

REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente
CARLOS ALBERTO PAZ ZUÑIGA

Pereira, seis (06) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

ACTA DE APROBACIÓN No 1105
SEGUNDA INSTANCIA

Sentenciado:	Jhon Alejandro Múnera Gómez
Cédula de ciudadanía:	1.087.561.028 expedida en La Virginia (Rda.)
Delito:	Hurto calificado y agravado en grado de tentativa
Bien jurídico tutelado:	El patrimonio económico
Víctima:	Gerardo Antonio Cardona
Procedencia:	Juzgado Promiscuo Municipal Santuario (Rda.)
Asunto:	Se decide apelación interpuesta por la defensa contra la sentencia de diciembre 07 de 2022. SE CONFIRMA

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

1.- HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1.1.- Los hechos fueron consignados por la a quo en el fallo de primer nivel, con fundamento en lo narrado en el escrito acusatorio, así:

“ El día 23 de junio de 2022, siendo aproximadamente las 12:10 del día, al interior del inmueble denominado El Basurero, ubicado en la vereda Punta Brava del municipio de Santuario, fue capturado por miembros de la Policía Nacional, el señor Jhon Alejandro Munera Gómez en compañía de Diego Fernando Bermúdez Gaviria; momentos en que estos se encontraban empacando herramienta como aluminio, cobre, un triciclo, tres bicicletas y distintos utensilios de trabajo de propiedad del señor Gerardo Antonio Cardona, todo avaluado en la suma de \$7.000.000 con el fin de hurtarlas. Los ciudadanos mencionados ingresaron de manera clandestina y arbitraria al inmueble referenciado, iniciaron la ejecución de la conducta punible de hurto, sin que la pudieran consumir, toda vez que fueron sorprendidos por la víctima y los agentes captores en el hecho.

1.2.- En junio 24 de 2022, la Fiscalía corrió traslado del escrito de acusación bajo las reglas del artículo 536 C.P.P., adicionado por el artículo 13 de la Ley 1826/17, en el que se le atribuyeron cargos a los señores DIEGO FERNANDO BERMÚDEZ GAVIRIA y **JHON ALEJANDRO MÚNERA GÓMEZ** por el delito de hurto calificado y agravado en grado de tentativa -arts. 27, 239, 240 inc. 1° num. 3° y 241 num. 10 C.P.-, cargos que el acá indiciado ACEPTÓ.

1.3.- Asignado el asunto al Juzgado Promiscuo Municipal de Santuario (Rda.), su titular fijó fecha para llevar a cabo la audiencia de individualización de pena y sentencia (julio 27 de 2022), momento en el cual los procesados manifestaron que tal aceptación de cargos no fue voluntaria, ya que procedieron así por cuanto la Policía les indicó que de no hacerlo, pasarían más tiempo en la cárcel, lo que motivó a que la a-quo improbara el allanamiento a cargos por presentarse un vicio en el consentimiento, y por tal razón ordenó continuar con el trámite de ley. Seguidamente se realizó la audiencia concentrada (octubre 21 de 2022) y cuando se pretendía dar inicio al juicio oral (noviembre 23 de 2022), el señor **JHON ALEJANDRO MÚNERA**, debidamente asesorado por su defensor, aceptó los cargos endilgados, lo que fue aprobado por la juez, llevándose a cabo en esa misma oportunidad procesal la audiencia de individualización de pena y en diciembre 07 de 2022, se dictó el fallo respectivo, por medio del cual: **(i)** se condenó al señor **MÚNERA GÓMEZ**, a la pena de dieciocho (18) meses de prisión, como autor responsable de la conducta de hurto calificado y agravado en modalidad de tentativa; **(ii)** se le impuso como pena accesoría la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de la pena principal; y **(iii)** se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena de que trata el artículo 63 C.P., por expresa prohibición legal, y dispuso librar captura en su contra.

1.4.- La defensa mostró su inconformidad con el fallo adoptado, y manifestó que lo sustentaría por escrito.

2.- DEBATE

2.1.- Defensa -recurrente-

Pide se revoque el fallo dictado, frente a la no suspensión de la ejecución condicional de la pena, y para ello sostuvo:

En el fallo se dijo que la conducta atribuida a su prohijado se encuentra enlistada en el artículo 68A C.P., por lo cual no puede otorgarse tal subrogado, sin que haya duda de que tal prohibición lo es para los delitos

allí precisados y pese a que figura el hurto calificado, ello no implica que abarque la tentativa como dispositivo amplificador. Agrega que si el legislador hubiera querido abarcar todo lo referido con el hurto calificado, habría hecho la exclusión total como sucede con el caso de los *"delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones"*, lo que acá no sucedió.

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

2.3.- Debidamente sustentado el recurso, la a-quo lo concedió en el efecto suspensivo y ordenó remitir el expediente digital a esta Corporación para desatar la alzada¹.

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, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la defensa-.

3.2.- Problema jurídico planteado

Se contrae básicamente a establecer si la determinación emitida por la juez de instancia se encuentra ajustada a derecho específicamente en lo concerniente con la negativa de conceder al sentenciado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

3.3.- Solución a la controversia

Nos encontramos en presencia de un trámite abreviado por la temprana admisión de los cargos por parte del imputado en forma libre, voluntaria, consciente, debidamente asistido e 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

¹ No obstante que ello se dispuso por auto de enero 26 de 2023, el expediente tan solo fue recibido en este despacho, procedente de la Secretaría de esta Corporación, en abril 28 de 2023.

en verdad obran elementos de convicción que determinan que el ilícito que se pregonaba sí existió y que el hoy involucrado 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; por consiguiente, se procederá al análisis de fondo que en derecho corresponde.

Como se aprecia, el apoderado del procesado no cuestiona en momento alguno la responsabilidad admitida por vía de la aceptación unilateral de su representado -como no podía hacerlo amén de la aceptación unilateral de cargos-, por el contrario, lo que censura es lo relativo a la no concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ya que en su criterio, la norma que prohíbe la concesión de beneficios no contempla aquellas conductas que se quedan en la fase de ejecución, ante la existencia de un dispositivo amplificador del tipo como lo es la tentativa, por lo cual pide se le otorgue a su prohijado el aludido beneficio.

Con miras a resolver lo que en derecho corresponde, debe empezar por decirse que el artículo 63 C.P., señala:

"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 se exigirá su cumplimiento" -negrillas de la Sala-."

De igual manera, esa normativa debe acompasarse con lo reglado en el art. 68A C.P.P., que prescribe:

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

Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaiga sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; **hurto calificado**; abigeato enunciado en el inciso tercero del artículo 243; extorsión; homicidio agravado contemplado en el numeral 6 del artículo 104; lesiones causadas con agentes químicos, ácidos y/o sustancias similares; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objeto peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonales. [...]”.

Ahora, de la información que se arrimó al dossier, se aprecia que al señor **JHON ALEJANDRO MÚNERA GÓMEZ**, se le condenó a una pena de 18 meses de prisión y se le negó la suspensión de la ejecución de la pena, toda vez que si bien no cuenta con antecedentes y tiene arraigo en la comunidad, el delito por el que fue condenado² se encuentra enlistado en las conductas punibles, a las que de acuerdo a lo tipificado en el inciso 2º del artículo 68A C.P., está prohibida la concesión de beneficio alguno.

Al revisar la decisión que se cuestiona, en ese preciso aspecto, se advierte que la falladora al momento de negar el beneficio-derecho, tuvo en

² Hurto calificado

consideración lo atinente al cumplimiento del requisito objetivo contemplado en el numeral 2° del artículo 63 C.P. -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.- por lo que desde ahora debe advertir esta Sala que la decisión adoptada se encuentra ajustada a derecho, en cuanto las exigencias de orden objetivo y subjetivo que establece el artículo 63 C.P. deben estar presentes y concurrir simultáneamente para que pueda otorgarse el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, es decir, que **si falta alguno de ellos, no hay lugar a su concesión.**

Y aunque el letrado aduce en su disenso, que el ilícito por el que se procedió en contra de su defendido, lo fue en grado de tentativa, por lo que en su sentir, tal prohibición no abarca los dispositivos amplificadores del tipo, al respecto debe decirse, que la jurisprudencia que el abogado tomó como base para realizar tal afirmación³, donde la Alta Corporación trajo como referente diversas decisiones proferidas con anterioridad frente al mismo asunto⁴, contradice la postura por él esgrimida. Sobre ese particular, en la aludida decisión se dijo:

“En el pronunciamiento CSJ SP, 31 Ago. 2005, Rad. 21720, posteriormente referencia obligada del tema, la Colegiatura hizo una síntesis de la jurisprudencia precedente y concluyó que, con relación a la exigencia objetiva aludida, **“por conducta punible debe entenderse el comportamiento típico con las circunstancias genéricas y específicas que lo califican o privilegian”**; entonces, el tiempo previsto por dicha norma corresponde al de la sanción mínima del delito, **incluyendo los dispositivos amplificadores que incrementan o disminuyen la punibilidad**:

“En relación con las circunstancias y modalidades conductuales concurrentes, que alteran los extremos punitivos de la conducta, y deben por tanto ser tenidas en cuenta como factores modificadores de la punibilidad abstracta, han sido señalados, entre otros, los dispositivos amplificadores del tipo **(tentativa y complicidad)**, las modalidades de comportamiento previstas en la parte general del código (como la marginalidad, ignorancia o pobreza extremas; la ira e intenso dolor; el exceso en las causales de justificación), y las específicas de cada tipo penal en particular, que amplían o reducen su ámbito de punibilidad (como las previstas para el hurto en los artículos 241, 267 y 268 del Código Penal)”.

En cambio quedan por fuera todos aquellos factores que no guardan relación directa con la conducta punible, por no encontrarse vinculados con su ejecución, sino con actitudes postdelictuales del procesado, cuya

³ CSJ SP3103-2016, 09 mar. Rad. 45181.

⁴ CSJ SP, 31 Ago. 2005, Rad. 21720 y CSJ SP, 15 Sep. 2004, Rad. 19948, reiterada en CSJ SP, 18 Nov 2008, Rad. 30539.

conurrencia solo tiene la virtualidad de afectar la punibilidad en concreto, en cuanto operan sobre la pena ya individualizada, como por ejemplo la confesión, la reparación en los delitos contra el patrimonio económico, el reintegro en el peculado, la sentencia anticipada o la retractación en el falso testimonio.

No sería equitativo que para tales efectos se tengan en cuenta exclusivamente las circunstancias agravantes específicas, pues al igual que éstas la complicidad, **la tentativa**, la ira e intenso dolor, **entre otros dispositivos amplificadores, hacen parte de la figura delictiva, y no existe razón para ignorarlas al momento de entrar a considerar la posibilidad de sustituir la prisión intramuros por domiciliaria.**

Además de lo anterior, no puede olvidarse que la prisión domiciliaria alude a la ejecución de la pena y ésta es una decisión que se ha tomado con la precisión de todas las circunstancias que rodean el hecho, razón de más para estimar que **cuando la norma habla de conducta punible no excluye aquellas modalidades del comportamiento que amplían o reducen el ámbito de punibilidad.** (CSJ SP, 15 Sep 2004, Rad. 19948, reiterada en CSJ SP, 18 Nov 2008, Rad. 30539)."

De tal cita jurisprudencia se advierte sin lugar a dudas, que la tentativa, como dispositivo amplificador del tipo, hace parte del comportamiento delictivo que se le endilga al acá procesado; en ese orden, si la conducta que al señor **JHON ALEJANDRO MÚNERA GÓMEZ** se le atribuyó, esto es, la de hurto calificado con circunstancias de agravación, independientemente de que la misma no se haya finiquitado -por el accionar de la víctima y de los servidores de la Policía Nacional-, ello no es suficiente para considerar que tenga derecho a acceder al beneficio que se reclama, por cuanto -se itera- **existe expresa prohibición legal** para otorgarlo, sin que el funcionario judicial pueda dejar de lado lo previsto en nuestro ordenamiento penal, donde se encuentra prohibido conceder ese beneficio a quienes hayan sido condenados por esa clase de delitos, pese a que la conducta no se hubiese consumado.

En ese orden, considera la Sala, que la determinación proferida por la funcionaria de primer nivel, en cuanto le negó al señor **JHON ALEJANDRO MÚNERA GÓMEZ** el subrogado como del sustituto que reclama, se encuentra ajustada a derecho; y en consecuencia, se acompañará la determinación objeto de recurso.

ANOTACIÓN ADICIONAL:

Debe la Sala llamar la atención de la Secretaría del Juzgado Promiscuo Municipal de Santuario (Rda.), dada la tardanza en el envío de la presente actuación para su correspondiente reparto ante esta Corporación. Lo dicho, por cuanto de lo arrimado al expediente digital, se tiene que una vez fue

interpuesto el recurso de alzada, la a-quo lo concedió por auto de **enero 26 de 2023** y dispuso su remisión a este Tribunal, pero contrario que se diera estricto cumplimiento a ello y con la perentoriedad requerida, se advierte que tan solo 3 meses después, más concretamente en **abril 27 de 2023**, se acató tal orden, como se avizora al revisar la trazabilidad de los respectivos correos electrónicos.

Así las cosas, se requiere al secretario del referido despacho, para que adopte los correctivos necesarios, con el fin de que los asuntos que deban ser enviados a los despachos de segunda instancia -Juzgado o Tribunal, según sea el caso-, se gestionen con la debida diligencia.

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 proferido en **diciembre 07 de 2022**, por el Juzgado Promiscuo Municipal de Santuario (Rda.), en cuanto condenó al señor **JHON ALEJANDRO MÚNERA GÓMEZ** por el delito de hurto calificado y agravado en modalidad de tentativa.

En acatamiento a lo reglado en el artículo 545 CPP, adicionado por el canon 22 de la Ley 1826/17, correspondería por Secretaría proceder a citar a las partes para efectos de dar traslado de esta sentencia, pero en atención a lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020, en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, y la Ley 2213 de junio 13 de 2022, esta decisión se notificará por la Secretaría de la Sala vía correo electrónico a las partes e intervinientes, mismo medio por el cual los interesados podrán interponer el recurso extraordinario de casación, dentro del término de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ALBERTO PAZ ZUÑIGA

Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

JULIÁN RIVERA LOAIZA

Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado
EN AUSENCIA JUSTIFICADA

Firmado Por:

Carlos Alberto Paz Zuñiga
Magistrado
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Julian Rivera Loaiza
Magistrado
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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: 8239e6aaf6405099bd55b8ea7f193f85e6890bc681e3db0558dfd9be8de34c7c
Documento generado en 06/10/2023 11:17:01 AM

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