



NULIDAD DE LA ACTUACION – PRINCIPIO DE TIPICIDAD ESTRICTA .- Si bien puede aceptarse que hay falencias en sede de imputación de la conducta en la audiencia adelantada ante el señor Juez penal municipal, con funciones de control de garantías, por cuanto no hubo un concreto encuadramiento de la conducta por la cual se investigaba a C.G.G. y sólo se precisó la imputación fáctica, dejando la tipificación en su forma genérica, esto es, se le señaló como presunto responsable del delito de tráfico de moneda falsificada, dicha imprecisión fue subsanada, cree la Sala que en forma suficiente, cuando en el acta de preacuerdo, suscrita por el procesado y su defensor, la conducta que se le endilgó fue enmarcada dentro de los verbos rectores ADQUIRIR y RECIBIR, corrigiéndose así la falencia y quedando entonces suficientemente claro que la aceptación de responsabilidad era con base en esas dos conductas en particular, con lo cual queda sin piso la nulidad alegada

Delito	Trafico Moneda Falsificada
Procesado	Carlos Gutierrez Gutierrez
Radicado	050016000259201100068 (6394)
Procedencia	Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bello
Instancia	Segunda
Magistrado Ponente	Rafael M Delgado Ortiz
Decisión	Confirma la sentencia

SALA PENAL DE DECISIÓN

Sentencia Penal No. 039

Aprobado según acta 132

Medellín, veinticuatro de agosto de dos mil once

ASUNTO A TRATAR

Se decide el recurso de apelación presentado por el defensor, en contra de la sentencia dictada el pasado veinte (20) de junio de dos mil once, por la Jueza Tercera Penal del Circuito de Bello (Antioquia), con funciones de conocimiento, por medio de la cual condenó, anticipadamente, a **CARLOS GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ**, como autor material, del delito de tráfico de moneda falsificada, asignándole las penas de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, sanción accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena restrictiva de la libertad, negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustituto de la prisión domiciliaria.

ANTECEDENTES FÁCTICOS Y ACTUACIÓN

En desarrollo de una diligencia de allanamiento y registro¹, ordenada por la Fiscal 276 seccional, adscrita a la Unidad Nacional contra la moneda falsa, con sede en Bogotá D.C., agentes del CTI de la Fiscalía General de la Nación, ingresaron al inmueble ubicado en la carrera 67 número 59 A – 34, bloque 21, apartamento 406, barrio el Trapiche del municipio de Bello y en su interior, bajo una cama, en una de las habitaciones, hallaron ocho mil seiscientos treinta y dos (8.632) billetes de veinte dólares (US\$ 20) que, analizados por una perito en documentología y

¹ La orden reposa a folio 22 y fue expedida el 07.02.2011

grafología forense, resultaron ser falsos, por lo que la persona de sexo masculino que allí moraba fue privada de su libertad.

El retenido fue identificado como CARLOS GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ y junto con la moneda incautada fueron puestos a disposición de la Fiscalía General de la Nación.

La Fiscal 276 seccional, delegada ante los Jueces penales del circuito de Bogotá, deprecó la celebración de audiencias preliminares, evacuadas por el Juez treinta y cinco penal municipal, con funciones de control de garantías de esta ciudad, el pasado ocho de mayo de dos mil once y allí se legalizó la diligencia de allanamiento y registro y el procedimiento de captura, se formuló imputación en contra de CARLOS GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ como presunto responsable del delito de tráfico de moneda falsificada. Se le impuso medida de aseguramiento no privativa de la libertad.

El imputado, en ese escenario procesal, no se allanó a los cargos.

El tres de mayo de dos mil once, presentó la Fiscalía "**acta de preacuerdo**"² y correspondió por reparto su conocimiento a la señora Jueza Tercera penal del Circuito de Bello, funcionaria que en audiencias concentradas

² Folio 09

del veinte de junio, verificó y aprobó el acuerdo, agotó audiencia de individualización de pena y sentencia y dio lectura al fallo objeto de este recurso³.

En dicho acto procesal, el señor defensor interpuso recurso de apelación que, dentro del término de ley, fue sustentado⁴ por dos nuevos defensores a los cuales les fue otorgado poder por el procesado.

DE LA APELACIÓN

En extenso documento, suscrito por los profesionales del derecho, piden la nulidad de la actuación, apoyados en lo que a su juicio estiman es una ausencia de tipicidad de la conducta enrostrada a su cliente, y que por ende en la actuación se han violado las garantías fundamentales de GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ.

Como pretensión subsidiaria solicitan se revoque la negativa al otorgamiento del mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria al que, en su criterio, tiene derecho su patrocinado.

El voluminoso escrito de sustentación, en resumen, centra todo el disenso en considerar que la conducta del ahora condenado no se

³ Folio 82

⁴ Folios 86 a 117 Escrito presentado el 28.06.2011

enmarca dentro de ninguno de los verbos rectores alternativos que contempla el tipo penal del artículo 274 de la Ley 599 de 2.000, modificado por el artículo 1º de la Ley 777 de 2002, reseñando que la conducta que se le imputó no fue otra que a lo sumo la “tenencia” o “conservación” o “almacenaje” de lo incautado, no estando estas incluidas dentro del catálogo de verbos rectores del tipo penal en cita.

Como soporte se cita la sentencia de casación radicada bajo el número 26.531 de 2007.

Con dicho argumento, sostiene la parte recurrente, se afectó el principio de legalidad pues que al procesado se le imputó la conducta de tráfico de moneda falsificada sin que ese comportamiento fuera adecuado a ninguno de los verbos rectores contemplados en la norma penal sustantiva.

Critica la labor de verificación del preacuerdo efectuada por la funcionaria de primer grado y llama la atención sobre el respeto debido al principio de congruencia así como a la existencia de mínimos probatorios que respalden la imputación efectuada por la Fiscalía.

En relación con la negativa al otorgamiento de la prisión domiciliaria se aparta de las consideraciones efectuadas por la falladora de primer grado

y llama la atención sobre una nueva línea jurisprudencial emanada de la Sala de casación penal de la H. Corte Suprema de Justicia en relación con este instituto jurídico y encuentra, por el contrario, que su cliente sí reúne los requisitos de Ley para que le sea reconocido dicho beneficio.

Hallando sustentada la apelación, concedió la a quo el recurso.

SE CONSIDERA PARA DECIDIR

Tiene competencia la Sala para conocer y desatar éste recurso de apelación, dado que la providencia atacada fue proferida por una Jueza penal del circuito adscrita funcionalmente a este distrito judicial, conforme lo prevé el artículo 34 numeral primero de la Ley 906 de 2.004.

Dos temas centrales ha propuesto el recurrente frente a la sentencia apelada: i) la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de formulación de imputación por desconocimiento del principio de tipicidad estricta, afectándose con ello garantías fundamentales del procesado y ii) el reconocimiento del sustituto de la prisión domiciliaria que fuera negado en primera instancia.

Conforme a la técnica del recurso interpuesto limitará la Sala el estudio del asunto a los mismos.

1.- DE LA NULIDAD POR DESCONOCIMIENTO DE LA TIPICIDAD ESTRICTA QUE AFECTA GARANTÍA FUNDAMENTAL DEL DEBIDO PROCESO

Frente a esta pretensión del recurrente debe manifestar la Sala lo siguiente:

En principio, no hay controversia por parte del apelante respecto a la efectiva ocurrencia del suceso que generó la aprehensión y posterior judicialización de CARLOS GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, esto es, que el día siete de mayo del presente año, unidades del Cuerpo Técnico de Policía Judicial de la Fiscalía General de la Nación, prevalidos de una orden de captura, válidamente expedida por la Fiscal 276 delegada seccional, con sede en Bogotá, realizaron un allanamiento y posterior registro de la residencia ubicada en la carrera 67 número 59 A – 34, bloque 21 apartamento 406, del barrio El trapiche del municipio de Bello y allí, en desarrollo de dicha diligencia, bajo una cama, fue encontrada una caja que, al ser revisada, mostró que en su interior se contenían ocho mil seiscientos treinta y dos (8.632) billetes de la denominación de veinte (20) dólares americanos, hecho éste que generó la captura –se afirmó que en situación de *flagrancia*- de CARLOS GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, morador de dicho inmueble. La condición de falsedad de dicha moneda se dio por el análisis que una experta en el área de lofoscopia realizó a los elementos incautados.

Y, ha de reconocer la Sala, que realmente en la diligencia de formulación de imputación, al momento de adecuar la conducta que se le achacaba a GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, la señora Fiscal a cargo del asunto no precisó el verbo rector –*de los alternativos que contempla la norma*- que en concreto se le endilgaba al imputado, afirmando que lo hacía por el delito de tráfico de moneda falsificada al haber sido hallado, previa orden de allanamiento de su morada, el alijo bajo una cama, hecho que por demás tiene un serio soporte demostrativo con la fijación de la escena del delito mediante fotografías que fueron aportadas por la Fiscalía al señor Juez de control de garantías y adosadas a la carpeta⁵.

Entonces, si bien el largo y ampuloso discurso del recurrente parece tener, en principio, asidero jurídico, como que en dicho acto procesal – *audiencia de formulación de imputación*- se presentó una falta de concreción en relación con la conducta cuyo despliegue se imputó a GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ y ello podría considerarse una irregularidad de orden sustancial que eventualmente llevaría a una afectación del debido proceso, al no precisarse el verbo rector conjugado por el imputado, tal imprecisión en este punto pierde cualquier relevancia y deja sin apoyo la argumentación del señor defensor pues que en el acta de

⁵ Ver folios 37 y siguientes.

preacuerdo⁶, en el numeral quinto de la misma, cuando se señalan “**los términos de la aceptación de culpabilidad**”, se precisa que los verbos rectores a que alude la acusación que allí se contienen son los de **ADQUIRIR y RECIBIR**, contemplados ciertamente en el tipo penal descrito en el artículo 274 inciso segundo del Código Penal.

En otras palabras, si bien puede aceptarse que hay falencias en sede de imputación de la conducta en la audiencia adelantada ante el señor Juez treinta y cinco penal municipal, con funciones de control de garantías, por cuanto no hubo un concreto encuadramiento de la conducta por la cual se investigaba a CARLOS GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ y sólo se precisó la imputación fáctica, dejando la tipificación en su forma genérica, esto es, se le señaló como presunto responsable del delito de tráfico de moneda falsificada, dicha imprecisión fue subsanada, cree la Sala que en forma suficiente, cuando en el acta de preacuerdo, suscrita por el procesado y su defensor, la conducta que se le endilgó fue enmarcada dentro de los verbos rectores ADQUIRIR y RECIBIR, corrigiéndose así la falencia y quedando entonces suficientemente claro que la aceptación de responsabilidad era con base en esas dos conductas en particular.

⁶ Folio 9 Acuerdo suscrito por la fiscal 276, CARLOS GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ y el abogado HECTOR ESTRADA ÁLVAREZ como defensor.

Conoce la Sala suficientemente la providencia⁷ que ha traído la defensa como soporte nodal de sus tesis pero, no se olvide que en aquel caso en particular la Sala de casación penal de la H. Corte Suprema de Justicia, casó la sentencia y absolvió al procesado por cuanto en la audiencia de formulación de acusación los hechos fueron encuadrados dentro de un verbo rector “portar” que la norma –*artículo 274 de la ley 599 de 2.000*- no contempla dentro del abanico de conductas alternativas y la crítica central se dio porque el juzgador pretendió dar por sentado que el procesado “**seguramente**” había recibido la moneda con el ánimo de ponerla en circulación, situación a todas luces diferente al caso que aquí analizamos pues, se itera, el propio imputado en el acta de preacuerdo, aceptó su responsabilidad penal por las conductas de **RECIBIR y ADQUIRIR** moneda falsificada, lo cual nos permite concluir que una situación irregular en la audiencia de formulación de imputación, fue corregida, en forma por demás oportuna, al interior del acta de preacuerdo, corrección que deja sin piso la pretendida nulidad alegada por el ahora defensor contractual.

Sin lugar a dudas, como bien lo reseña el escrito de apelación, dentro del derecho fundamental al debido proceso –*artículo 29 de la C. P.*- se inscribe el principio de tipicidad estricta y es deber de los funcionarios

⁷ Sentencia del 24.10.2007. Radicación 26531 M. P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS.

judiciales, tal y como lo enseña la jurisprudencia de la Sala de casación penal de la H. Corte Suprema de Justicia⁸, ejercer un control sobre el mismo pero, se repite, no empece que en principio en la audiencia de formulación de imputación, dada una imputación fáctica sumamente clara, la Fiscalía no aterrizó el encuadramiento típico en uno de los verbos rectores alternativos, en el acta de preacuerdo sí lo hizo y la misma fue suscrita por el procesado y su defensor por manera que no se puede entonces, por la vía de la nulidad, pretender desconocer ese acuerdo, suscrito libre, voluntaria y espontáneamente por GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ y su abogado.

Ni qué se diga de la afirmación que en uno de sus apartes esboza el recurrente sobre la no existencia de mínimos probatorios sobre la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado pues, fácilmente puede verse que la Policía Judicial deprecó la orden de allanamiento ante la información que tenían sobre un sujeto apodado "CALICHE", residente en el inmueble allanado, el cual pensaba movilizar una gran cantidad de dinero falso, lo cual motivó la orden de registro, con el hallazgo debajo de una cama, de la importante suma de dinero falsificado y, tampoco se acepta, como lo pretende el recurrente, que en este caso concreto no se pueda colegir, más allá de cualquier duda, que tal cantidad de billetes se tenían ocultos con el fin de ponerlos en el torrente monetario

⁸ Entre ellas la Sentencia del 05.12.2007 Radicación 25.724

pues que el accionar de las fuerzas del orden se dio justamente al obtenerse la información del pronto movimiento del dinero por parte de "CALICHE", apodo o mote con que usualmente se conoce en esta región del país a las personas llamadas CARLOS. Precisamente así se llama el acusado.

Algo va, para precisarle al señor defensor los alcances de la sentencia de la Sala de casación penal que esgrime como apoyo de su reclamo, de una captura en flagrancia con doce billetes de moneda colombiana falsa, al hallazgo de ocho mil seiscientos treinta y dos billetes de veinte dólares falsos cuidadosamente empacados y debajo de una cama y es que si bien tiene razón cuando afirma que dentro del catálogo de verbos rectores del tipo penal no se hallan las conductas de "*tenencia*", "*conservación*" y "*almacenaje*", dicho hallazgo, precedido de información veraz y que dio lugar a la orden de allanamiento sí permite colegir, concluir, que el destino de semejante cantidad de efectivo era el tráfico comercial.

Cree la Sala que con estas argumentaciones, se responde suficientemente a la primera petición de la defensa y a manera de conclusión sobre este punto podemos decir que no hay lugar a la declaratoria de nulidad de la actuación por violación al debido proceso o al derecho de defensa.

2.- ACERCA DEL SUSTITUTO DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA

En la sentencia de primera instancia, le fue negado a CARLOS GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ el sustituto de la prisión domiciliaria, pedido por la defensa, al no hallar establecido el requisito de orden subjetivo que comporta el artículo 38 de la Ley 599 de 2.000.

Depreca la defensa en su alegato, se reconozca a su cliente la “**detención domiciliaria**” trayendo como base de su tesis, reciente providencia de la Sala de casación de la H. Corte Suprema de Justicia, en la cual se varió la línea jurisprudencial que sobre el instituto de la prisión domiciliaria, que no detención, tenía esa corporación.

Debe llamarse primeramente la atención que la negativa a otorgar el subrogado fue con base en lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 599 de 2.000 y en el recurso se enfatiza en la calidad de padre de familia que tiene el condenado y nuevamente toma el censor sus tesis sobre la pretendida falta de adecuación típica, en una mezcla no muy comprensible de análisis para concluir que su patrocinado es acreedor al beneficio que le fuera negado.

Bajo el entendido que se están atacando los argumentos expuestos por la a quo para negar el sustituto, al no hallar satisfecho el requisito de orden

subjetivo, debe manifestar la Sala, en primer lugar, que en la sentencia apelada no hubo pronunciamiento sobre prisión domiciliaria como cabeza de familia del condenado, tema sobre el cual versa la providencia traída a cuento *-conocida suficientemente por los integrantes de esta sala de decisión-* razón por la cual los argumentos dados en aquella no son en principio aplicables al caso que aquí nos convoca.

Ahora bien, la negativa dada por la Juez de primer grado se basó en que la comisión del delito por el cual se emitió el fallo de condena tuvo su agotamiento precisamente al interior de la residencia de CARLOS GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ y en verdad que una realidad como ésta permite elaborar una conclusión ampliamente desfavorable pues que, si allí residía con su familia y ello no le sirvió de talanquera para que dedicara ese espacio a la realización de conducta contraria a la ley, el comportamiento social se ofrece deplorable y no permite concluir que no es peligro para la comunidad o que no evadirá el cumplimiento de la pena.

Puede ser, no hay por qué dudarlo, que CARLOS GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, sea un buen padre de familia, abnegado esposo, buen vecino y dedicar al menos parte de su tiempo a labores lícitas, pero ello no hace que desaparezca el hecho concreto de que en su hogar tenía la considerable cantidad de dinero falso cuyo fin, no hay que ser un oráculo para así afirmarlo, era ser ingresado al torrente

monetario, ya en este país, ya en el extranjero y es este preciso tópico el que lleva al Juez, y a la Sala, a realizar un juicio desfavorable, en sede de prisión domiciliaria, frente a GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ.

Atacar la sentencia en dicho aspecto con la afirmación de que la conducta que le fue deducida no fue adecuada típicamente es pretender que en este tema – *prisión domiciliaria*- se le dé razón sobre un punto ya elucidado y que comportó la no declaratoria de la nulidad pedida, usando un argumento que ya fue desechado por la Sala y que por tanto, se ofrece inocuo sobre la decisión que se pretende derruir.

En síntesis, para al Sala, el argumento de la señora Juez en primera instancia para negar el sustituto de la prisión domiciliaria es razonable y jurídico y las tesis expuestas por el recurrente para que la decisión apelada se revoque no presentan consistencia alguna por lo cual, el camino a seguir no es otro que confirmar, en este punto, la sentencia objeto de revisión.

En mérito de lo dicho, el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: NO DECRETAR LA NULIDAD

deprecada por los señores defensores dentro del presente proceso.

SEGUNDO: CONFIRMAR, en lo que fue objeto de apelación, la sentencia de primera instancia proferida el pasado veinte (20) de junio de dos mil once, por la Jueza Tercera Penal del Circuito de Bello, dentro del presente proceso adelantado en contra de **CARLOS GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ**, por las razones precedentes.

TERCERO: Contra la presente decisión procede el recurso de casación que debe ser interpuesto conforme lo señala el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

CUARTO: Quedan, partes e intervinientes, notificados en este estrado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ

Magistrado

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS

Magistrado