

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SAN GIL
SALA PENAL

Magistrada Ponente:

MARÍA TERESA GARCÍA SANTAMARÍA

Aprobado según acta número 071 de la fecha

San Gil, veintiséis (26) de abril de dos mil veintiuno (2021)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Resolver el recurso de apelación interpuesto por los defensores de JHON FREDY TORRES YAIME y EUGENIO CÁRDENAS CALA, contra la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2020¹ por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Suaita en virtud de la cual y producto de un preacuerdo, los condenó a la pena de 9.5 meses de prisión, tras hallarlos responsables del delito de hurto calificado y agravado en grado de tentativa en concurso

¹ Las diligencias ingresaron al despacho de la Ponente el 19 de enero de 2021.

material heterogéneo con el punible de lesiones personales dolosas, así como a las accesorias de rigor.

HECHOS

De lo consignado en el proceso se extrae que el 19 de diciembre de 2015 a eso de las 10 y 15 de la noche en la finca Santa Rita del municipio de Gámbita, cuando los señores Servilio Jiménez Tuta y Mesías Mateus González llegaron a su casa y guardaron el carro, fueron sorprendidos por dos hombres con pasamontañas y guantes portando *“armas de fuego de juguete”* con las que los intimidaron apuntándoles a la cabeza. En actitud defensiva cada una de las víctimas forcejeó con los malhechores habiendo Mesías Mateus quitado el pasamontañas a uno de ellos a quien golpeó con una vara y le propinó dos mordiscos. En el forcejeo uno de los delincuentes despojó a Servilio de un bolso en el que guardaba la suma de \$ 250.000 y lo hirió con arma blanca por la espalda, seguidamente se acercó a Mesías y también le propinó 3 puñaladas en el brazo izquierdo y le dice a su compañero que se vayan porque la otra víctima se había volado.

Una vez se evaden los dos ladrones, Mesías Mateus salió por el lado de la cocina y botó en un cañal el bolso que llevaba con \$ 9.000.000 y procedieron a gritar pidiendo auxilio.

Informada la policía inició la búsqueda de los dos sujetos encontrando a uno cerca al río, quien respondió al nombre de Jhon Fredy Torres Yaime quien hizo saber que había sido contratado para realizar esos hechos por Eugenio Cárdenas Cala.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 20 de agosto de 2019 conforme a las previsiones del artículo 536 de la Ley 906 de 2004, adicionado por la Ley 1826 de 2017, la Fiscalía Primera Local de Suaita procedió a correr traslado del escrito de acusación al defensor de Jhon Fredy Torres Yaima y Eugenio Cárdenas Cala, y a estos, en el que se les comunicaba los cargos de hurto calificado y agravado, descrito en el Libro 2º, Título VII, Capítulo Primero, artículos 239, 240 numeral 3 e inciso 2 y 241 numeral 10 del Código Penal, en grado de tentativa (artículo 27), en concurso con el delito de lesiones personales dolosas contempladas en los artículos 111, 112 inciso 1 y 113 inciso 2 ibídem. Cargos que los procesados no aceptaron.

2. Radicado el escrito de acusación el 23 de agosto del mismo año, correspondió por reparto al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Suaita, y en el interregno para fijar fecha para audiencia concentrada, la que fue aplazada varias veces, la Fiscalía presentó a consideración del despacho un preacuerdo el 5 de febrero de 2020 cuyos términos fueron los siguientes:

“[Q]ue los ciudadanos JHON FREDY TORRES YAIMA y EUGENIO CARDENAS CALA en presencia de su Defensor Dr. HUMBERTO SALAZAR GARCIA, ACEPTAN ser AUTORES de la conducta punible de HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA, art. 239 inciso 2, art. 240 No. 3 inc 2 y art. 241 No. 10, y art. 27 C.P., EN CONCURSO MATERIAL DE CARÁCTER HETEROGENEO con el delito de LESIONES PERSONALES DOLOSAS consagrado en los art. 111, 112 inc. 1, 113 inc. 2 DEL C.P. y a cambio en virtud de la justicia premial se preacuerda que la pena a imponer es la señalada para el cómplice art. 30 inc. 3 del C.P.P. para lo cual fijamos una pena de 38 meses de prisión y 17.33 SMLMV., la cual se obtiene de la siguiente manera:

El Hurto Calificado y Agravado en grado de tentativa, conforme se señala en el escrito de acusación tiene una pena que oscila entre 6 años, y 21 años de prisión.

El delito de Lesiones personales con deformidad en el cuerpo, conforme queda señalado en el escrito de acusación tiene una pena que oscila entre 32 y 126 meses de prisión y pena de multa que oscila entre 34.66 a 54 SMLMV.

Como estamos frente a un concurso de conductas punibles aplicamos la regla del art. 31 del C.P., en donde el sujeto “quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas”. Por consiguiente el hurto calificado y agravado es la conducta que consagra la pena mas (sic) grave, por tanto se parte del mínimo del primer cuarto (art. 61 C.P.), teniendo en cuenta que no se dedujeron circunstancias de mayor punibilidad consignadas en el art. 58 del C.P., a estos 72 meses (pena mínima del hurto), se le incrementa 4 meses de prisión por el concurso con el delito de Lesiones Personales. Al sumar estas dos constantes resultan 76 meses de prisión.

*Como quiera que se pre acordó la pena establecida para el cómplice, a la pena prevista (76 meses de prisión) se disminuye de una sexta parte a la mitad: aplicando la mitad a los 76 meses resultando **una pena de 38 meses de prisión.***

*Ahora frente a la pena de multa al mínimo establecido para las lesiones 34.66 se **le disminuye la mitad para un total de 17.33 SMLMV.** Como quiera que los investigados indemnizaron a las víctimas, se solicita se tenga en cuenta la rebaja de pena de que trata el art. 269 del C.P., referente a la indemnización integral de perjuicios, el cual se deja a discreción del señor juez.”*

Finalmente se dejó constancia que el señor Servilio Jiménez Tuta se había comunicado con la Fiscalía e informado que habían sido indemnizados y no deseaba saber nada más del proceso.

3. El 30 de septiembre del mismo año se celebró la audiencia de control de legalidad de preacuerdo, la que se surtió sin ninguna objeción por parte de la juez, quien ordenó seguidamente la celebración de la audiencia de individualización de pena y sentencia.

En el curso de la misma la Fiscalía le solicitó a la juez que dejaba a su consideración la aplicación del artículo 269 del C.P., en razón a que los procesados habían indemnizado a las víctimas. En esta audiencia al procesado Jhon Fredy Torres Yaima se le designó por petición de él un abogado de oficio que lo representara, diferente al que lo venía asistiendo, recayendo el nombramiento en el Dr. Jaime Ramírez Silva.

4. El 26 de noviembre de 2020, se profirió la sentencia condenatoria, que es hoy materia de apelación, por parte de ambos defensores.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La *a quo* realizó inicialmente un recuento de los hechos, detalló la actuación procesal surtida, y precisó que la admisión de los cargos hecha por Jhon Fredy Torres Yaima y Eugenio Cárdenas Cala en el preacuerdo suscrito con la Fiscalía y su defensor correspondió a una manifestación voluntaria, libre y consciente mediante la cual aceptaron la responsabilidad en los delitos contra el patrimonio

económico y la integridad personal de Mesías Mateus González y Servilio Jiménez Tuta, a cambio de que se degradara su participación de autores a cómplices; negociación en la que los justiciables estuvieron debidamente informados y asesorados por su apoderado judicial.

Con base en los elementos materiales de prueba acopiados por la Fiscalía y que la a quo relacionó individualmente, dedujo que los procesados eran responsables de los delitos por los que fueron acusados, toda vez que se satisfacían los requisitos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

De cara a la dosificación punitiva la a quo atendió lo convenido en el acuerdo celebrado, señalando que era viable el monto de 38 meses de prisión y multa de 17.33 s.m.l.m.v, sin embargo en la parte resolutive del fallo no hizo ninguna mención sobre la pena de multa.

Así mismo sostuvo que como quiera que los acusados según lo informó la Fiscalía y consta en actas allegadas a la actuación, indemnizaron económicamente a las víctimas, Servilio Jiménez Tuta y Mesías Mateus González, *“se tornaba viable la disminución de la pena de la mitad a las tres cuartas partes de conformidad con el artículo 269 del Código Penal, que en aplicación del numeral quinto del artículo 60 del C.P. esta disminución corresponde a 28.5 MESES, quedando entonces la pena en 9.5 MESES DE PRISIÓN”*.

Por el mismo tiempo fijó la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Respecto de la solicitud elevada en la audiencia de individualización de pena por el defensor del acusado Eugenio Cárdenas Cala para que se diera aplicación al artículo 268 del C.P., con base en la

carencia de antecedentes penales, la naturaleza tentada del hurto que hace presumir que el objeto material es menor a un salario mínimo mensual y que la suma que contenía el bolso hurtado era de \$ 250.000, la cognoscente la despachó desfavorablemente, en razón a que no se cumple con los requisitos que para tal efecto exige la norma invocada.

Argumentó como sustento de su negativa, que se le endilgó al procesado un concurso de delitos de hurto calificado y agravado en grado de tentativa y lesiones personales y que *“precisamente por los graves daños ocasionados a las víctimas, y ello, aunado a que el objeto material del delito de hurto calificado y agravado en grado de tentativa supera el valor del salario mínimo toda vez que por la oportuna intervención de las autoridades policiales del Municipio de Gámbita el día de los hechos fue recuperada la suma de \$9.250.000.00, incluidos en este monto los \$250.000 que únicamente hace referencia el señor defensor del acusado EUGENIO CARDENAS CALA, por lo cual esta pretensión para disminución punitiva no procede”*.

En cuanto a los subrogados penales, suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria sostuvo que no eran procedentes dada la prohibición contenida en los incisos 1° y 2° de la Ley 599 de 2000, por tratarse de delitos de hurto calificado y agravado que se encuentran excluidos de tales beneficios.

En relación con la solicitud del defensor del acusado Eugenio Cárdenas Cala para que se inaplique el inciso 2 del artículo 68 A del C.P. por inconstitucionalidad, expuso que tampoco accedía a ello por cuanto el legislador en virtud del poder de configuración y autonomía decidió excluir algunos delitos de beneficios y subrogados. Citó como respaldo el radicado 46031 de 2015.

En relación con la solicitud de libertad condicional estimó que era improcedente por cuanto no se cumplía con los requisitos previstos en el artículo 64 del C.P., el cual estaba diseñado para personas “*ya condenadas*”.

Respecto de la solicitud del defensor de Jhon Freddy Torres Yaima para que se le concediera la prisión domiciliaría por ser padre cabeza de familia, la juzgadora la consideró improcedente por cuanto no se acreditó que él de manera exclusiva tuviese a su cargo a su hijo menor de 8 años de edad.

En igual sentido se pronunció respecto de petición similar invocada por el apoderado de Eugenio Cárdenas Cala, de quien dijo tampoco reúne los requisitos para acceder a ese beneficio.

Frente a la solicitud de este último procesado relacionada con el otorgamiento de la prisión domiciliaria transitoria contemplada en el Decreto 546 de 2020, invocada sobre la base que Cárdenas Cala, sufre de diabetes y que debía también aplicarse la excepción de inconstitucionalidad, la a quo respondió explicando que como quiera que el mencionado decreto ya había sido examinado por la Corte Constitucional en sentencia C-255 del 22 de julio de 2020, no resultaba viable su aplicación, amén de que el delito por el que se le condenaba se encontraba en el listado de exclusiones de esa normatividad.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión se mostraron los dos defensores quienes la impugnaron, con distintas pretensiones:

1. El defensor de Eugenio Cárdenas Cala solicita se modifique la pena impuesta y se reconozca la aplicación el artículo 268 del C.P.

Considera el letrado que la circunstancia de atenuación prevista en esa norma, aplica también cuando se trata de tentativa en tanto no se generó ningún daño contra el patrimonio de la víctima.

Expuso que si se mira con detenimiento los hechos que motivaron la calificación jurídica se advierte que los sentenciados nunca tuvieron disponibilidad sobre el bolso con los \$9.000.000 y que por el contrario solo existió un forcejeo por el bolso en el que había \$ 250.000, pues sobre el otro la víctima decidió arrojarla a un cañaveral. Para respaldar su aserto cita un aparte del preacuerdo en el que consta que Mesías Mateus, una de las víctimas, se levantó y salió por el lado de la cocina y arrojó el bolso que traía con los nueve millones de pesos a un cañal y empezó a gritar.

Lo anterior dice el censor, consta claramente en el preacuerdo del cual cita un aparte así: *“(...) Mesías se levantó y salió por el lado de la cocina y voto (sic) un bolso que traía con la plata (nueve millones de pesos) para el lado del cañal, empezó (sic) a gritar y se reunieron con Servilio quien también estaba herido y fueron llevados al hospital”*.

Estima el recurrente que no es cierto que la Policía evitara el apoderamiento del dinero y por ello quedara en el grado imperfecto de la tentativa, pues en realidad, nunca existió un tránsito del dinero hacia los sentenciados, además ellos fueron amenazados con armas de fuego de juguete y las víctimas no se dejaron engañar. Sostiene que los sentenciados nunca accedieron a los *“supuestos nueve millones de pesos que se iban a apoderar”*.

En lo que atañe con *“el grave daño a la víctima”* de que trata el artículo 268 del C.P., el recurrente expone que de acuerdo con criterio jurisprudencial² se refiere es al daño estrictamente patrimonial y no a conductas de otra naturaleza, como lo argumentó la juez falladora al valorar las lesiones causadas a las víctimas. Para el efecto hizo cita de la sentencia en la que se precisa el alcance de la norma mencionada, donde la Corte explica que el daño al que se refiere el artículo 268 hace alusión al *“desapoderamiento del bien, más no a cualquier perjuicio que la víctima haya sufrido en desarrollo de la conducta punible”*.

Expuso que el legislador de manera razonable consideró menos lesivos los hurtos en cuantía inferior a un salario mínimo legal mensual, pero lo supeditó a que el desapoderamiento no haya causado un daño grave a la víctima, *“atendida su situación económica”*, esto es, por lo que el bien sobre el que recayó el delito representa para esa persona desde la perspectiva patrimonial.

Añadió que, bajo los anteriores presupuestos, para la concesión del beneficio del artículo 268 debe examinarse el comportamiento en concreto, de frente al objeto material de la conducta, el cual, se insiste, fue de \$ 250.000 y se trató de una tentativa. A pesar de que las víctimas tenían en su poder un bolso con \$ 9'000.000 dicha suma de dinero ni siquiera fue tocada por los agresores, aunado a la inexistencia de daño patrimonial de los afectados.

Finaliza diciendo que acorde con los argumentos expuestos solicita se le reconozca la atenuante y se imponga a su defendido una pena definitiva de 4 meses y 21 días de prisión.

² Rad. 47532 de 2016.

2. El defensor de Jhon Fredy Torres manifiesta su disenso por haberse negado el beneficio de la prisión domiciliaria, no obstante cumplirse según él, todos los requisitos exigidos en el artículo 38B del Código Penal.

Expuso que para acceder a la prisión domiciliaria contemplada en esta norma se requiere la presencia de unos requisitos objetivos y otros subjetivos; entre los primeros relacionó los numerales 1, 2, 3 y 4b y los subjetivos se refieren a la valoración de antecedentes, reincidencia, gravedad de la conducta y proclividad a cometer delitos. Agregó que de acuerdo con jurisprudencia de la Corte era necesario valorar también las funciones de la pena.

Seguidamente mencionó que la reclusión en establecimiento carcelario puede sustituirse por domiciliaria cuando, entre otros casos, el imputado, acusado o condenado fuere mayor de 65 años, siempre que la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable la reclusión en el lugar de residencia, lo que así podrá ocurrir con quien padezca estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales, evento en el que el juez determinará si la persona debe permanecer en su lugar de residencia; en clínica u hospital.

Prosiguió su discurso diciendo que en el tema de los subrogados se encuentra una lista taxativa de delitos que están excluidos de ese beneficio, lo cual limita la aplicación de *“sustitutivas de la prisión”* y agrega que el juez de ejecución de penas tiene una competencia residual para decidir sobre la prisión domiciliaria ya que solo podrá hacerlo, cuando este aspecto no se haya decidido

en la sentencia salvo que acontezca un tránsito legislativo que torne más favorable las decisiones tomadas por el juez.

A continuación, se refirió al hacinamiento carcelario que se viene presentando hace más de 20 años y que no ha logrado ser conjurado, al tiempo que cita cifras de super población en los penales de distintas regiones del país, las cuales son preocupantes.

Considera finalmente que, aunque es indiscutible la prohibición del subrogado de la prisión domiciliaria conforme al artículo 38 numeral 2 para quienes sean condenados por uno de los delitos relacionados en el artículo 68A del C.P, también es cierto que la carencia de antecedentes penales y el monto de la pena impuesta hacen ver que se requiere de una valoración justa y se acceda a ella, máxime cuando su defendido carece de antecedentes y tiene a cargo a su hijo, esposa y progenitor.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La Sala es competente para conocer y decidir el recurso de apelación, en virtud del numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, desde luego, dentro del marco delimitado por el objeto de la impugnación.

2. De manera preliminar se debe precisar que la labor de la Sala se concretará de manera exclusiva a examinar los aspectos sobre los cuales los recurrentes expresaron inconformidad, que para el caso que nos ocupa, por tratarse de una sentencia anticipada producto de un preacuerdo, el interés jurídico para recurrir se

restringe exclusivamente a aspectos relacionados con el monto de la sanción, vulneración de garantías fundamentales y mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, aspectos últimos respetados por los apelantes quienes enfocaron su disenso frente a aspectos relacionados con el quantum de la pena deprecando de un lado una rebaja en el quantum de la sanción y de otro por haberse negado la concesión de la prisión domiciliaria.

3. Se estudiará en primer término el disenso planteado por el apoderado de Eugenio Cárdenas Cala, quien solicita el reconocimiento de la circunstancia de atenuación punitiva prevista en el artículo 268 del C.P., la que fuera negada por la a quo aduciendo la existencia de graves daños ocasionados a las víctimas, relacionado ello con el delito de lesiones personales y a que el objeto material del delito superó el valor de un salario mínimo mensual vigente, ya que el monto del hurto calificado, agravado y tentado fue de \$ 9.250.000.

3.1. El artículo 268 del Código Penal dispone que: *“Las penas señaladas en los capítulos anteriores, se disminuirán de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta se cometa sobre cosa cuyo valor sea inferior a un (1) salario mínimo legal mensual, siempre que el agente no tenga antecedentes penales y que no haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica.”*

Acorde con la norma anterior y lo demostrado en la actuación, se acreditó que los procesados se apoderaron de un bolso que portaba Servilio Jiménez Tuta y que contenía \$ 250.000, y aunque desplegaron acciones violentas en orden a despojar también a la otra víctima, Mesías Mateus de su bolso, que contenía la suma de nueve millones de pesos (\$ 9.000.000), no lograron sacarlo de la

órbita de vigilancia o custodia de su propietario, dado que por circunstancias ajenas a la voluntad de los delincuentes, no pudo consumarse el apoderamiento de ese dinero, quedando la conducta en el ámbito de la tentativa.

Ahora bien, en los delitos contra el patrimonio económico, como lo ha sostenido la jurisprudencia³ la gravedad de la conducta está delimitada, entre otras cosas, por el monto de la apropiación ilegal.

En este evento, no queda entonces duda que el objeto material del delito ascendió a \$ 9.250.000, lo que indica de entrada a tenor de la norma en cita, que no se satisface el primer requisito, que exige para la procedencia de la atenuante punitiva, un monto inferior a un (1) salario mínimo legal mensual.

Suficiente lo anterior para declarar que los procesados no tienen derecho a una rebaja de pena por virtud de la circunstancia reclamada; sin embargo, estima la Sala pertinente precisar, que la juez de primera instancia erró al sostener que tampoco era viable la aplicación del artículo 268, en razón a los graves daños sufridos por las víctimas, perjuicio que relaciona con las lesiones personales infligidas por aquellos.

En efecto el daño que reclama la norma está relacionado con el aspecto económico y no con uno de distinta naturaleza, como sería un perjuicio a su integridad personal o a otro bien jurídico. Sobre el particular se pronunció la Corte en los siguientes términos:

³ SP16096-2016. Radicación n°47532.

“El sentido y alcance del último de los requisitos consagrados en el artículo 268 del Código Penal (que no se le haya causado un daño grave a la víctima, atendida su situación económica).

En principio, esta parte de la norma admite dos interpretaciones: (i) entender que el daño grave debe haber sido ocasionado directamente con la sustracción del bien sobre el que recayó el hurto, en consideración a la relevancia del mismo según la situación económica de la víctima; y (ii) asumir que se trata de cualquier daño que la víctima haya sufrido durante la realización de la conducta punible, así no esté asociado directamente al desapoderamiento.

A la luz de la primera interpretación, en este caso sería necesario establecer si por la relevancia patrimonial que tenía el bolso para el señor Moreno García, atendida su situación económica, C.D.C.J. y sus acompañantes le causaron un perjuicio grave, que haga inaplicable la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 268.

*Según la segunda postura, habría que considerar todas las circunstancias que rodearon el hurto (más allá del impacto generado directamente con el intento de desapoderamiento), en orden a establecer si las lesiones sufridas por el señor Moreno García le generaron un perjuicio grave, **“atendida su situación económica”**.*

*A la luz de los criterios de interpretación semántico, sistemático y teleológico, aunados a la obligación de interpretar de manera restrictiva las normas de carácter represivo, **debe asumirse que el artículo 268 del Código Penal hace alusión al daño ocasionado directamente con el desapoderamiento del bien, más no a cualquier perjuicio que la víctima haya sufrido en desarrollo de la conducta punible.***

En primer término, el artículo 268 hace parte del Capítulo Noveno, Título VII, Libro Segundo del Código Penal, que consagra las disposiciones comunes para los delitos atentatorios contra el patrimonio económico.

El artículo 267 (primera norma del Capítulo Noveno) dispone:

Circunstancias de agravación. Las penas para los delitos descritos en los capítulos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta se cometa:

1. Sobre una cosa cuyo valor fuere superior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, o que siendo inferior, haya ocasionado grave daño a su víctima, atendida su situación económica.

2. Sobre bienes del Estado.

Por su parte, el artículo 268 establece:

*Circunstancia de atenuación punitiva. Las penas señaladas en los capítulos anteriores, se disminuirán de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta se cometa sobre cosa cuyo valor sea inferior a un (1) salario mínimo legal mensual, siempre que el agente no tenga antecedentes penales y que no haya ocasionado grave daño a la víctima, **atendida su situación económica**⁴.*

Estas normas tienen en común que regulan la mayor gravedad de la conducta (a través de incrementos o disminuciones punitivas), teniendo en cuenta el valor patrimonial del objeto material del delito, bajo el entendido de que “no consultaría criterios de equidad y de justicia que (...) se impusiera el mismo castigo a quien atenta contra el patrimonio económico en una cifra pequeña, que a quien lo hace en cuantías millonarias.” (CSJ SP, 17 Agos. 2005, Rad. 23458).

En este contexto, debe tenerse en cuenta que la cuantía es un factor importante pero no el único que debe tenerse en cuenta para establecer la lesividad de un apoderamiento ilícito, entre otras cosas porque un bien puede tener mayor o menor representación para su víctima según su situación económica. Así, verbigracia, por regla general el hurto de una

⁴ Negritas fuera del texto original.

cantidad de dinero inferior a un salario mínimo legal vigente tendrá menor impacto en una persona acaudalada que en un obrero que lo había recibido a título de salario y lo tenía destinado a cubrir las necesidades básicas de su familia.

*Ante esta realidad, es razonable que el legislador haya considerado menos lesivos los hurtos en cuantía inferior a un salario mínimo legal mensual, pero lo supeditó a que el desapoderamiento no haya causado un daño grave a la víctima, “**atendida su situación económica**”, esto es, por lo que el bien sobre el que recayó el delito representaba para esa persona desde la perspectiva patrimonial.*

*Si el legislador hubiera querido eliminar la posibilidad de disminuir la pena cuando la cuantía del hurto es inferior a un salario mínimo legal, en atención a que la víctima haya sufrido **cualquier tipo de daño grave**, no tendría sentido que hubiera supeditado el análisis de dicho daño a la **situación económica** del afectado, pues incluso las personas con mayor solvencia patrimonial pueden sufrir graves perjuicios (físicos, psicológicos, etc.) a raíz del desapoderamiento de objetos de poco valor.*

El anterior análisis únicamente es relevante para establecer si hay o no lugar a la aplicación del artículo 268 del Código Penal, y no significa que el daño sufrido por la víctima, más allá del derivado directamente del desapoderamiento (en atención a la representación patrimonial del bien, según su capacidad económica) carezca de importancia desde la perspectiva penal.

Un daño como el sufrido por el señor Moreno García puede ser determinante para: (i) considerar el hurto como calificado por la violencia sobre las personas, con las implicaciones que ello tiene en materia de penalización; (ii) establecer la existencia de un concurso de conductas punibles; (iii) determinar el monto de la pena (o de la sanción, en el ámbito del sistema de responsabilidad penal para adolescentes); (iv) tasar los perjuicios; entre otros.

*Así, el Juzgado se equivocó en la interpretación del artículo 268 del Código Penal, en cuanto asumió que la rebaja de pena allí consagrada no puede aplicarse cuando la víctima ha sufrido **cualquier tipo de daño**, y no aquel asociado a la representación patrimonial del bien sobre el que recayó el delito, **según su particular situación económica.**"⁵*

En este orden de ideas la censura no prospera.

4. El defensor de Jhon Freddy Torres estima que debe otorgársele a su prohijado la prisión domiciliaria y aunque acepta que el delito por el que se le condena está excluido de beneficios, considera que debe tenerse en cuenta el hacinamiento de las cárceles; que no tiene antecedentes penales y que tiene a cargo a su hijo, esposa y progenitor.

4.1. En lo que respecta a la no concesión de la prisión domiciliaria, conviene recordar que el artículo 38B del Código Penal, según fue adicionado por la Ley 1709 de 2014, señala que son requisitos para conceder la reclusión extramural los siguientes:

"1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.

2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.

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".

⁵ SP16096-2016. Radicación n°47532.

Exigencias que debe satisfacer el justiciado, además de garantizar mediante caución el cumplimiento de las obligaciones contempladas en el numeral 4º de ese mismo precepto.⁶

Esos requisitos fijados por el legislador, deben acreditarse a cabalidad por el procesado, es decir, han de cumplirse de manera conjunta o concurrente, más no alternativa o supletoria como igual sucedía con los presupuestos contenidos en el artículo 38 del C.P.⁷ antes de las modificaciones introducidas con la Ley 1709 de 2014, de modo que si uno de ellos se muestra ausente, no será viable la sustitución de la pena intramural por la domiciliaria, sin necesidad de avanzar en el análisis de ningún otro aspecto, tópico frente al cual la jurisprudencia enseña:

“Hoy, con la expedición de la Ley 1709 de 2014, también se ha establecido un sistema de contrapesos –que incluso ha de entenderse de mayor rigor en su aplicación visto el amplio espectro que se abre con el incremento del monto de pena que permite acceder al mismo-, a cuyo amparo no basta con que se cumpla ese término ampliado de 8 años, sino que se reclama ineludible verificar la condición de arraigo y, a la par, que el delito no se encuentre inscrito dentro del listado referenciado en el artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, también modificado.

Así como no era posible en vigencia del modificado artículo 38 original, conceder el sustituto sin que se cubrieran ambas exigencias –la temporal y la subjetiva-, hoy tampoco puede predicarse que se halle factible hacerlo sin el

⁶ “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”.

⁷ Auto del 10 de marzo de 2009, Rad. 31381.

estricto cumplimiento de la tríada contenida en la norma modificada y el artículo 68 A”.⁸ (Subrayas fuera de texto).

Teniendo en cuenta el anterior criterio jurisprudencial, resulta claro que para conceder la prisión domiciliaria en la actualidad deben converger en su totalidad los requisitos estipulados en el artículo 38B del C.P; conclusión de la cual se deriva de manera nítida que la juzgadora de primera instancia acertó en su decisión cuando negó el sustituto objeto de estudio a los procesados, en razón a que el delito de **hurto calificado** y agravado en grado de tentativa, admitido por los encartados se encuentra enlistado en el inciso 2º del artículo 68A del C.P.

En efecto, esta disposición prevé que no se concederá la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria, así como ningún beneficio judicial o administrativo a quienes hayan sido condenados a título de dolo, entre otros, por el delito de “*hurto calificado*”, conducta por la que fueron declarados culpables Jhon Fredy Torres y Eugenio Cárdenas Cala.

Ahora, los argumentos esgrimidos por el censor relacionados con el hacinamiento carcelario, debe decirse que nada tienen que ver con los factores que debe ponderar el fallador a efectos de establecer la procedencia del mecanismo deprecado y por tratarse la prohibición referida de un elemento objetivo que impide la concesión del beneficio, no es dable admitir interpretaciones subjetivas como lo aduce el censor quien reclama razonamientos de esa índole que no tienen cabida ante la claridad y contundencia de la ley.

⁸ (CSJ SP, 12 de Mar. 2014, Rad. 42623).

Y finalmente en lo que atañe con la condición de padre cabeza de familia, por tener a cargo a su hijo, esposa y progenitor, no ofreció el censor razones para que la Sala pudiese abordar su postulación; se limitó tan solo a plantear una inconformidad genérica y escueta sin ofrecer argumentos fácticos ni jurídicos que evidenciaran que la juzgadora había incurrido en yerros de apreciación y valoración del mecanismo sustitutivo deprecado.

CUESTIÓN FINAL.

Llama la atención de la Sala que la juzgadora omitió en la parte resolutive condenar a los dos procesados a la pena de multa que había sido acordada entre ellos con la Fiscalía, omisión que no es viable subsanar en esta instancia, pues de hacerlo se vulneraría el principio constitucional de la *no reformatio in pejus*, que es a su turno un principio básico del sistema acusatorio, cual es, limitar las facultades del superior jerárquico en sede de apelación, es decir que la competencia del juez de segunda instancia se adquiere sólo en los aspectos objeto de impugnación y en lo que pueda ser desfavorable para el condenado⁹.

En este evento y dado que la señalada omisión de la a quo vulneraba el principio de legalidad de la pena de multa, ya que se prescindió de su imposición, le correspondía al Ministerio Público y a la Fiscalía, como representantes de los intereses legítimos del Estado o de la sociedad, la facultad de interponer el recurso de apelación a efectos de subsanar esa irregularidad, quienes guardaron silencio sobre el particular.

⁹ T-474 de 1992, T-099/94, T-481 de 1996, T-113 de 1997, SU-327/95, T-178 de 1998, entre otras

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de San Gil, Sala Penal de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo impugnado por las razones consignadas en la parte motiva.

SEGUNDO: Contra esta sentencia procede el recurso extraordinario de casación, que deberá interponerse por las causales que señala el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, dentro del término de cinco días a partir de la última notificación, previsto en el artículo 183 ibídem, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia a las partes e intervinientes¹⁰, a través de los correspondientes correos electrónicos o, en su defecto, por medio de cualquier tecnología de la información y la comunicación TIC idónea para tal fin, para lo cual se deberá adjuntar en su integridad este proveído. Lo anterior teniendo en cuenta la coyuntura generada por la pandemia del Covid-19 o coronavirus.

CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

Los Magistrados



MARÍA TERESA GARCÍA SANTAMARÍA

¹⁰ Esta forma de notificación se hará con apoyo en los artículos 28 y 31 del Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.



NILKA GUISSELA DEL PILAR ORTIZ CADENA



LUIS ELVER SÁNCHEZ SIERRA



Jonaira Farina Chaves Silva
Secretaria