PROCESO: 05-001-60-00248-2016-08456
DELITO: Estafa abuso de confianza
CONDENADO: Juan David Cruz Larrarte
PROCEDENCIA: Juzgado 36 Penal Municipal con funciones de conocimiento de Medellín
OBJETO: Apelación de sentencia Condenatoria.
DECISIÓN: Confirma
M. PONENTE: Luís Enrique Restrepo Méndez

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR
Medellin

SALA DE DECISION PENAL

Medellín, veintiséis (26) de febrero dos mil dieciocho (2018).
Proyecto aprobado mediante acta Nro. 020

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2017, por el Juzgado 36 Penal Municipal con funciones de conocimiento de Medellín, por medio de la cual se condenó a Juan David Cruz Larrarte como autor del concurso de punibles de estafa en la modalidad de delito masa con el delito de abuso de confianza.

I. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Se estableció en la actuación que Juan David Cruz Larrarte a comienzos de 2015 creó la empresa Administración de Inmuebles El Bosque S.A.S. cuyo objeto social estaba representado en la compra y venta de inmuebles así como la administración de otros en arrendamiento. En principio fungió como representante legal de la firma la madre del acusado, Norma Constanza Larrarte y luego su hermana María Camila Cruz Larrarte, no obstante lo cual todas las decisiones las adoptaba el acusado, con quien se entendían directamente la totalidad de clientes.

En ejercicio de esa actividad Juan David Cruz solicitó dineros a los clientes potenciales con la excusa de gestionar una póliza que garantizaría el cumplimiento de los contratos de arrendamiento, con la promesa de restituir esas sumas al finalizar el contrato, todo ello con pleno conocimiento de su intención de no retornarlos.

También recibió dineros a título de anticipos del valor de inmuebles que anunciaba como en venta sin estarlo.

También se apropiaba de parte de los cánones de arrendamiento que recibía y que correspondían al pago de la administración de cada uno de ellos, omitiendo el pago y generando mora a los propietarios de los inmuebles.

Celebraba contratos de administración de bienes que daba en arriendo sin que sus propietarios se enteraran con lo cual se apropiaba de los dineros que recibía por tal concepto.

Las víctimas vinieron a enterarse de lo sucedido hacia febrero de 2016 cuando trataron de reclamar a Cruz Larrarte y no dieron con su paradero.

Para octubre de 2016 Cruz Larrarte decidió crear otra empresa, esta de nombre Inversiones Crecer de Antioquia S.A.S. bajo el mismo modus operandi ya descrito. Luego, para diciembre 28 de 2016 cambia la razón social a Grupo Progreso de Antioquia S.A.S., titular de la agencia de arrendamientos Grupo Progreso Inmobiliario a través del cual continuó con su actividad ilícita, esta vez, usando como víctimas a ciudadanos venezolanos que querían alquilar inmuebles para vivir.

Las víctimas por las cuales se adelantó esta actuación fueron las siguientes:

1.**Carlos Arturo Escudero Montoya**, denunció el 19 de julio de 2016, fue despojado de $7.000.000, suma que entregó al acusado el 1 de febrero de ese año para asegurar la venta de un inmueble respecto del cual este no tenía autorización para ofrecerlo; 2. **Marta Luz Villada Gómez**, denunció el 25 de abril de 2016 y el monto de la estafa fue de $3.300.000, quien el 10 de diciembre de 2015 entregó un inmueble de su propiedad al acusado para que lo administrara, consecuencia de lo cual el bien fue alquilado sin que la propietaria recibiera los valores correspondientes a los cánones de arrendamiento; 3. **Javier Álvarez Álvarez**, denunció el 26 de abril de 2016 la estafa de que fue víctima por valor de $6.269.000 en la misma modalidad acabada de describir respecto de la víctima anterior, en desarrollo de contrato de administración suscrito con el acusado en diciembre de 2015; 4. **Adriana María Cárdenas González** denunció el 28 de abril de 2016 una estafa por valor de $760.000 en la misma modalidad anterior y consecuencia de contrato celebrado en noviembre de 2015;

5. Fabiola Pérez Castaño denunció el 11 de mayo de 2016 una estafa por valor de $4.000.000, ejecutada por el acusado quien le ofreció un bien en venta y le pidió un anticipo de $3.000.000 y luego uno de $2.000.000 de los cuales la víctima entregó 4 entre los días 20 de noviembre y 7 de diciembre de 2015; **6. José Arley Arcila Arcila** denunció el 23 de junio de 2016 la estafa de que fue víctima por valor de $7.560.000 dentro del contrato de administración de un inmueble de su propiedad celebrado 22 de febrero de 2016; **7. Neleyda María Guerra Barrientos** denunció el 19 de mayo de 2017 la estafa de que fue víctima por valor de $4.050.000, suma que entregó al acusado como condición para que se le entregara un inmueble en arriendo en razón a que no contaba con fiador sin que se haya cumplido con tal compromiso ni retornado el dinero; **8. Adriana Martínez Ramírez** denunció el 19 de mayo de 2017 la estafa de que fuera víctima por valor de $4.000.000 en la misma modalidad descrita antes y, **9. Claudia Isabel Ramírez Buitrago** quien denunció el 8 de junio de 2017 la estafa de que fuera víctima por valor de $4.658.000 en la misma modalidad descrita atrás.

El 17 de agosto de 2017 la fiscalía corrió traslado al indiciado del escrito de acusación en los términos de que trata el artículo 13 de la ley 1826 de 2017 que rige la presente actuación, como presunto autor de los punibles de estafa en modalidad delito masa en concurso con los punibles de abuso de confianza en concurso homogéneo y sucesivo en los términos de los artículos 246 en concordancia con el parágrafo del artículo 31 y el artículo 249 inciso segundo, todos del C.P.

La Fiscalía dejó constancia de haber realizado la audiencia de conciliación, que resultó fallida y se erige en condición de procedibilidad de la acción.

El imputado se allanó a los cargos. Aceptación que fue verificada en su legalidad por la funcionaria *a quo* que profirió en consecuencia el fallo de condena que se revisa, imponiéndole al sentenciado las penas de 49 meses de prisión, multa de 203 smlmv e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad, negó la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia y la prisión domiciliaria.

La defensa recurrió en apelación el fallo.

II. DECISIÓN OBJETO DE RECURSO

La *a quo* luego de destacar los elementos materiales probatorios que aportó la Fiscalía en respaldo de los hechos que representaron cada una de las conductas punibles imputadas, consideró respaldada la manifestación del acusado en el sentido de aceptar los cargos y por contera satisfechas las exigencias para proferir un fallo de condena en el caso concreto.

En relación con el monto de la pena a imponer empezó por considerar que la estafa se sancionaba con prisión que oscila entre 32 y 244 meses y multa entre 66.66 y 1.500 smlmv, guarismos que debían incrementarse en una tercera parte por tratarse de un delito masa, al tenor de lo ordenado en el parágrafo del artículo 31del C.P. circunstancia que dejaba los extremos punitivos en prisión de 42.6 a 192 meses y multa de 88.88 a 2000 smlmv. Luego de valorar todos y cada uno de los criterios orientadores de la dosificación punitiva concluyó que las penas por esta conducta serían 79 meses de prisión y 400 smlmv.

En relación con los punibles de abuso de confianza, advirtió que se sanciona con penas de prisión que oscila entre 16 y 36 meses y multa hasta de 15 smlmv. Luego de evaluar los criterios de dosificación de la pena decidió que la correspondiente a este asunto era de 19 meses de prisión y 4 smlmv de multa.

En aplicación de lo ordenado en el artículo 31 del C.P. impuso 98 meses de prisión y 404 smlmv de multa, guarismo al que aplicó la rebaja del 50% por allanamiento de que trata el artículo 16 de la ley 1826 de 2017, para una pena final de 49 meses de prisión y multa de 203 smlmv.

En relación con la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la negó por no cumplirse el favor objetivo en razón a que el monto de la impuesta supera los 4 años, pero además cuenta con antecedente penal reciente, de fecha 9 de octubre de 2017 y, finalmente porque sus antecedentes personales indican la necesidad de cumplir la pena de manera intramural, ello en razón a que se demostró que el acusado es un sujeto proclive al delito, que ejecutó reiteradamente este tipo de conductas , valiéndose incluso de sus consanguíneos a quienes asignó la responsabilidad de representar legalmente las empresas creadas con los fines protervos de estafar a las personas.

Finalmente, en cuanto a la prisión domiciliaria la negó por contar el acusado con antecedentes penales por delitos dolosos dentro de los 5 años anteriores. Así mismo entendió que no reunía la calidad de padre cabeza de familia.

III: DEL RECURSO

Contra dicha decisión, la defensa interpuso recurso de apelación, que sustentó mediante memorial con los siguientes argumentos:

Criticó que el *a quo* haya partido del máximo de la pena contenido en el cuarto mínimo justificando los criterios de dosificación punitiva con elementos que son propios del delito.

Además cuestionó la negativa de la prisión domiciliaria con fundamento en el inciso primero del artículo 68 A del C.P: desconociendo que el artículo 38 B hace referencia es al inciso segundo de aquella norma.

Critica la tipicidad de las conductas calificadas como estafa considerando que el juez se limitó enunciar lo expresado por la fiscalía y considerar que se estructuraba un mínimo de tipicidad para decidir imponer una pena. La juez dejó de hacer un análisis de los elementos del tipo, desconociendo la existencia de un negocio jurídico de carácter comercial entre ellos. Colige de su manifestación que el juez debió sancionar por el delito de abuso de confianza.

En relación con la negativa de la suspensión condicional de la pena y la prisión domiciliaria señaló que el juez al ubicarse en el máximo del primer cuarto de movilidad punitiva dio lugar a la no concesión del subrogado por el monto de la pena finalmente impuesta, pero a renglón seguido dice que el análisis personal permite el subrogado y por esa razón la prisión domiciliaria. Califica de equivocada la apreciación de la *a quo* sobre la existencia de un antecedente pues la sentencia impuesta a su prohijado en primera instancia no fue confirmada sino modificada en cuanto al monto de la pena impuesta.

Agregó que el *a quo* no puede negar la prisión domiciliaria con base en el inciso primero del artículo 68 A del C.P. porque el artículo 38 B remite es a su inciso segundo; el inciso primero no se aplica en este caso porque el acusado no está cumpliendo la pena en el presente proceso; y porque los antecedentes son un criterio objetivo susceptible de ser considerado al momento de valorar la necesidad de la pena, como en el caso de la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia y por eso no debe ser analizado en la imposición de la prisión domiciliaria. Según el censor el *a quo* confunde los términos imponer y sustituir.

Con fundamento en lo anterior solicita que la sentencia apelada se modifique imponiéndola por el delito de abuso de confianza, lo que redundaría en el monto de la pena y con ello haría procedente la sustitución de la ejecución de la sentencia o en su defecto la prisión domiciliaria.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. En primer término ha de manifestarse que esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004.

2. El primer problema jurídico planteado por el recurrente está dirigido a cuestionar la calificación jurídica que de algunas de las conductas realizó la Fiscalía como estafa pues en su opinión se trató de abusos de confianza. Esta pretensión, sin embargo, resulta inaceptable en esta sede procesal si se parte de la base que se está ante una terminación pronta del proceso por vía del allanamiento a los cargos, respecto del cual ningún reparo se postula por el interesado en punto del carácter voluntario e informado que detenta.

Expresado de diferente manera, si el acusado aceptó la imputación y lo hizo de manera voluntaria e informada como acontece en el *sub lite*, ya que nadie cuestiona esa realidad, quiere decir que estuvo de acuerdo con la calificación jurídica por la que optó la Fiscalía, lo que a su vez significa que aceptó ser condenado por esas conductas y no por otras.

En los precisos términos en que se analiza el asunto, queda claro para el Tribunal que el contenido de la impugnación no es más que una retractación velada de la aceptación de cargos por parte de su cliente, la que por disposición legal e interpretación jurisprudencial resulta improcedente en nuestro ordenamiento adjetivo. Sobre el punto la evolución jurisprudencial se ha presentado en los siguientes términos:

> *Contrario a lo expuesto por el recurrente, la Sala, desde la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, distinguió tres situaciones, (i) posibilidad de retractación del allanamiento unilateral a cargos, (ii) posibilidad de retractación de los acuerdos y, (iii) invalidación de los allanamientos o de los acuerdos por vicios del consentimiento o violación de garantías fundamentales.*
>
> *En el fallo de casación de 20 de octubre de 2005, dictado dentro del radicado No.24026, al referirse a la primera hipótesis, que es la que interesa descartar en este caso, la Sala fue radical en precisar que una vez aceptado por el juez de*

control de garantías el allanamiento unilateral a cargos, no procedía la retractación,

[…] Luego de que el juez de control de garantías acepta el allanamiento por encontrar que es voluntario, libre y espontáneo, ***no es posible retractarse de lo que se ha admitido*** *y el juez de conocimiento debe proceder a señalar la fecha y hora para dictar sentencia e individualizar la pena (artículos 131 y 294 de la Ley 906 de 2004). En consecuencia, es incompatible con el principio de lealtad, toda impugnación que busque deshacer los efectos del acuerdo o la aceptación de la responsabilidad".*

Esta postura fue reiterada en sentencia de 5 de octubre de 2006, frente a un caso similar al que ocupa la atención de la Sala, dentro de la casación 25248, y repetidamente refrendada en decisiones posteriores (CSJ AP, 3 de mayo de 2007, casación 27108; CSJ AP, 3 de octubre de 2007, casación 28253; CSJ AP, 27 de julio de 2011, casación 36609, entre otras), hasta el proferimiento de la sentencia de 30 de mayo de 2012, a la cual alude el casacionista.

En esta decisión, la Sala, con motivo de la reforma introducida por el artículo 69 de la Ley 1453 de 2011 al artículo 293 de la Ley 906 de 2004, varío por mayoría el criterio interpretativo acogido en el precedente de 20 de octubre de 2005, para precisar que la posibilidad de retractación de quien aceptaba unilateralmente los cargos en la audiencia de formulación de la imputación se extendía hasta antes de que el juez de conocimiento le impartiera aprobación (CSJ SP, 30 de mayo de 2012, casación 37668).

El 13 de febrero de 2013, es decir, pocos meses después, la Sala, sin embargo, rectificó esta postura, por considerar que no consultaba los postulados de la norma en su contexto, ni atendía las necesidades de justicia, para retomar la tesis inicial consistente en que cuando se aceptan unilateralmente cargos ante el juez de garantías o el juez de conocimiento, ya no es posible la retractación, y que su invalidación solo procede por vicios del consentimiento o violación de garantías fundamentales, criterio que es el que acoge la línea jurisprudencial actual (CSJ SP, 13 de febrero de 2013, casación 40053; CSJ AP6376, 22/10/2014, casación 43650; CSJ AP895-2015, 25/02/2015, casación 45333; CSJ, AP328-2016, 27/01/2016, casación 46975).[1]

En síntesis, cuando el nuevo defensor afirma que no debió condenarse por estafa sino por abuso de confianza, está exponiendo su particular y personal visión de las cosas, criterio a todas luces insuficiente en la intención de que se modifique por la Sala el acto de aceptación que, se insiste, estuvo revestido de todas las garantías que la Constitución y la ley demandan en este tipo de actuaciones, sin que el censor haya demostrado lo contrario.

Así las cosas, la juez falló en los términos en que lo aceptó el acusado, esto es, por los delitos por los cuales se le convocó a juicio penal, no por otros, de allí que este sea un tópico intangible para las partes por carecer de interés jurídico en postular su controversia.

[1] Auto del 27 de julio de 2016, radicado AP4834-16, 43.395

Ahora bien, y al margen de lo anterior, es claro que en casos de allanamientos, donde se omite la actividad probatoria del juicio, el ejercicio de valoración de los elementos materiales probatorios no es el mismo de este escenario procesal pues se parte de la aceptación que de su responsabilidad hace el acusado. En el *sub judice*, se estableció que el acusado se dio a la tarea de crear una empresa tras otra con el único fin de generar una puesta en escena adecuada para generar confianza en el público, es decir, no se limitó a actuar de forma personal sino al amparo de una compañía en apariencia legal y legítima, todo ello con el fin de atraer a sus víctimas con quienes ninguna intención tuvo de llevar a cabo las formas contractuales que dijo realizar, pues como quedó evidenciado, su única intención era la de sacar provecho económico ilícito de ellos. Esa puesta en escena del acusado fue la que desencadenó que los ciudadanos ofendidos aceptaran tener algún trato con él. La Sala se pregunta: si este comportamiento no se ajusta típicamente al de un estafador, reincidente por demás, no es claro cuál lo haría.

Así las cosas, primero, no se vislumbra un vicio de la voluntad en el acusado al momento de aceptar su responsabilidad, lo que hace improcedente, por falta de interés para recurrir, entrar a cuestionar la calificación jurídica imputada por la fiscalía, ello, además, por constituir una retractación improcedente; y, en segundo término, no asiste duda alguna al Tribunal respecto del acierto de la fiscalía al considerar que se trata de una estafa en su modalidad de delito masa.

La censura no prospera.

3. El censor postula como segundo problema jurídico que la *a quo* dejó de partir del mínimo luego de considerar equivocadamente circunstancias que son inherentes a la delincuencia que se imputó.

Sobre el particular la Sala no tiene duda alguna acerca de que en el presente asunto se cuenta con elementos que van más allá de los que son propios de la conducta y que soportan adecuadamente la decisión de la *a quo* de ubicarse en un monto de pena superior al mínimo legal. Entre estos elementos está precisamente el acudir a la creación sucesiva, justo después de que se ponía en evidencia su torcido proceder, de sociedades comerciales con el único fin de utilizarlas como herramientas para esquilmar patrimonios ajenos, lo que denota la personalidad proclive al delito, así como involucrar a sus consanguíneos como representantes legales de dichos entes comerciales, con lo cual los ponía en posición de responsables de sus acciones ante terceros, lo que a su vez refleja un grado de desconsideración hacia estos parientes que resulta reprochable; como si lo anterior no fuera

suficiente, se valió de la necesidad de las personas, varias de ellas extranjeras que huían de su país por la situación social y económica que se vive allí y que seguramente le entregaron recursos que se constituyen en sus reservas con la intención de asegurar un techo esperando no verse en circunstancias peores de las que ya vivían, proceder que desplegó sin consideración alguna a las consecuencias de sus actos, pues se limitaba a disfrutar de los excesos que le permitía contar con esas sumas de dinero. Estas, son tan solo algunas de las circunstancias que por sí solas justificaban tomar como base de pena la elegida por la *a quo*, y que sin discusión alguna van más allá de las que resultan propias del delito.

En el anterior orden de ideas ninguna censura merece el ejercicio de dosificación de la pena que realizó la primera instancia.

4. De la mano de lo anterior, ningún reparo admite la negativa de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, respecto de la cual el escrito de sustentación, dado lo disperso del discurso, no permite colegir si el censor está o no de acuerdo con esta decisión.

En efecto, es claro que la pena impuesta supera los 4 años de prisión que establece el numeral 1 del artículo 63 del Código Penal como límite para otorgar este subrogado, con lo cual la primera instancia se vio liberada de la obligación de evaluar la procedencia de los demás requisitos, en la medida en que todos se soportan en el primero de ellos relativo al monto de la pena efectivamente impuesta.

Es cierto, el numeral 2 de la norma en cita dispone que si el sentenciado no tiene antecedentes penales y no se trata de una conducta enlistada en el inciso segundo del artículo 68 A ibídem, basta con que satisfaga el requisito de la pena para otorgar el subrogado, es decir, basta la verificación objetiva de pena, antecedentes y delito para aplicar la norma.

Y, finalmente, el numeral 3 de la norma dispone que si existen antecedentes penales por delitos dolosos dentro de los 5 años anteriores el funcionario podrá conceder el subrogado previa valoración positiva de los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado que sugieran que no hay necesidad de cumplir la pena intramuralmente. Debe precisarse que la interpretación integral de la norma permite concluir que ese numeral tercero se aplica solo cuando la pena impuesta es inferior a los 4 años de prisión. Una interpretación en sentido contrario agrede la lógica pues se beneficiaría con el subrogado a quien además de contar con antecedentes penales es sancionado con pena mayor a 4 años,

en desmedro de quien sin antecedentes es sancionado también con pena mayor a ese guarismo. Itera la Sala es una interpretación inaceptable.

El anterior argumento pone de presente la necesidad de interpretar de manera sistemática los artículo 63 del C.P. que consagra el subrogado y los requisitos para acceder a él y el 68 A ibídem que consagra una serie de prohibiciones de reconocer dicho subrogado, de manera tal que la prohibición de que trata el inciso primero de la norma citada en segundo lugar, opera respecto de los casos que se sancionan con pena superior a los 4 años, pues, itera la Sala, si se trata de una pena menor, así el sentenciado tenga antecedentes penales dentro de los 5 años anteriores por delitos dolosos el sustituto podrá examinarse y concederse siempre y cuando la evaluación de sus antecedentes de todo orden así lo sugieran, esto, por disposición expresa de las norma que lo consagra.

5. Finalmente el censor postula un tercer problema jurídico que consiste en determinar si respecto de un sentenciado que posee antecedentes penales resulta procedente otorgar la prisión domiciliaria. El censor sostiene que no puede negarse ese sustituto, aunque para justificar su posición acude a una suerte de petición de principio pues dice que al negarlo con base en el inciso primero del artículo 68 A se desconoce el contenido del artículo 38b que se refiere al segundo inciso de la norma anteriormente citada. Ello sin exponer las premisas que sustentan su conclusión.

Al respecto lo primero que debe aclarar de una vez la Sala es que Cruz Larrarte cuenta con un antecedente penal proferido dentro de los 5 años anteriores, decisión en firme como consecuencia de la revisión que de la misma hizo este Tribunal en proveído de diciembre pasado; también es claro que esa condena se profirió por la comisión de conductas ejecutadas con anterioridad a las que se juzgan en el *sub examine*, ocurridos entre 2013 y 2015, sin que importe si el Tribunal modificó o no las penas a imponer, pues esa decisión no trastoca el sentido de lo resuelto. Así se responde el particular argumento de la defensa cuando afirma que la sentencia impuesta a su prohijado no fue confirmada por el Tribunal.

Ahora bien, en punto de las normas aplicables al sub examine, para la Sala no admite discusión que los artículos 38B[2] y 68A[3] del C.P. se ocupan de temas perfectamente

[2] ARTÍCULO 38B. REQUISITOS PARA CONCEDER LA PRISIÓN DOMICILIARIA. <Artículo adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:
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.

diferenciables, como son los requisitos para otorgar la prisión domiciliaria, el primero de ellos, y de las hipótesis en que está prohibido el reconocimiento de algunos subrogados y sustitutos, entre ellos la prisión domiciliaria, el segundo; esa cualidad de plena identidad e individualidad que detenta cada una de las normas obliga a concluir que su aplicación en manera alguna es excluyente si no existe una disposición expresa en ese sentido. En otros términos, sin una disposición que impida o module la aplicación de las normas, estas conservan su vigencia y autonomía cuando de los casos para los cuales están destinadas se trate.

Así las cosas, la referencia que hace el artículo 38B al inciso segundo del 68A no puede entenderse como una derogatoria de su inciso primero. Más claro, cuando el fallador va a examinar la procedencia de la prisión domiciliaria debe verificar que además de consolidarse los requisitos del artículo 38B no resulte aplicable ninguna de las prohibiciones de que trata el artículo 68A, incluida por supuesto la de su inciso primero. Así como debe verificarse que no se trate de uno de los delitos contenidos en el inciso segundo, debe procederse en el mismo sentido respecto de la existencia de antecedentes por

---

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.
4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:…

[3] ARTÍCULO 68A. EXCLUSIÓN DE LOS BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES. <Artículo modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.
<Inciso modificado por el artículo 4 de la Ley 1773 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión; homicidio agravado contemplado en el numeral 6 del artículo 104; lesiones causadas con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal.
Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.
PARÁGRAFO 1o. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el artículo 38G del presente Código.
PARÁGRAFO 2o. Lo dispuesto en el primer inciso del presente artículo no se aplicará respecto de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares sean indicativos de que no existe la posibilidad de la ejecución de la pena.

delitos dolosos dentro de los 5 años anteriores. Esta verificación resulta obligatoria para el juez así no lo dijera el artículo 38B.

Obsérvese que en relación con los antecedentes no hay una disposición o aparte del artículo 38B que module su exigencia como si ocurre en el 63 respecto de la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia, tal como se expusiera en aparte inmediatamente anterior de este proveído.

No es cierto lo que afirma el censor en el sentido de que el inciso primero del artículo 68A no se aplica en este caso porque el acusado no está cumpliendo la pena en el presente proceso, afirmación que nuevamente deja de ser explicada y por ello que da en un simple enunciado. Precisamente cuando el juez dicta sentencia en un proceso y se dispone a evaluar la procedencia de la prisión domiciliaria en ese caso concreto es que debe, ineludiblemente, verificar si alguna de las prohibiciones resulta aplicable.

En razón de lo hasta aquí discurrido la decisión será confirmada.

Por lo anterior la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución **CONFIRMA** la sentencia de fecha, origen y contenido indicados.

La presente decisión se notifica en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

CÚMPLASE.

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO

NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO