

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja*  
*Sala Penal*

**DOSIFICACIÓN DE LA PENA / Rebajas** "...en aplicación de la justicia premial, la ley previó diferentes montos de rebaja de pena por aceptación de responsabilidad, ya sea en allanamientos por aceptación pura y simple de la imputación o de la acusación, o por preacuerdos y negociaciones, por lo que respetando el principio de progresividad en que se encuentre la etapa procesal al momento de la aceptación, así mismo es la estimación del quantum del descuento punitivo..."Huelga señalar que dichas rebajas se harán efectivas luego de individualizarse la respectiva sanción, porque precisamente son circunstancias de naturaleza post delictual, pues ocurren después de la comisión de la conducta punible y una vez se acepta la responsabilidad penal por la misma, lo que no hace que varíe ésta, sino que una vez se haya individualizado la sanción ésta se modifique con la rebaja que comporta la aceptación de los cargos determinados en el guarismo que corresponda según el momento procesal en que ocurra el allanamiento".

**MULTA/ Acompañante pena de prisión/...**cuando aparece como acompañante de la pena de prisión, nunca se impone como única, y consiste en que el juez debe imponer el pago de un determinado monto de dinero que fluctúa entre un mínimo y un máximo, en montos de salarios mínimos legales mensuales vigentes, señalados en la parte especial del código penal en el respectivo tipo penal. **MULTA/**, se adopta el sistema de unidades graduadas de multa con las siguientes características: cada unidad equivale a un número de salarios mínimos, cada unidad se especifica progresivamente de acuerdo con los ingresos promedio del condenado en el último año, no se señala en la norma el monto de la multa en una suma fija, sino que se determina por el juez en número de unidades multa.

**SENTENCIA No. 019**

**MAGISTRADA PONENTE: LUZ ÁNGELA MONCADA SUÁREZ.**

**APROBADO: Acta N° 018 del veintisiete (27) de febrero de dos mil dieciocho (2018). Art. 30, Núm. 4º, Ley 16 de 1968.**

**Tunja, lunes cinco (5) de marzo de dos mil dieciocho (2018), once de la mañana (11:00 a.m.).**

**Proceso Nro. 150016000000201500010 (2016-0339).**

Sentencia Nro. 019. Rad. 150016000000201500010 (2016-0339).  
M.P. Luz Ángela Moncada Suárez

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja*  
*Sala Penal*

**OBJETO DE LA DECISIÓN**

La Sala Tercera de Decisión Penal de este Tribunal, se ocupa en esta providencia de resolver el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la Defensa del procesado contra la sentencia proferida el dos (02) de junio de dos mil dieciséis (2016) por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Tunja con funciones de conocimiento, mediante la cual condenó a WILMER ENRIQUE MOJICA MARTÍNEZ por los delitos de hurto calificado y agravado en concurso heterogéneo con falsedad personal.

**HECHOS**

Los hechos narrados en la formulación de imputación por los que el procesado aceptó los cargos<sup>1</sup>, ocurrieron el 19 de junio de 2013 cuando WILMER MOJICA MARTÍNEZ en compañía de DIANA MARCELA GONZÁLEZ NEIRA, aproximadamente a la una de la mañana, ingresaron al inmueble de propiedad de OSCAR ALBERTO RODRÍGUEZ ubicado en la calle 17 Nro. 8-74 del barrio San Ignacio de la ciudad de Tunja, por una ventana del tercer piso que dañaron, se apoderaron de cuatro cajas de enchape para pared y seis cajas de enchape para piso, bienes evaluados en \$1.500.000, saliendo por el primer piso donde dañaron otra ventana y la chapa de la puerta, evaluados los daños en \$3.000.000, siendo capturadas las dos personas por agentes de la policía que pasaban por el lugar y observaron cuando aquellos sacaban los objetos a la vía pública, identificándose WILMAR MOJICA MARTÍNEZ como DIEGO FERNANDO MARTÍNEZ PIEDRAHITA quien era su hermano y había fallecido el 31 de diciembre de 2004 según lo informado por la Registraduría Nacional del Estado Civil, habiéndose dado de baja a la cedula de ciudadanía No. 91.135.333 que correspondía al mismo.

---

<sup>1</sup> Según el relato fáctico que hiciera la Fiscalía en la audiencia de formulación de imputación llevada a cabo el 5 de marzo de 2015, registro de audio a fl. 22.

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja*  
*Sala Penal*

**IDENTIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DEL PROCESADO**

**WILMER ENRIQUE MOJICA MARTÍNEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía número 71.194.054 expedida en Puerto Berrío (Antioquia), nació el 23 de septiembre de 1983, hijo de CARMEN MARTÍNEZ PIEDRAHITA y RAÚL MOJICA, soltero, desempleado y con estudios de primaria, en la audiencia de formulación de imputación dijo que residía en Barbosa (Santander) en el barrio Gaitán desconociendo la dirección.

**ACTUACIÓN PROCESAL**

El 5 de marzo de 2015, ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Tunja con funciones de control de garantías, se legalizó la captura por orden judicial<sup>2</sup> de WILMER ENRIQUE MOJICA MARTÍNEZ a quien la Fiscalía Veintidós Local de Tunja le formuló imputación en calidad de coautor de los delitos de Hurto calificado y agravado en concurso heterogéneo con Falsedad personal de conformidad con los artículos 239 inciso 2, 240 numerales 1 y 3, 241 numeral 10 y 296 del Código Penal, cargos que fueron aceptados por el imputado, a quien no se le impuso medida de aseguramiento por lo que se ordenó su libertad inmediata, librando la respectiva boleta<sup>3</sup>.

Por reparto las diligencias se asignaron al Juzgado Tercero Penal Municipal de Tunja con funciones de conocimiento, mediante auto del 9 de marzo de 2015<sup>4</sup>, dispuso enviar las diligencias con destino a los Juzgados Penales del Circuito de Tunja (Reparto), al considerar que el conocimiento del delito de Falsedad Personal era de competencia de dichos Juzgados.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Tunja, a quien se le asignó por reparto el conocimiento del asunto, en audiencia llevada a cabo el 11 de mayo de 2015 declaró que no era competente, disponiendo remitir las diligencias a este Tribunal Superior de conformidad con el artículo 54 del

---

<sup>2</sup> Impartida por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Tunja con funciones de control de garantías el 3 de octubre de 2014.

<sup>3</sup> Fls. 19-22 y CD.

<sup>4</sup> Fl. 31

## *Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal*

C.P.P.<sup>5</sup>

Esta Sala de Decisión, mediante interlocutorio del 21 de mayo de 2015<sup>6</sup>, definió que la competencia para conocer la audiencia de aprobación del allanamiento, individualización de pena y sentencia, era del Juzgado Tercero Penal Municipal con funciones de conocimiento de Tunja.

El Juzgado Tercero Penal Municipal de Tunja con funciones de conocimiento, en audiencia del 10 de agosto de 2015<sup>7</sup> aprobó el allanamiento y declaró penalmente responsable al procesado anunciando el sentido del fallo condenatorio, interponiendo los recursos de reposición y en subsidio apelación contra dicha determinación, no reponiéndose lo decidido y concediéndose la apelación ante el Juzgado Penal del Circuito de Tunja (Reparto).

En audiencia del 11 de febrero de 2016, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Tunja se inhibió de conocer el recurso de apelación.<sup>8</sup>

El 11 de mayo de 2016, el Juzgado Tercero Penal Municipal de Tunja con funciones de conocimiento, llevó a cabo la audiencia de individualización de la pena y sentencia<sup>9</sup>, en la que las partes e intervinientes se pronunciaron sobre las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del acusado y la pena a imponer; profiriendo sentencia condenatoria en audiencia del 02 de junio de 2016, contra la cual el Defensor interpuso y sustentó el recurso de apelación, previo traslado, fue concedido ante este Tribunal en el efecto suspensivo.<sup>10</sup>

El conocimiento de segunda instancia fue asignado por reparto a la Sala Tercera de Decisión Penal.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA Y MOTIVO DE LA APELACIÓN**

---

<sup>5</sup> Fl. 36 y CD.

<sup>6</sup> Fls. 39-48

<sup>7</sup> Fls. 58-59 y CD.

<sup>8</sup> Fls. 71-75 y CD.

<sup>9</sup> Fls. 87-88 y CD.

<sup>10</sup> Fls. 100-104 y CD.

## *Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja* *Sala Penal*

### **1.- De la sentencia de primera instancia.**

El Juzgado Tercero Penal Municipal de Tunja con funciones de conocimiento, en sentencia de 02 de junio de 2016, condenó a WILMER ENRIQUE MOJICA MARTÍNEZ como autor del delito de Hurto Calificado y Agravado en concurso heterogéneo con el delito de Falsedad Personal, tipificados en los artículos 239, 240 inciso primero numerales 1 y 3, 241 numeral 10, y 296, todos del C.P., Ley 599 de 2000, imponiéndole la pena principal de sesenta (60) meses y diez (10) días de prisión, y la pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por el tiempo de la pena de prisión, por hechos ocurridos el 19 de junio de 2013, siendo víctima OSCAR ALBERTO RODRÍGUEZ, negándole los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria, ordenando la captura del procesado para el cumplimiento de la pena en establecimiento penitenciario.

Precisó que se reunían los requisitos del artículo 381 del C.P.P. para proferir sentencia condenatoria por los cargos formulados en contra del procesado, los que aceptó libre, consciente y voluntariamente, llegando al conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y de la responsabilidad penal.

De los elementos materiales de prueba, evidencia física e información legalmente obtenida, concluyó que WILMER ENRIQUE MOJICA MARTÍNEZ en compañía de otra persona cometió el delito de hurto el 19 de febrero de 2013 para lo cual quebrantó la seguridad del inmueble de OSCAR ALBERTO RODRÍGUEZ, apoderándose de 4 cajas de enchape para pared y 6 cajas de enchape para piso, siendo capturado en flagrancia, como también incurrió en el delito de falsedad personal al haberse identificado con el cupo numérico de la cédula de ciudadanía de su hermano quien ya había fallecido.

Consideró que las conductas punibles fueron cometidas de manera dolosa, vulnerando los bienes jurídicos tutelados del patrimonio económico y la fe pública, siendo el procesado persona mayor de edad, con capacidad de

## *Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja* *Sala Penal*

raciocinio que entendía a cabalidad las consecuencias de sus actos, siendo imputable.

Para la fijación de la pena, el *a quo* determinó los cuartos punitivos de movilidad para el delito de hurto calificado y agravado según el inciso primero numerales 1 y 3 del artículo 240 y numeral 10 del artículo 241 del C.P., dentro del mínimo de 108 meses y el máximo de 294 meses, fijando la pena en 135 meses de prisión ubicándose en el cuarto mínimo que señaló oscilaba entre 108 a 154.5 meses, enunciando que la pena para el delito de falsedad personal era de multa.

Para la fijación de dicho monto, dijo tener en cuenta la gravedad de la conducta punible, el daño causado a la víctima a quien despojó de los bienes mermando su patrimonio, sin que confluyeran circunstancias de agravación o atenuación punitiva.

Y como se trata de un concurso de conductas punibles, dijo aplicar el artículo 31 del C.P., aumentando al monto señalado, 3 meses por el delito de falsedad personal, para un total de 138 meses de prisión.

Por la aceptación de cargos, teniendo en cuenta que el procesado fue capturado en flagrancia, a pesar de no haber sido legalizada por el juez con funciones de control de garantías ante la discrecionalidad de la Fiscalía de considerar que no era necesaria la medida de aseguramiento, le descontó el 12.5%, quedando en 120 meses y 21 días de prisión, a los que debía rebajársele la mitad en aplicación del artículo 269 del C.P. por haber renunciado la víctima a cualquier indemnización y haberse recuperado los bienes hurtados, para un total de pena de 60 meses y 10 días de prisión que fue la impuesta como principal, y la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por igual término.

Dijo que no era procedente aplicar la rebaja de pena prevista en el artículo 268 del C.P., porque el valor de lo hurtado era inferior a un salario mínimo mensual legal vigente.

## *Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja* *Sala Penal*

Concluyó que no resultaba procedente conceder los subrogados penales de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, porque la pena impuesta excedía a los cuatro años de prisión, la pena mínima prevista en la norma para el delito de hurto calificado y agravado por el que se emitía la condena era superior a cinco años, punible que está excluido de los beneficios de conformidad al artículo 68 A del C.P., y porque los antecedentes personales y sociales del sentenciado permitían inferir la necesidad para que cumpliera la pena en establecimiento penitenciario.

### **2.- Del motivo de la apelación.**

2.1.- La inconformidad del Defensor del acusado como recurrente se concreta a dos motivos específicos: i) la dosificación de la pena, y ii) la negación de los subrogados.

En cuanto a la dosificación punitiva, consideró que se incurrió en tres errores así:

Una aplicación indebida del artículo 61 del C.P. afirmando que las circunstancias que tuvo en cuenta la primera instancia para incrementar el mínimo punitivo fueron previstas por el legislador en la descripción de las conductas punibles por las que se emite la condena, haciendo parte tales circunstancias de una doble incriminación, por lo que pide se fije la pena en el mínimo.

Una aplicación indebida del artículo 31 del C.P., al establecerse para el delito de falsedad personal en el artículo 296 del C.P. pena de multa, habiendo aumentado la primera instancia por dicho delito tres meses de prisión a la pena fijada para el delito de hurto calificado y agravado, vulnerando el límite que señala de la suma aritmética porque por el delito de falsedad personal el aumento de la pena de prisión es cero.

En cuanto a la rebaja de pena por aceptación de responsabilidad, consideró que se cometió el yerro al tener en cuenta la situación de

## *Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja* *Sala Penal*

flagrancia a pesar de no haberse legalizado la captura en dicha situación, porque considera que la tesis jurisprudencial debe variar porque la flagrancia debe tener necesariamente un control judicial efectivo en garantía de los derechos y garantías del procesado, y en el caso particular como no se hizo ese control, debe reconocerse la rebaja punitiva máxima del 50% por aceptación de responsabilidad.

Frente a la negativa de los subrogados considera que al accederse a las pretensiones con relación a la dosificación de la pena, el factor objetivo se reúne para la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como también sostiene, debe tenerse en cuenta las rebajas por circunstancias post delictuales para efectos de determinar los montos punitivos como requisitos para los beneficios, por ser la interpretación más favorable para el procesado, no el monto fijado en abstracto para el tipo penal; a más que la exclusión de los beneficios fue consagrada en la ley 1709 de 2014 que no estaba vigente para la fecha de los hechos.

2.2.- La Fiscalía como no recurrente, solicitó se confirmara la sentencia de primera instancia, porque la valoración que hiciera el juez de la gravedad de la conducta se hizo conforme a los elementos materiales de prueba, lo que debe incidir en la fijación punitiva, establecida dentro de los parámetros legales en el cuarto mínimo, que en el concurso de conductas no hay norma que prohíba el aumento de prisión por el delito para el cual se fija la pena de multa, no siendo necesario el control judicial para definir la situación de flagrancia, y en cuanto a los subrogados consideró que no se pronunciaba porque los mismos estaban solicitados bajo el condicionamiento de la nueva dosificación punitiva reclamada por el recurrente.

2.3.- La representante del Ministerio Público coadyuvó la petición del Fiscal de confirmación de la sentencia impugnada, afirmando compartir los argumentos que aquél expusiera.

### **CONSIDERACIONES**

#### **1.- Competencia.**



## *Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja* *Sala Penal*

Por la naturaleza de los delitos por los que se formularon cargos y por los que se condenó al acusado, el conocimiento para su juzgamiento en primera instancia está asignado a los Jueces Penales Municipales y por el factor territorial al Tercero Penal Municipal de Tunja con funciones de conocimiento a quien se le asignó por reparto, por haber tenido ocurrencia los hechos en esta ciudad, y la segunda instancia le corresponde a este Tribunal (arts. 37 (núm. 2 y 3), 34 (num.1), 42, y 43, del C. de P. P.).

### **2.- Presupuestos procesales.**

El recurso de apelación procede contra la sentencia de primera instancia y la Defensa tiene interés jurídico para impugnarla, habiendo interpuesto y sustentado el recurso en la audiencia de lectura de la decisión impugnada (artículos. 20, 176, 179 del C. de P. P, modificado por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010, 124 y 125 del C. de P.P.).

Por lo demás, no se observa ninguna irregularidad sustancial violatoria de garantías fundamentales de las partes e intervinientes que conlleve a la declaratoria de nulidad total o parcial de lo actuado, siendo procedente resolver el recurso con una decisión de fondo.

### **3.- Examen y resolución de los aspectos impugnados.**

Señala el artículo 20 del C. de P.P., que el superior no puede agravar la situación del apelante único, principio de la no reforma peyorativa que igualmente está previsto en el artículo 31 de la Constitución Política, lo que implica que la Sala no puede agravar la situación del acusado, siendo su Defensor apelante único; a más que dentro de la limitación de la segunda instancia, tan solo nos extenderemos a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la apelación.

Con este preámbulo, la Sala centrará su análisis en la dosificación punitiva y los subrogados, únicos motivos apelación; no siendo necesario hacer un mayor análisis en cuanto a los hechos demostrados con los

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja*  
*Sala Penal*

elementos materiales de prueba y evidencia física dada a conocer por la Fiscalía en las audiencias de formulación de imputación y de individualización de pena y sentencia, teniendo en cuenta que de los mismos se tiene el conocimiento más allá de toda duda acerca de la conducta punible de hurto calificado y agravado descrito en los artículos 239, 240 inciso primero numerales 1 y 3, con violencia sobre las cosas y mediante penetración clandestino en lugar habitado o sus dependencias inmediatas, aunque allí no se encuentren sus moradores y violando las seguridades del inmueble, y 241 numeral 10, cometido por dos personas que acordaron cometer el hurto, y de la falsedad personal tipificada en el artículo 296, normas del C.P., y de la responsabilidad penal del acusado WILMER ENRIQUE MOJICA MARTÍNEZ por dichos ilícitos, presupuestos de la condena, la que no es objeto de discusión en esta instancia frente a la sentencia anticipada, observándose eso sí, que la adecuación típica fue correcta, respetándose el principio de legalidad.

La Fiscalía en la audiencia del 5 de marzo de 2015 formuló la imputación clara y detallada de la situación fáctica y su adecuación jurídica, y el imputado aceptó los cargos con el conocimiento que tenía derecho a rebaja de pena del 12.5% de la pena a imponer, o lo que es lo mismo, de la octava parte, porque su captura se produjo en situación de flagrancia cuando la policía pasaba por el lugar de los hechos y pudieron percibir que los capturados sacaban los bienes del inmueble, encontrando los mismos en su poder al momento de la aprehensión.

De otra parte, la Fiscalía en la audiencia preliminar y en la de individualización de pena y sentencia, dio a conocer los elementos materiales probatorios y evidencia física que soportaban la imputación aceptada, como son: la noticia criminal donde OSCAR ALBERTO RODRÍGUEZ CASTELLANOS da cuenta del hurto de los bienes descritos cometido por el acusado, ejerciendo violencia sobre las seguridades del inmueble; los informes de policía en casos de captura en flagrancia donde se indica que fueron capturados DIANA MARCELA GONZÁLEZ NEIRA y el procesado WILMER ENRIQUE MOJICA MARTÍNEZ quien se identificó en ese momento con el nombre de DIEGO FERNANDO MARTÍNEZ PIEDRAHITA exhibiendo

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja*  
*Sala Penal*

la cédula de ciudadanía de éste; acta de los elementos incautados en poder del capturado y devolución de los mismos; acta de derechos del capturado en flagrancia; álbum fotográfico de los elementos incautados; reseña decadactilar de los capturados; identificación e individualización y arraigo del procesado; oficio 558849 METUNSIJIN 1.9 del 27 de septiembre de 2014 de respuesta a la solicitud de antecedentes penales del acusado; entrevista a OSCAR ALBERTO RODRÍGUEZ CASTELLANOS; acta de inspección al lugar de los hechos; informe ejecutivo de investigador de campo del 29 de septiembre de 2014 donde se da a conocer la plena identificación del procesado informándose que se hace pasar por su hermano DIEGO FERNANDO MARTÍNEZ PIEDRAHITA; certificación de la Registraduría Nacional del Estado Civil donde informó que el cupo numérico de la cédula de ciudadanía número 91.135.333 correspondía a DIEGO FERNANDO MARTÍNEZ PIEDRHAHITA, se encontraba cancelado por muerte de fecha 31 de diciembre de 2004; cotejo lofoscópico realizado por el técnico del C.T.I. a la tarjeta decadactilar obtenida al momento de la captura a quien dijo llamarse DIEGO FERNANDO MARTÍNEZ PIEDRAHITA, con la obtenida de la Registraduría Nacional del Estado Civil a nombre de WILMER ENRIQUE MOJICA MARTÍNEZ, identificado con la cédula de ciudadanía 71.194.054 determinándose la uniprocedencia para éste.

Así mismo, la Fiscalía precisó que el procesado fue capturado en flagrancia el mismo día de los hechos, encontrándosele en su poder los elementos hurtados, habiendo sido dejado en libertad por orden del Fiscal de la URI quien consideró que no se tenía el material probatorio de la violencia narrada por la víctima, realizándose posteriormente en desarrollo del programa metodológico las diferentes diligencias que establecieron dicha situación, con inspección al lugar de los hechos con registro fotográfico.

Con lo anterior, se encuentran demostradas las conductas punibles y la responsabilidad del acusado por los cargos formulados en la imputación y aceptados por los delitos de hurto calificado y agravado y falsedad personal, en los hechos que se han dado a conocer en esta providencia, por tanto, se tiene el conocimiento para condenar a WILMER ENRIQUE MOJICA MARTÍNEZ.

## *Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja*

### *Sala Penal*

Por lo anterior, se procederá a revisar la pena impuesta y los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria, únicos motivos de impugnación, para lo cual nos pronunciaremos sobre la individualización de la pena conforme a los criterios y reglas que ha previsto el legislador en el capítulo segundo, del título IV, libro primero, artículos 54 a 62 del código penal, donde se hace la motivación cualitativa y cuantitativa, teniendo en cuenta las conductas punibles realizadas por las que se condena, luego analizaremos la pena impuesta en el caso particular, revisando lo señalado en la formulación de imputación y en la audiencia de individualización de pena y sentencia, y terminaremos con el análisis de los subrogados reclamados.

#### **3.1.- De la individualización de la pena conforme a las reglas que ha previsto el legislador.**

Los pasos a seguir en la individualización de la pena son:

1.- Conforme al artículo 60 del C.P. en primer lugar el sentenciador debe fijar los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover, teniendo en cuenta la pena fijada para cada delito, con las circunstancias modificadoras, sean atenuantes o agravantes, concomitantes a la realización de la conducta punible.

2.- Determinados el mínimo y máximo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 61 del C.P., se divide el ámbito punitivo de movilidad en cuartos, uno mínimo, dos medios, y uno máximo, y se seleccionará uno en el que se determinará la pena. Para tal efecto, el cuarto mínimo se selecciona cuando no existan atenuantes ni agravantes, o concurren únicamente circunstancias de atenuación; los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y agravación punitiva, y el cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación. Dichas circunstancias son las genéricas de mayor o menor punibilidad previstas en los artículos 55 y 58 del C.P., que solo pueden ser imputadas si no se han previsto de otra manera,

## *Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja* *Sala Penal*

es decir, son diferentes a las modificadoras específicas que incidieron en la determinación de los extremos mínimos y máximos ya determinados.

3.- El artículo 61 del C.P., a más fue adicionado por el artículo 3 de la ley 890 de 2004, señalando que el sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo “*preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y la defensa*”. Sin embargo, solo es posible la aplicación de este inciso adicionado, en cuanto a la prohibición de la aplicación del sistema de cuartos para la dosificación punitiva, cuando la pena es la que ha sido objeto de acuerdo o negociación entre la Fiscalía y la Defensa, lo cual no opera para los allanamientos, o para preacuerdos o negociaciones cuando en estos no se ha preacordado la pena.

4.- Establecido el cuarto de movilidad, según lo establece el inciso tercero del artículo 61 del C.P., el sentenciador impone la pena ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto; en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo, y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.

5.- Cuando se trata de concurso de conductas punibles, se debe dosificar la pena para cada delito, y luego se determina la pena más grave que será la base para la dosificación de las conductas punibles en concurso, no pudiendo ser superior al doble de la más grave, ni la suma aritmética, según las reglas previstas en el artículo 31 del C.P.

6.- Una vez se individualice la pena en el proceso antes mencionado, se tienen en cuenta las circunstancias que la modifican pero que son posteriores a la comisión de la conducta punible, sean personales, fácticas, o procesales, entre otras, la rebaja por reparación prevista en el artículo 269 del C.P., el allanamiento a cargos de que trata el artículo 288 numeral 3 del

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja*  
*Sala Penal*

C. de P.P. y demás normas sobre rebajas de pena por aceptación de responsabilidad, siempre que no estén prohibidas.

Respecto al allanamiento a cargos, el artículo 288 numeral 3 del C. de P.P., ley 906 de 2004, consagra la posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener una rebaja de pena de conformidad al artículo 351 del mismo estatuto, que la señala hasta de la mitad de la pena imponible.

Pero en aplicación de la justicia premial, la ley previó diferentes montos de rebaja de pena por aceptación de responsabilidad, ya sea en allanamientos por aceptación pura y simple de la imputación o de la acusación, o por preacuerdos y negociaciones, por lo que respetando el principio de progresividad en que se encuentre la etapa procesal al momento de la aceptación, así mismo es la estimación del quantum del descuento punitivo.

Así entonces, la ley 906 de 2004 ha señalado que, en caso de allanamientos, si este ocurre en la audiencia de formulación de imputación, la rebaja es de hasta el cincuenta por ciento (50%) de la pena conforme al artículo 351; si la aceptación se presenta en la audiencia preparatoria, el descuento es de hasta una tercera (1/3) parte de acuerdo al artículo 356 numeral 5; y si la aceptación es en la audiencia del juicio oral, según lo previsto en el artículo 367, la disminución es de una sexta (1/6) parte.

Igual sucede en los preacuerdos, los cuales pueden presentarse desde la audiencia de formulación de acusación, y si esto ocurre hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la rebaja de pena según el caso podrá ser hasta el cincuenta por ciento (50%) atendiendo el contenido de los artículos 350 y 351; pero si se preacuerda una vez presentada la acusación y hasta antes de que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de responsabilidad, la reducción de pena solo será de una tercera (1/3) parte conforme a lo previsto en el artículo 352; y si es en el juicio oral, a través de las llamadas manifestaciones de culpabilidad preacordadas, la disminución se tendrá en cuenta con la pretensión punitiva que exprese el fiscal según lo prevé el artículo 369.

## *Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal*

Igualmente, de conformidad al párrafo del artículo 301 del C. de P.P., cuando la persona es capturada en flagrancia, la disminución punitiva por aceptación de responsabilidad en allanamientos o preacuerdos, solo será de una cuarta (1/4) parte del porcentaje señalado para cada caso. Cuando hay aceptación de cargos en la audiencia de formulación de imputación y ha existido captura en flagrancia – *como es el caso que no ocupa donde el imputado aceptó los cargos con dicha información de haber sido capturado en situación de flagrancia-*, la rebaja corresponde al 12.5% de la pena a imponer, que equivale a una octava (1/8) parte.

Huelga señalar que dichas rebajas se harán efectivas luego de individualizarse la respectiva sanción, porque precisamente son circunstancias de naturaleza post delictual, pues ocurren después de la comisión de la conducta punible y una vez se acepta la responsabilidad penal por la misma, lo que no hace que varíe ésta, sino que una vez se haya individualizado la sanción ésta se modifique con la rebaja que comporta la aceptación de los cargos determinados en el guarismo que corresponda según el momento procesal en que ocurra el allanamiento.

En el caso de la pena de multa, de conformidad al artículo 39 del C.P. hay que diferenciar la clase de multa: i) acompañante de la pena de prisión y, ii) prevista como única, unidad de multa progresiva.

En la primera, cuando aparece como acompañante de la pena de prisión, nunca se impone como única, y consiste en que el juez debe imponer el pago de un determinado monto de dinero que fluctúa entre un mínimo y un máximo, en montos de salarios mínimos legales mensuales vigentes, señalados en la parte especial del código penal en el respectivo tipo penal.

En la segunda, se adopta el sistema de unidades graduadas de multa con las siguientes características: cada unidad equivale a un número de salarios mínimos, cada unidad se especifica progresivamente de acuerdo con los ingresos promedio del condenado en el último año, no se señala en la norma el monto de la multa en una suma fija, sino que se determina por el

## *Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal*

juez en número de unidades multa.

En el sistema de unidades multa, el legislador ha previsto tres grados en que se presenta la unidad multa: i) primer grado: una unidad multa equivale a un salario mínimo legal mensual, la multa oscilará entre una a diez unidades multa, en este grado se ubican quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, hasta diez salarios mínimos legales mensuales vigentes, ii) segundo grado: una unidad multa equivale a diez salarios mínimo legales mensuales, la multa oscilará entre una a diez unidades multa, en este grado se ubican quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, superiores a diez salarios mínimos legales mensuales vigentes y hasta cincuenta, y iii) tercer grado: una unidad multa equivale a cien salarios mínimo legales mensuales, la multa oscilará entre una a diez unidades multa, en este grado se ubican quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, superiores a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Ante las dificultades probatorias para determinar el real monto de los ingresos del infractor, incluso de quienes no lo tienen (desempleados, amas de casa, estudiantes, etc), como lo ha dicho la doctrina: *“el juez no puede, de manera caprichosa, determinar el grado de unidad de multa que le parezca más conveniente: la decisión, acorde con el principio de razonabilidad, siempre tiene que ser motivada (C.P., arts. 3° y 59) y se debe partir – por imponerlo así el postulado del in dubio pro reo – del grado más bajo de unidad multa, esto es, el primero, pues siempre se debe optar por aquella solución que le sea más favorable al encartado al resolver las dudas y lagunas probatorias – también en este ámbito – en su favor, no en su contra.”*<sup>11</sup>

En uno y otro caso, la multa como acompañante de la prisión o la unidad de multa como pena única, en su determinación para moverse dentro de los marcos legales, el juez debe tener diversos criterios como lo señala el numeral 3 del artículo 39 del C.P., como el daño causado con la infracción, la intensidad de la culpabilidad, el valor del objeto del delito o el beneficio

---

<sup>11</sup>Velásquez V. Fernando. Derecho Penal, Parte General. Cuarta Edición, pág. 1049.



## *Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja*

### *Sala Penal*

reportado, la situación económica del condenado *-deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares-* y las demás circunstancias que indiquen la posibilidad de su pago.

#### **3.2.- De la dosificación de la pena en el caso concreto.**

El Defensor muestra su inconformidad en la pena impuesta por el *a quo* a WILMER ENRIQUE MOJICA MARTÍNEZ porque considera que se incurrió en tres errores: i) por aplicación indebida del artículo 61 del C.P., haciendo una doble incriminación de las circunstancias allí previstas, ii) por aplicación indebida del artículo 31 del C.P., al incrementarse la pena de prisión fijada para el delito de hurto calificado y agravado con otro monto por el delito de falsedad personal que tiene señalada pena de multa, y iii) por hacerse la rebaja de pena por aceptación de responsabilidad tan solo en el 12.5% sin que se hubiese legalizado la captura en flagrancia.

En cuanto al primer reparo, no le asiste razón al recurrente porque la individualización de cada una de las penas que concursan tiene que obedecer a los parámetros de dosificación previstos en el código penal, como ya se dijo, fijar los límites mínimos y máximos del delito dentro del cual el juez se puede mover (art. 60), para luego, dividirlo en cuartos, seleccionando aquél dentro del cual es posible oscilar según las circunstancias atenuantes o agravantes de la punibilidad que se actualizaron, y finalmente fijar la pena concreta (art. 61).

Así la jurisprudencia ha precisado cuatro fases distintas para llegar a la fijación de la pena en un determinado delito, en los siguientes términos:

*“Oportuno es recordar que el proceso dosimétrico comprende cuatro fases, claramente diferenciadas por el código, que se cumplen progresivamente. La primera, de determinación de los extremos o límites punitivos del delito, reglamentada en el artículo 60 del Código Penal, en la que el juez debe establecer la pena mínima y máxima aplicable, teniendo en cuenta las circunstancias de agravación o atenuación concurrentes, que modifiquen estos límites.*

## *Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal*

*La segunda, de división del ámbito punitivo de movilidad en cuartos, proceso que reglamenta el inciso primero del artículo 61 ejusdem y que implica dividir la pena comprendida entre los límites mínimo y máximo en cuatro partes iguales, llamados cuartos (uno mínimo, dos medios y uno máximo), y en fijar cuantitativamente los montos que delimitan cada uno de ellos.*

*La tercera, de selección del cuarto de movilidad dentro del cual el juez tasará la pena, labor que el juez debe realizar siguiendo las directrices establecidas en el inciso segundo ejusdem, que ordena hacerlo teniendo en cuenta las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, entendidas por tales las de menor o mayor punibilidad previstas en los artículos 55 y 58 del Código.*

*Y la cuarta, de determinación de la pena en concreto, dentro de los límites de movilidad del cuarto seleccionado, que reglamenta el inciso tercero del precepto, en la que deben ponderarse factores como la gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agravan o atenúan la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena, la función que cumple, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito en las acciones tentadas y el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda en los eventos de complicidad.”<sup>12</sup>*

En el presente caso, el *a quo* cumplió con esos cuatro pasos al determinar la pena para el delito de hurto calificado y agravado, señalando los límites previstos para el delito, esto es, de 108 a 294 meses de prisión (arts. 240 y 241 del C.P.), dividió el ámbito punitivo de movilidad en cuartos, seleccionó el primer cuarto de movilidad dentro del cual tasaría la pena, esto es, de 108 a 154.5 meses, y finalmente determinó la pena en concreto en 135 meses de prisión, ponderando los factores gravedad, daño, intensidad

---

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de enero de 2013, Rad. 35350, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

## *Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja* *Sala Penal*

del dolo y función que ha de cumplir la pena, con la respectiva motivación sobre cada aspecto.

En resumen dijo el *a quo* que la conducta es grave porque supera los límites de tolerancia, no justificándose el apoderamiento de los bienes ajenos, lo que desquicia el orden justo y pacífico de la sociedad, demostrando su poca adaptabilidad social; que el daño se produjo al despojarse a la víctima de un bien y mermando su patrimonio; conociendo el procesado a plenitud el deber de respeto por sus congéneres y sus bienes, lo que intensifica el dolo; y que la pena debía cumplir su finalidad de sanción a este tipo de conductas punibles a las que se le debe poner cortapisa por generar caos social.

Es evidente que al recurrente no le asiste razón porque las consecuencias de la conducta punible que fueron destacadas por el juez, enmarcan en el concepto de gravedad y modalidades del hecho punible, factores que conforme a la norma, debían ser ponderados sin que pueda afirmarse que hay una doble incriminación como erradamente así lo expuso el señor Defensor; específicamente la gravedad o levedad de la conducta al momento de proferirse la sentencia ya está concluida y resulta de la verdad fáctica y jurídica de la conducta imputada, sin que se viole el *non bis in ídem* al momento de valorarse para determinar la pena; pues la ley le confiere esa facultad al juzgador para que en cada caso aprecie las circunstancias concretas que rodearon el hecho específico; criterio que ha sido reiterado por la jurisprudencia<sup>13</sup>, reafirmando dicha facultad discrecional del juez, aunque razonable y motivada, para efectos de la determinación de la pena<sup>14</sup>.

Así lo ha dicho la jurisprudencia:

---

<sup>13</sup> Entre otras decisiones de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, las siguientes: 4 abr. 2002, rad. 11940, 15 sept. 2004, rad. 19948, 30 nov. 2006, rad. 26227, 29 sep. 2010, rad. 34939, 9 oct. 2013, rad. 39462, 20 feb. 2008, rad. 21731, 10 jun. 2009, rad. 27618.

<sup>14</sup> Cuando se alega en casación la violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del inciso 3° del artículo 61 del C.P. (según los casacionistas porque los jueces no pueden aumentarle al mínimo del cuarto seleccionado).

## *Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal*

**“3.3.3.** Aunque el artículo 59 del Código Penal obliga al juez a incluir en la sentencia «una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena», ello no significa que tenga el deber de analizar de manera pormenorizada, en los asuntos sometidos bajo su conocimiento, todos y cada uno de los factores previstos en los incisos 3º y 4º del artículo 61 del Código Penal.

Lo anterior, por cuanto la cuantificación de la pena dentro del ámbito de movilidad legalmente establecido debe sujetarse a las particularidades de cada asunto, como ya se precisó (3.3.2), y el juez, al motivarla, puede por esas mismas circunstancias destacar la importancia de unos criterios por encima de otros. Por ejemplo, priorizar el grado de afectación del bien jurídico sobre la modalidad de imputación subjetiva del tipo; o la función preventiva especial de la pena sobre los demás fines y factores de consideración.

De hecho, los criterios orientadores de los incisos 3º y 4º del artículo 61 de la Ley 599 de 2000 estarán contenidos en todas aquellas apreciaciones atinentes a **(i)** la gravedad del injusto (desvalor de la acción, del resultado, atenuantes, etc.) y **(ii)** el grado de culpabilidad (entendida como el reproche que se le efectúa al procesado por la realización de la acción). Por lo tanto, será suficiente la motivación que para imponer un concreto monto punitivo conlleve, en esencia, la valoración de cualquiera de los aludidos parámetros.

**3.3.4.** Desde un punto de vista epistemológico, se ha dicho en la doctrina que dichos aspectos de ponderación, en tanto eminentemente valorativos, no pueden ser objeto de verificación ni de refutación por parte del superior jerárquico, ni de cualquier otro tipo de control más allá del cumplimiento del deber de motivar, así como de ceñirse en la sustentación a los criterios previstos en la ley: (...)”<sup>15</sup>

Contrario sucede con la fijación de la pena en el concurso de conductas punibles por las que se condena, hurto calificado y agravado en concurso con falsedad personal, pues el juez de primera instancia, como bien lo señala el

---

<sup>15</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de abril de 2014, rad. 41350, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

## *Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal*

señor Defensor en el recurso, incurrió en error al incrementar la pena de prisión fijada para el primero de los delitos por el concurso del segundo, cuando éste tiene una pena de diferente naturaleza. Veamos:

La pena para el delito de hurto calificado y agravado, conforme a los artículos 240 y 241 del C. P., es de prisión, en tanto la pena para el delito de falsedad personal según lo previsto en el artículo 296 del mismo estatuto, es de multa; en consecuencia, no podía el *a quo* cambiarle la naturaleza de la pena de multa prevista por el legislador para el delito de falsedad personal por la pena de prisión para incrementar en 3 meses la ya fijada en 135 meses para el delito de hurto calificado y agravado, aplicando indebidamente el artículo 31 del C.P. norma que regula la dosificación de las penas de las conductas punibles en concurso, por lo que se debe corregir el yerro como lo solicitara el Defensor.

Para casos como este, cuando hay disparidad de penas, cuando una conducta punible tiene prevista pena privativa de la libertad, mientras la otra implica una sanción de multa, se tasa la pena privativa de la libertad para el delito concurrente y sin hacerle ningún incremento, se impone además la pena de la multa señalada como sanción para el otro ilícito.

Lo anterior, como igualmente sucede cuando una de las conductas punibles concurrentes tiene previstas sanciones distintas, para lo cual el inciso tercero del artículo 31 del C.P., señala: *“Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en esta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente.”*

En consecuencia, se fijará la pena para el delito de falsedad personal que está prevista en el artículo 296 del C.P., como única, en la modalidad progresiva de unidad multa conforme al artículo 39 del mismo estatuto, debiéndose tasar teniendo en cuenta los ingresos promedios percibidos por el procesado en el último año.

## *Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja*

### *Sala Penal*

Como se ha dicho que WILMER ENRIQUE MOJICA MARTÍNEZ para cuando cometió los ilícitos era desempleado, sin conocerse cuáles fueron los ingresos durante el último año, la multa será determinada en el primer grado, en el que una unidad multa equivale a un salario mínimo mensual legal vigente, y oscila entre una y diez unidades multa; por lo que considera la Sala que debe fijarse en el mínimo de una unidad multa, esto es, un (01) salario mínimo legal mensual vigente.

Por último, respecto a la rebaja de pena por aceptación de responsabilidad, no le asiste razón al recurrente al considerar que para tal efecto no debió tenerse en cuenta la flagrancia por no haberse legalizado por el juez con funciones de control de garantías la captura en dicha situación; pues en consideración de esta Sala de Decisión, dicha omisión no desvirtúa que la policía haya sorprendido al acusado con los objetos hurtados en el momento que salía del inmueble de donde los obtuvo, pudiéndose deducir fundadamente que acababa de cometer el ilícito, situación que da lugar a que solo se pueda otorgar una rebaja de pena del 12.5% por el allanamiento a cargos, como lo hizo el juez de primera instancia, en aplicación al parágrafo del artículo 301 del C. de P.P., modificado por la ley 1453 de 2011.

De otra parte, en la audiencia del 5 de marzo de 2015, la Fiscalía al formular la imputación, le informó claramente al imputado que en caso de aceptación de responsabilidad tendría derecho a la rebaja de pena de tan solo el 12.5% de la pena a imponer por la situación de flagrancia en la que se le capturó el día que cometió los hechos, encontrándosele en su poder los objetos hurtados cuando salía del inmueble de donde los sacó; explicando la Fiscal que el capturado fue dejado en libertad por orden del Fiscal de la URI quien consideró que no se tenía el material probatorio de la violencia narrada por la víctima, la que se estableció posteriormente en las labores de investigación ordenadas en el programa metodológico; y conforme a esas precisiones, el procesado se allanó previa la asesoría del mismo Defensor que ahora es apelante; por tanto, no puede desconocerse tal situación de flagrancia para pretender evadir la limitante a la rebaja punitiva, lo que constituiría una retractación que no es procedente en caso del allanamiento a cargos.

## *Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal*

La Corte Constitucional al examinar uno de los artículos de la ley 1453 de 2011, en la sentencia C-239 de 2012, refiriéndose a la captura analizó la situación de flagrancia y el control de la aprehensión; y sobre este dijo:

*“13.1.4. Por su parte en la sentencia C-591 de 2005, sobre el procedimiento en caso de flagrancia, desarrollado en el artículo 302 del C.P.P., encontró que en él se reitera lo previsto en el artículo 32 Superior y además se establece “una diferencia entre cuando aquella es realizada por una autoridad pública o por un particular. En el primero de los casos, el aprehendido será conducido inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía General de la Nación; en el segundo, el capturado será llevado, en el término de la distancia, ante cualquier autoridad de policía, quien identificará al aprehendido, recibirá un informe detallado de las condiciones que rodearon la captura y pondrá al capturado, en el término de la distancia, a disposición de la Fiscalía General de la Nación”.*

*Luego se describe la valoración adelantada por la Fiscalía, la cual posee un doble contenido: por un lado, determinar “si el comportamiento delictivo no conlleva imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva o la captura en flagrancia fue adelantada de forma ilegal”. En este caso, “el fiscal procederá a dejar en libertad al aprehendido, imponiéndole bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario”. Cuando por el contrario, con base en el informe de la autoridad de policía o “con fundamento en elementos materiales o evidencias físicas aportadas, decide llevar al capturado ante el juez de control de garantías, deberá hacerlo inmediatamente o a más tardar dentro de las 36 horas siguientes, con el propósito de que éste se pronuncie, en audiencia preliminar, sobre la legalidad de la aprehensión, así como en relación con las solicitudes de la Fiscalía, la defensa y el Ministerio Público”. (Se resalta fuera de texto)*

*(...)*

*Es decir que, se reconoce en la sentencia C-591 de 2005, que la Fiscalía General de la Nación realizará un control previo sobre la captura operada en flagrancia, que antecede al que, eventualmente, adelantaría el juez de control de garantías, cuando el primero haya estimado que la*

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja*  
*Sala Penal*

*detención preventiva fue legalmente realizada, por existir las condiciones de la flagrancia señaladas por la ley y la jurisprudencia.”*

En el presente caso, el Fiscal hizo el control previo sobre la captura en flagrancia y dejó en libertad a WILMER ENRIQUE MOJICA MARTÍNEZ, no porque haya considerado que la misma fue ilegal, sino porque consideró que el comportamiento delictivo, según lo demostrado hasta ese momento, no conllevaba imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva; luego, la falta de control por el juez con funciones de control de garantías no desvirtúa la situación de flagrancia, la cual existió y así lo aceptó el procesado.

Con la respuesta a cada uno de los cuestionamientos del señor Defensor en el recurso de apelación a la dosificación de la pena, se concluye que se deberá modificar la sentencia solamente para corregir el yerro de la fijación de la pena en el concurso de conductas punibles; en consecuencia, la pena a imponer será la siguiente:

A la pena de 135 meses de prisión, fijada por la primera instancia para el delito de hurto calificado y agravado, se le disminuye el 12.5% por aceptación de responsabilidad, que equivale a 16 meses y 26 días, para un total de 118 meses y 04 días; y se le disminuye la mitad, como lo consideró el *a quo*, conforme a lo previsto en el artículo 269 del C.P., lo que arroja un monto de 59 meses y 02 días de prisión.

Así mismo, a la pena de multa de un (01) salario mínimo legal mensual vigente para el delito de falsedad personal, se le hará el descuento del 12.5% por la aceptación de responsabilidad, para un total del 87.5% de un salario mínimo mensual legal vigente de multa.

Por tanto, la pena a la que se condenará al procesado será de: cincuenta y nueve (59) meses y dos (02) días de prisión por el delito de hurto calificado y multa en el equivalente al ochenta y siete punto cinco por ciento (87.5%) de un salario mínimo mensual legal vigente por el delito de falsedad personal.



## *Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja*

### *Sala Penal*

#### **3.3.- De los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.**

La Defensa reclamó igualmente el otorgamiento de los subrogados, como consecuencia de la dosificación punitiva pretendida, a más de considerar que debía tenerse en cuenta las rebajas por circunstancias post delictuales para efectos de determinar los montos punitivos como requisitos para los beneficios y no aplicar la exclusión de los beneficios consagrada en la ley 1709 de 2014 por ser una norma que no estaba vigente para la fecha de los hechos.

##### **3.3.1.- De la suspensión condicional de la ejecución de la pena.**

La suspensión condicional de la ejecución de la pena, es un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, que como su nombre lo indica, persigue suspender la ejecución de la sentencia condenatoria en lo atinente a la pena privativa de la libertad impuesta durante un periodo de tiempo previamente establecido y a manera de prueba, en busca de prevenir la criminalidad y sustraer del ambiente carcelario a infractores que incurran en comportamientos delictivos de poca monta y penas cortas, de tal manera que su rehabilitación pueda cumplirse fuera del mundo de las prisiones, y es condicional porque el beneficiado está obligado a cumplir con ciertas exigencias de las cuales pende la extinción de la pena impuesta o la ejecución de la sentencia con la consiguiente revocación del beneficio.

En nuestra legislación penal, el mecanismo sustitutivo está previsto en el artículo 63 de la ley 599 de 2000, sin las modificaciones, en los siguientes términos:

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

## *Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal*

1.- *Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años.*

2.- *Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible 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 concurrentes con ésta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, se exigirá el cumplimiento.”*

La ley 890 de 2004 en su artículo 4, adicionó el inciso penúltimo al artículo 63 del C.P. señalando:

*“Su concesión estará supeditada al pago total de la multa.”*

Así mismo, el artículo 68 A del C.P., adicionado por la ley 1142 de 2007 en su artículo 32, excluyó de beneficios, entre otros, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, a quienes hayan sido condenados por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.

Por su parte, la ley 1709 de 2014, en su artículo 29, modificó el artículo 63 del C.P., con los siguientes requisitos para el subrogado:

*“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 2° 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*

## *Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal*

*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.”*

E igualmente dicha ley en su artículo 32 modificó el artículo 68 A, enlistando una serie de conductas punibles para las cuales se excluye, entre otros beneficios, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, incluyéndose allí el hurto calificado.

En ese tránsito legislativo, la norma vigente para la fecha de los hechos ocurridos el 19 de junio de 2013, es el artículo 63 del C.P. con la modificación de la ley 890 de 2004, y la adición del artículo 68 A con la ley 1142 de 2007; no siendo aplicable la ley 1709 de 2014, que consagra la exclusión del beneficio para el hurto calificado, porque esta norma no se encontraba vigente para la fecha de los hechos.

Se requiere entonces que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres años, que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena, quedando supeditado el subrogado al pago total de la multa, y que no haya sido condenado por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.

Teniendo en cuenta que a WILMER ENRIQUE MOJICA MARTÍNEZ se le impondrá la pena de 59 meses y 02 días de prisión y multa en el equivalente al 87.5% de un salario mínimo mensual legal vigente, no es procedente la suspensión condicional de la ejecución porque la pena privativa de la libertad excede de tres años, incluso excede de cuatro años que es el requisito previsto en la ley 1709 de 2014, que como se dijo, no se aplica por ser desfavorable por la exclusión allí prevista.

## *Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja*

### *Sala Penal*

En consecuencia, no habrá lugar a modificación alguna de la sentencia apelada por la negación del subrogado.

#### 3.3.2.- De la prisión domiciliaria.

La privación de la libertad por fuera del establecimiento penitenciario o carcelario, es decir, no intramuros, es una institución relativamente nueva en nuestra legislación penal como medida de política criminal.

En el código penal ley 599 de 2000 en su artículo 38, por primera vez se reguló como sustituto de la pena, no de la medida de aseguramiento, siempre y cuando el desempeño personal, laboral, familiar o social permita al juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y no evadirá el cumplimiento de la pena, a más de que la pena mínima prevista en la ley sea de cinco años de prisión o menos, norma que sufrió algunas modificaciones con las leyes 1142 de 2007 y 1153 de 2011 sobre el control e información del sustituto en su otorgamiento y cumplimiento.

Y la ley 1709 de enero 20 de 2014, modificó y adicionó el C.P. ley 599 de 2000 en cuanto a la regulación del mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria; en su artículo 22 modificó el artículo 38 de dicho estatuto, reiterando el concepto de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, que consiste en la privación de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el juez determine, pudiendo ser solicitada por el condenado independientemente de que se encuentre con orden de captura o privado de la libertad, salvo cuando la persona haya evadido voluntariamente la acción de la justicia; y en el artículo 23 la citada ley, adicionó el artículo 38 B, especificando los requisitos para el sustituto; en el artículo 24 adicionó el artículo 38 C, sobre el control del beneficio, el artículo 25 adicionó el artículo 38 D sobre la ejecución del mismo; el artículo 26 adicionó el artículo 38 E sobre la redención de la pena durante el disfrute del sustituto; el artículo 27 adicionó el artículo 38 F sobre el pago del mecanismo de vigilancia electrónica; y el artículo 28 adicionó el artículo 38 G

## *Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja* *Sala Penal*

sobre la procedencia del sustituto cuando el condenado ha cumplido la mitad de la condena.

Los requisitos del mecanismo sustitutivo se concretan en una norma más favorable, al ampliarlo a los condenados por conductas punibles cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos, quedando excluido el sustituto conforme el artículo 68 A, que igualmente fue modificado por la ley 1709 del 20 de enero de 2014 en su artículo 32, para quienes hayan sido condenados por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores, como también lo señalaba el artículo 32 de la ley 1142 de 2007, y también excluidos del beneficio los condenados por los delitos previstos en el inciso segundo de dicha norma, donde se enlista entre otros, el delito de hurto calificado, exigiéndose igualmente para la procedencia del sustituto que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado, y el otorgamiento de la caución como garantía del cumplimiento de las obligaciones que allí se señalan.

El legislador con la ley 750 de 2002 por otro lado, quiso brindar un trato político criminal más benigno a las madres cabeza de familia, al facilitarles el acceso al sustituto de prisión por prisión domiciliaria, normatividad que exige en primer término el estudio del desempeño personal, laboral, familiar o social, para determinar que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, que se trate de procesados por delitos que no se hallen dentro de los contemplados en el Art. 1 de esa ley, de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada, e igual que no tenga antecedentes penales excepto por delitos culposos o políticos, y que se garantice mediante caución las obligaciones de que trata la norma en cita.

Así mismo, se le extendió tal beneficio al padre cabeza de familia, pero igual bajo los mismos supuestos de la ley 750 de 2002, por lo que la Corte Constitucional en sentencia C-184 de 2003, precisó que tal sustituto era en protección del interés superior del hijo menor o del hijo impedido; concluyendo que solo es posible tal norma a favor de los menores que hacen

## *Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja* *Sala Penal*

parte de un núcleo familiar que depende de su padre, cuando este es privado de la libertad y aquellos quedan en la misma condición de abandono en que se encontrarían los hijos de la mujer cabeza de familia condenada a prisión, esto en el entendido en que los menores dependen, no económicamente del padre, sino en su salud y cuidado.

Con la Ley 906 de 2004, nuevo código de procedimiento penal con tendencia acusatoria, previo igualmente en el artículo 314 la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario por la del lugar de la residencia, norma que fue modificada por el artículo 27 de la ley 1142 de 2007; y también en el artículo 461 de la ley 906 de 2004 se facultó a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad sustituir la ejecución de la pena, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva<sup>16</sup>.

En el presente caso, no es de recibo el reclamo del Defensor para que se tenga en cuenta la pena fijada en la condena con las rebajas por circunstancias post delictuales para efectos de determinar el monto como requisito para el beneficio, porque contrario a la suspensión de la ejecución de la pena que el límite de pena que exige para su procedencia es el impuesto en la sentencia, para la prisión domiciliaria el límite punitivo requerido es el que haya previsto el legislador como mínimo para la conducta punible por la cual se emite la condena, mandato de obligatorio cumplimiento, actuar diferente sería ilegal.

Y para la pena mínima prevista para la conducta punible para la procedencia del sustituto de la prisión domiciliaria, se refiere a la realización de la conducta ilícita, con los amplificadores del tipo, con las circunstancias que agravan o atenúan la punibilidad, con todos los factores que modifican los extremos punitivos y que en realidad guarden relación directa con la conducta ilícita por la que se condena, es decir, las circunstancias concomitantes al delito, no a las post delictuales.

---

<sup>16</sup> La Corte Constitucional, al estudiar estas normas, se pronunció sobre los requisitos para conceder la detención domiciliaria al padre o madre cabeza de familia, la naturaleza y alcance de la medida, en las sentencias C-154 del 7 de marzo de 2007, C-318 de abril 9 de 2008, C-425 de abril 30 de 2008, y C-904 de septiembre 17 de 2008.

## *Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal*

Sobre el tema ha sido reiterativa la jurisprudencia, en los siguientes términos:

*“El tema relacionado con el alcance de la expresión “conducta punible” que trae el artículo 38 del Código Penal en su numeral primero, al fijar el condicionamiento objetivo para la procedencia de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramuros o carcelaria, ha sido objeto de estudio por parte de la Sala en varias decisiones, entre ellas en casaciones de 11 de febrero de 2004 , con ponencia de la Magistrada Marina Pulido de Barón (rad.20945); de 15 de septiembre de 2004 y 13 de abril de 2005, con ponencia de quien hoy cumple igual labor (rad.19948 y 21734), y en sentencia de única instancia de 29 de junio de 2005, con ponencia del Magistrado Alvaro Orlando Pérez Pinzón (rad.19093), además de la citada por el Ministerio Público en su concepto.*

*Las conclusiones a las que llegó la Corte en estas decisiones, son en síntesis las siguientes: (1) que la sanción a tener en cuenta no es la aplicable al procesado en el caso concreto, sino la prevista de manera abstracta para la conducta punible en el tipo penal respectivo; (2) que por conducta punible debe entenderse el comportamiento típico con las circunstancias genéricas y específicas que lo califican o privilegian, y que modifican los extremos punitivos establecidos en la norma; y (3) que las circunstancias que sean tenidas en cuenta para incrementar la pena, deben haber sido imputadas en la resolución de acusación.*

*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,*

## *Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal*

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 concurrencia 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.*

*En síntesis, por conducta punible para efectos de lo dispuesto en el artículo 38 numeral 1° del Código Penal, ha de entenderse la conducta propiamente dicha, con las circunstancias modales, temporales o espaciales que la califican o privilegian, o que de alguna manera los especifican, cuya concurrencia tiene la virtualidad de incidir en el ámbito de movilidad punitivo previsto por el legislador, en cuanto determina la variación de sus extremos mínimo y máximo, como ocurre con los dispositivos amplificadores del tipo, la atenuante de la ira o intenso dolor, y demás hipótesis relacionadas a manera de ejemplo.”<sup>17</sup>*

En el caso de estudio, el sustituto debe ser analizado conforme al artículo 38 del C.P., modificado por las leyes 1142 de 2007 y 1153 de 2011, normas vigente para la fecha de los hechos - 19 de junio de 2013 -, las que exigen un requisito objetivo y es que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos, y un requisito subjetivo referente a que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena, y que no haya sido condenado por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco años anteriores; asistiéndole razón al Defensor en la no aplicación de la ley 1709 de 2014, por excluir el sustituto para el delito de hurto calificado por el que se condena al

---

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 31 de agosto de 2005, rad. 21720, M.P. Mauro Solarte Portilla. Tesis que ha sido reiterada hasta la actualidad, entre otros, en la sentencia del 1 de junio de 2016, rad. 46101, M.P. Eyder Patiño Cabrera.



*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja*  
*Sala Penal*

procesado, norma que no estaba vigente para la fecha de los hechos.

Como a WILMER ENRIQUE MOJICA MARTÍNEZ se le condena en calidad de autor del delito de hurto calificado y agravado en concurso con falsedad personal, la pena a tener en cuenta para estudiar la procedencia de la prisión domiciliaria en este caso es la privativa de la libertad en su monto mínimo previsto en la norma, artículos 240 y 241 del C.P., esto es, 108 meses de prisión, que equivale a nueve (9) años, por lo que no se actualiza la exigencia objetiva de cinco (5) años de prisión o menos.

Por lo anterior, tampoco es procedente modificar la sentencia apelada en cuanto a la negación del sustituto de la prisión domiciliaria.

Corolario, se modificará la sentencia de primera instancia en cuanto a la pena impuesta como principal, que será de cincuenta y nueve (59) meses y dos (02) días de prisión y multa en el equivalente al ochenta y siete punto cinco por ciento (87.5%) de un salario mínimo mensual legal vigente, confirmándose en los demás aspectos impugnados.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en su Sala Tercera de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO.- MODIFICAR** la sentencia proferida el dos (02) de junio de dos mil dieciséis (2016) por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Tunja con funciones de conocimiento, mediante la cual condenó a WILMER ENRIQUE MOJICA MARTÍNEZ como autor de los delitos de hurto calificado y agravado en concurso con falsedad personal, **en cuanto a la pena impuesta como principal**, la que se fija en cincuenta y nueve (59) meses y dos (02) días de prisión y multa en el equivalente al ochenta y siete punto cinco por ciento (87.5%) de un salario mínimo mensual legal vigente, y **CONFIRMARLA** en los demás aspectos impugnados; por las razones expuestas en la parte

*Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja*  
*Sala Penal*

motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.-** Contra esta sentencia procede el recurso extraordinario de casación. Oportunamente regresen las diligencias al Despacho de origen.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

**LUZ ÁNGELA MONCADA SUAREZ**

**Magistrada**

**JOSÉ ALBERTO PABÓN ORDÓÑEZ**

**Magistrado**

**CÁNDIDA ROSA ARAQUE DE NAVAS**

**Magistrada**

**PEDRO PABLO VELANDIA RAMÍREZ**

**Secretario**