solicita la imposición con carácter preventivo de una medida de aseguramiento cuando de los EMP con los que cuenta la FGN se advierte que se hace necesaria la imposición de una pena, y en este caso no se solicitó ninguna medida cautelar y por el contrario se pidió la libertad del procesado, por considerar que no se iba a afectar ningún bien jurídico objeto de tutela legal, si se le otorgaba la condena condicional.
* El artículo 63 del C.P. autoriza la concesión de subrogados cuando se trata de delitos con penas inferiores a 4 años.
* La prohibición que se desprende del numeral 2º de esa norma se debe analizar desde el punto de vista constitucional. Precisamente en las sentencias C- 194 del 2 de marzo de 2005 y la C-823 del 10 de agosto del 2005, se habla de un aspecto estabilizador en cuanto la pena se presenta socialmente necesaria para mantener las estructuras fundamentales de una sociedad, es decir la prevención general positiva, pero igualmente no solo debe orientarse a defender a la comunidad de quien infrinja la norma sino que se debe respetar la dignidad de los procesados no imponiendo penas excesivas, lo que explica la concesión de los descuentos que prevé la ley .
* En esa misma sentencia se hace referencia a la oportunidad de reinserción social que en este caso se acreditó, pues como lo anotó el defensor, el acusado es un padre de familia, anexó el registro civil de nacimiento de su hija menor y se encuentra laborando.
* La misma Corporación ha indicado que en el ordenamiento penal se deben reflejar las distintas finalidades de la pena, no solo en el momento judicial de su determinación imponiendo su imposición o cumplimiento cuando no resulta necesaria para la protección de la sociedad, o es contraindicada para la resocialización del condenado, sino también para el momento de su ejecución.
* Si bien es cierto existe la prohibición contenida en el artículo 68 A del C.P., ello no conduce a limitar la posibilidad de disfrutar de la libertad, y si bien es cierto la prisión domiciliaria es menos rigurosa, igualmente restringe la libertad personal y en este caso puntual puede afectar la posibilidad de que el sentenciado continué con su actividad laboral al tener que pedir permisos de trabajo, ya que es posible que su empleador no vaya a esperar a que un juez le otorgue autorización a un ciudadano para continuar con sus labores.
* Con base en las razones antes expuestas, se considera que lo procedente es que el señor Maya Montoya siga en su proceso de resocialización, pues ya es consciente de las consecuencias jurídicas que acarrea el incumplimiento de las obligaciones que se le han impuesto desde el momento que se le privó de su libertad después de haber sido capturado en situación de flagrancia, ya que en ese momento el delegado de la FGN dejó constancia en el sentido de que se solicitaba la concesión de la libertad al señor Maya, pero que debía tener un comportamiento adecuado acorde con los beneficios que se le brindaron en ese momento.

**6. CONSIDERACIONES LEGALES.**

**6.1. Competencia**

Esta Colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

**6.2. Problema jurídico**

En atención al principio de limitación de la segunda instancia, la Sala abordará el estudio de la discusión planteada por el recurrente respecto a la no aplicación en el caso *sub lite* del artículo 68A del CP, que incluye el delito de hurto calificado dentro de aquellos para los cuales se encuentran prohibidos ciertos beneficios, entre ellos la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la concesión de la prisión domiciliaria.

6.3 En este caso, en la sentencia de primer grado se hizo referencia al contenido del artículo 63 del C.P. en especial a su numeral 2º y se señaló que precisamente el artículo 68A del C.P. prohibía la concesión del subrogado penal de la condena condicional para ciertos delitos, entre ellos el *contra jus* de hurto calificado, por lo cual se negó ese beneficio al procesado.

Sin embargo, y de manera provisional le reconoció al señor Maya el beneficio de la prisión domiciliaria, con fundamento en los artículos 314-5 y 461 del CPP, con base en su calidad de padre cabeza de familia.

Frente al último beneficio aludido, esta Sala considera que se debe hacer un llamado de atención al juez de primer grado, en consideración a que jurídicamente no existe la figura de la “detención domiciliaria provisional” la cual fue otorgada a favor del señor Maya Montoya, indicándole además que cualquier tipo de petición de prisión domiciliaria con fundamento a la condición de madre o padre cabeza de familia, por enfermedad, etc., por regla general debe ser resuelta por el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, y por lo tanto ese tipo de privilegios que la ley penal prevé no son de competencia del juez de conocimiento al momento de proferir un fallo de condena.

6.4 Ahora bien lo que pretende el recurrente con apoyo del delegado de la FGN es que se inaplique el artículo 68A del C.P, que establece la citada restricción en materia de suspensión condicional de la ejecución de la pena, para lo cual plantea esencialmente que la modalidad de comisión del delito de hurto calificado que se atribuye al procesado no conllevó el uso de la violencia contra las personas o las cosas, ya que la calificante del hurto se basó según la acusación en la causal 3ª del artículo 240 del C.P, que establece esa circunstancia modal para el hurto cuando este se realiza: *“Mediante penetración o permanencia arbitraria, engañosa o clandestina en lugar habitado o en sus dependencias inmediatas, aunque allí no se encuentren sus moradores”,* conforme a lo consignado en el escrito de acusación.

6.5 En atención a la argumentación del recurrente, debe decirse: i) que ni el numeral 2º del artículo 63 del CP ni el artículo 68A *ibídem* inciso 2º, distinguen entre las diversas modalidades de hurto calificado previstas en el artículo 240 del estatuto punitivo, para efectos de consagrar la mencionada prohibición que es genérica; ii) que la citada restricción tampoco se encuentra condicionada a la conducta procesal del sentenciado, es decir que para esos efectos resulta indiferente si la sentencia se impuso luego de un juicio plenario o por vía de terminación anticipada; iii) que tampoco está limitada a otra a circunstancia posdelictual, como la indemnización a la víctima en los términos del artículo 269 del C.P. como ocurrió en este caso; y iv) que la referencia a la presunta resocialización del implicado tampoco constituye causal suficiente para reconocer el subrogado en mención.

6.6 En consecuencia se entiende que le asistió razón al juez de primer grado para negar el subrogado en mención, en aplicación del inciso 2º del artículo 68A del C.P., por lo cual se impartirá confirmación a la sentencia recurrida.

6.8 Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 2º Promiscuo Municipal de Belén de Umbría del 31 de octubre de 2016, en contra del señor Jhonier de J. Maya Montoya, en lo que fue objeto de impugnación.

SEGUNDO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

1. FL. 1-3 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 51-58 [↑](#footnote-ref-2)