



SALA PENAL

Medellín, veinticuatro de mayo de dos mil veintidós.

Radicado: 05 001 60 00 206 2020 16552
Procesado: Daniel Estiven Alzate Ardila
Delito: Hurto calificado agravado
Asunto: Apelación de sentencia anticipada
(Proceso abreviado Ley 1826 de 2017)
Sentencia: Aprobada por acta 86 de la fecha
Decisión: Confirma
Lectura: Veintitrés de junio de dos mil veintidós

Magistrado Ponente
JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ

ASUNTO

Se resuelve la impugnación presentada por la defensa técnica de DANIEL ESTIVEN ALZATE ARDILA contra la sentencia anticipada que profirió el Juzgado Diecinueve Penal Municipal de Medellín con Función de Conocimiento el 6 de abril de 2022, por la cual lo condenó por Hurto calificado agravado, al tiempo que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria —como sustitutiva de la pena privativa de la libertad—.

1. HECHOS

De conformidad con el escrito de acusación, el tres de noviembre de 2020, aproximadamente a las 7:35 de la mañana en la Avenida Oriental con calle 49, barrio La Candelaria de esta ciudad, Arnolio Leudo Palacios intentó quitarle a Luis Fernando Cataño Córdoba su billetera —cuando este pretendía sacar dinero de la misma, en la vía pública— a lo cual se opuso la víctima forcejeando con él, quien lo increpó diciéndole “*entonces, está muy bravo*”, y lo empujó y tiró al piso, ante lo cual

el agredido finalmente entregó su billetera pero, además, el victimario intentó infructuosamente hurtarle un anillo de oro, y mientras todo ello ocurría DANIEL ESTIVEN ALZATE ARDILA actuaba como campanero —vigilaba para asegurar la consumación del ilícito— y luego recibió de su compañero Arnolio Leudo la billetera hurtada, y ambos emprendieron la huida, pero fueron interceptados por uniformados que lograron recuperar, en poder de ALZATE ARDILA, la billetera con los documentos personales del afectado, pero sin los \$260.000 que allí había.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

Ante el Juzgado Veintiocho Penal Municipal de Medellín con Función de Control de Garantías, el 4 de noviembre de 2020 se legalizó la captura de DANIEL ESTIVEN ALZATE ARDILA y su compinche, y se les corrió traslado del escrito de acusación —bajo el procedimiento especial abreviado—. La acusación se presentó por hurto calificado agravado (artículos 239, 240 inciso 2º —por la violencia sobre las personas— y 241 numeral 10 del CP —por haberse cometido por dos o más sujetos—) cargo al cual no se allanaron los acusados, a quienes se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva domiciliaria —la cual posteriormente se revocó a ALZATE ARDILA por haberse evadido—. El 5 de noviembre de 2020 se asignó el conocimiento del proceso al Juzgado Diecinueve Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Medellín.

Tras precluirse la investigación en el mencionado juzgado a Arnolio Leudo Palacios por muerte, el 28 de enero de 2022 se rompió la unidad procesal y se continuó el proceso contra DANIEL ESTIVEN ALZATE ARDILA, fijándose la audiencia concentrada para el 3 de marzo de 2022, pero antes del inicio de la diligencia el encausado aceptó los cargos, a pesar de habersele advertido que, de acuerdo con la actual jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, es necesario el reintegro de lo hurtado para la rebaja de pena por el allanamiento a cargos. Y una vez se determinó por la judicatura que se trató de un acto libre, consciente y voluntario, lo avaló. El mismo día se inició la audiencia de individualización de pena (artículo 447 del CPP), en la cual la fiscalía manifestó que el procesado carece de antecedentes penales y que no fue posible determinar su arraigo, dejando a criterio del juzgado la concesión de algún subrogado penal.

La representación de víctimas concretó que lo robado ascendió a \$260.000 y los perjuicios ocasionados a \$240.000, para un total de \$500.000.

Por su parte la defensa técnica solicitó imponer a DANIEL ESTIVEN la pena mínima establecida en la ley debido a que no tiene antecedentes penales, y reconocerle la rebaja prevista en el artículo 269 del CP —por reparación— en caso de efectuarse el pago de lo sustraído y la indemnización a la víctima, además del descuento punitivo correspondiente por la aceptación de cargos, y tener en cuenta el tiempo que ha estado privado de la libertad por razón de este proceso.

Debido a que el enjuiciado manifestó su voluntad de reintegrar lo hurtado e indemnizar a la víctima, antes de proferirse el fallo, se suspendió para tales efectos la diligencia de individualización de pena, y se retomó el 24 de marzo de 2022, cuando se determinó que efectivamente pagó a Luis Fernando Cataño Córdoba, \$500.000 como indemnización integral. Finalmente, el 6 de abril de 2022 se corrió traslado de la respectiva sentencia, la cual fue apelada por la defensa.

3. DECISIÓN IMPUGNADA

Consideró el juez de primera instancia que los elementos materiales probatorios allegados a la actuación, sumados a la aceptación de cargos por el procesado, demuestran los hechos delictivos y su responsabilidad penal en los mismos, señalando: *“(...) hay suficientes elementos probatorios que dan cuenta que efectivamente fue el señor DANIEL ESTIVEN ALZATE ARDILA, quien, en compañía de otro, tiró a la víctima al suelo para lograr apoderarse de una billetera y el dinero.”*

El juez de instancia impuso a DANIEL ESTIVEN la pena máxima establecida en el primer cuarto de movilidad para el hurto calificado agravado —de acuerdo con la circunstancia atenuante del artículo 268 del CP.(valer lo hurtado menos del equivalente a un smlm)— es decir 72 meses de prisión, al considerar la gravedad de la conducta, e hizo un descuento punitivo del 50% por la indemnización de perjuicios establecida en el artículo 269 del CP, y así llegó a una pena de 36 meses de prisión, a la que descontó otro 50% por la aceptación de cargos. Así, finalmente condenó a DANIEL ESTIVEN —como coautor de hurto calificado y agravado— a 18 meses de prisión y lo inhabilitó para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo igual al de la pena aflictiva. Asimismo, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria establecida en los artículos 38 y 38 B del CP por expresa prohibición legal, toda vez que el hurto

calificado se encuentra en el listado de conductas excluidas de subrogados o beneficios penales de acuerdo con el artículo 68 A del CP.

4. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Del confuso y contradictorio escrito de apelación se vislumbra que la defensa está inconforme con la negativa de la prisión domiciliaria —como sustitutivo de la prisión— y, además, pretende que se le conceda como padre cabeza de familia —lo cual no pidió al juez de primera instancia— aludiendo a que los antecedentes negativos del procesado, en los ámbitos personal, social y familiar, por sí solos no pueden ser causal para negar el beneficio. Luego, el apelante aludió al principio de favorabilidad y citó una providencia de la Sala Penal del Tribunal de Bogotá donde se concedió prisión domiciliaria, al parecer, por el factor subjetivo —carencia de antecedentes penales— y agregó que ALZATE ARDILA tiene arraigo social y familiar y que desde el 3 de noviembre hasta el 23 de diciembre de 2020 cumplió a cabalidad con la medida de detención preventiva domiciliaria que le impuso el Juzgado Veintiocho Penal del Circuito de Medellín con Función de Control de Garantías, parte de ella en Medellín y después en Bogotá a donde se desplazó por amenazas de muerte.

Señaló el recurrente que DANIEL ESTIVEN prácticamente cumplió la pena en el lugar donde se le concedió la detención preventiva domiciliaria por carecer de antecedentes penales. Y citando otras providencias de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, agregó textualmente que en ellas *“se apartaron de ese odioso 68 A y concedieron los beneficios por el factor subjetivo, dándoles la prisión domiciliaria”* (sic).

Aludió igualmente a la Sentencia T 388 de 2013 de la Corte Constitucional, en la cual se manifestó que el hacinamiento carcelario aumenta los riesgos de salud, las posibilidades de afecciones y contagios —en este caso de Covid 19—, con probabilidad de que no haya suficientes médicos para garantizar la atención requerida, mayor riesgo de conflictos violentos y menos capacidad de la guardia para evitarlos, entre otros factores que se agudizan con el mencionado hacinamiento.

Dijo igualmente: *“... se debe mirar el mecanismo más acorde dentro del estado social de derecho bajo esos estándares constitucionales y legales, como lo pueden*

ver mi defendido no registra antecedentes penales de que trata el artículo 248 de la Constitución Nacional, así mismo mi defendido es padre cabeza de hogar y está a cargo del menor Ángela Valeria Gloria Flórez de escasos 6 años de edad. De otro lado, mi defendido está a cargo de su señora madre Johana Ardila Henao, persona de la tercera edad, quien padece de cáncer el cual se allega historia clínica” (sic).

Finalmente solicitó conceder a DANIEL ESTIVEN la prisión domiciliaria—como sustitutiva de la prisión— de acuerdo con el artículo 38 B de la Ley 599 de 2000 y el principio de favorabilidad, en tanto carece de antecedentes penales, y añadió: *“así mismo, conforme a sentencia 41041 del magistrado Gustavo Enrique Malo, de la Corte Suprema de Justicia, se rebaje en un 75% la pena por indemnización integral ya que se logró antes de la audiencia de primera instancia la indemnización integral a la víctima” (sic).* Como sustento de la apelación allegó unos elementos materiales probatorios que no presentó en la audiencia de individualización de pena.

5. COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer de la presente impugnación según lo dispuesto en el artículo 34-1 del Código de P. Penal –Ley 906 de 2004– toda vez que la sentencia de primera instancia fue emitida por el Juzgado Diecinueve Penal Municipal de Medellín con Función de Conocimiento que hace parte de este distrito judicial.

6. CONSIDERACIONES

La Sala establecerá si acertó el juez *a quo* al negar a DANIEL ESTIVEN ALZATE ARDILA la prisión domiciliaria (artículos 38 y 38 B del CP) de conformidad con la prohibición establecida en el artículo 68A *ejusdem*, en relación con el punible de **hurto calificado** por el cual fue condenado, en cuyo caso se confirmará lo decidido, o si por el contrario se modificará el fallo, si se determina que procede conceder el mencionado beneficio únicamente con sustento en el factor subjetivo, habida cuenta de que el acusado carece de antecedentes penales y no representa un peligro para la sociedad, sumado al hacinamiento carcelario actual que no permite garantizar una digna reclusión, como lo pregona el apelante.

Considera el defensor que debe concederse a DANIEL ESTIVEN la prisión domiciliaria regulada en los artículos 38 y 38 B del CP porque carece de antecedentes penales, no representa un peligro para la sociedad y, además, la actual situación carcelaria no le garantiza sus derechos fundamentales, pretendiendo la inaplicación del artículo 68A del CP como, según el recurrente, lo ha hecho una sala de decisión penal de otro tribunal.

Señala el artículo 38B del CP —modificado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014— que para la procedencia de la prisión domiciliaria deben colmarse las siguientes exigencias:

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 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.
3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.

En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.

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

- a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;
- b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;
- c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;
- d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además, deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del INPEC para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Y en concordancia con lo anterior, el artículo 68A del CP—modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014 y por el artículo 6 de la Ley 1944 de 2018— dispone:

“No se concederán la suspensión condicional de la ejecución de la pena; **la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión**; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, **cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.**

Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaiga sobre los bienes

del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; **hurto calificado**,” entre otros. (Destacado no original)

Así las cosas, es claro que la carencia de antecedentes penales es solamente uno de los requisitos para acceder a la prisión domiciliaria, sin que la concurrencia de este imponga la inaplicación de la prohibición señalada en el artículo 68A del CP, que en este caso se presenta porque la condena proferida contra ALZATE ARDILA, en razón de esta causa penal, es por **hurto calificado** agravado, conducta que está excluida de los subrogados penales.

La Ley 1142 de 2007, además de incrementar la pena para el **hurto calificado** por el alto índice de perpetración de dicho punible, adicionó al original artículo 68 del CP el artículo 68A —inciso 1º— para que quienes tuvieran antecedentes penales cumplieran la sanción impuesta en reclusión, a fin de enfrentar la criminalidad con rigurosidad en el caso de los reincidentes en actividades delictivas, pero no se incluyó en esa disposición un listado taxativo de conductas punibles excluidas de beneficios judiciales, administrativos o subrogados penales, y fue en la Ley 1709 de 2014 que se hizo una enumeración de los delitos excepcionados de dichas prerrogativas —que se ha ido aumentando en diversas reformas legales—.

De tal suerte que, el legislador consideró insuficiente criterio para las mencionadas exclusiones la concurrencia de antecedentes penales y por ello enlistó ciertas conductas punibles frente a las cuales, a pesar de que el sujeto activo carece de antecedentes penales, tampoco es procedente conceder beneficios, pues el mencionado es solo uno de los requisitos establecidos para la procedencia de la prisión domiciliaria, mas no excluye el cumplimiento de los otros, toda vez que aunque ambas exigencias fueron creadas para enfrentar drásticamente la criminalidad, cada una tiene un origen diferente: la carencia de antecedentes para desestimar la reincidencia delictiva, y para persuadir de la comisión de los punibles de mayor impacto social, la exclusión del artículo 68A del CP.

De acuerdo con la exposición de motivos de la Ley 1709 de 2014 —mediante la cual se creó el listado de las conductas punibles exoneradas de beneficios y subrogados penales— esta tiene como finalidad la descongestión carcelaria y garantizar el fin resocializador de la pena, proporcionando condiciones dignas de reclusión a la población carcelaria, sin embargo, esa ley además propendía porque:

“(…) la política criminal, que tiene una relación directa con la política penitenciaria, debe ir acompañada de un uso racional de la cárcel, **sin que ello implique el abandono de la lucha fuerte y de la mano inteligente contra el crimen organizado y de más alta connotación en la afectación de los bienes jurídicos fundamentales de los asociados**”

“(…) presentaremos las insuficiencias de la Ley 65 de 1993 y la necesidad de su adecuación a las actuales condiciones que debe enfrentar el sistema carcelario y su fortalecimiento para, **por un lado, garantizar los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad y, por el otro, enfrentar con eficiencia y fortaleza todas las formas de criminalidad.** (...)”¹ (Destacado no original)

Bajo tal entendido el congreso, en su facultad de libre configuración y de cara a la política criminal para enfrentar drásticamente comportamientos delictivos de alto impacto social, enlistó de manera concreta ciertas conductas punibles frente a las cuales no procede el reconocimiento de algún beneficio judicial o administrativo, ni de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de prisión carcelaria, y con tal finalidad se hicieron sucesivas modificaciones al inicial artículo 68A —a través de los artículos 28 de la Ley 1453 de 2011, 13 de la Ley 1474 de 2011 y 32 de la Ley 1709 de 2014 y 4 de la Ley 1773 de 2016 y el artículo 6 de la Ley 1944 de 2018—.

Así que, el legislador consideró necesario que quienes cometan determinados punibles no sean beneficiados con los mecanismos sustitutivos de la prisión carcelaria, situación frente a la cual no hizo ninguna excepción por carencia de antecedentes o por buen comportamiento del sentenciado o por alguna otra condición especial o situación externa a este, sino que fue enfático en que quienes hayan cometido las conductas enlistadas en el artículo 68A del CP no pueden obtener los privilegios en comento, entre ellos la prisión domiciliaria, y frente a ello no cabe reproche alguno porque es una decisión legislativa ajustada a la norma superior, que el fallador no puede inaplicar, como lo pretende el apelante, sin justificación trascendente que así lo amerite, pues según el artículo 230 de la Constitución Política: *“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”*. Siendo pertinente resaltar que la Corte Constitucional al respecto ha señalado:

“(…) el legislador goza de un amplio margen de configuración normativa al momento de diseñar el proceso penal, y por ende, de conceder o negar determinados beneficios o subrogados penales. Lo anterior por cuanto no existen *cráterios objetivos* que le permitan al juez constitucional determinar qué comportamiento delictual merece un tratamiento punitivo, o incluso penitenciario, más severo que otro, decisión que, en un Estado Social y Democrático de Derecho, pertenece al legislador quien,

¹ Exposición de motivos proyecto de Ley 23 en el Senado y 256 de 2013 en la Cámara (Ley 1709 de 2014), Gaceta 117 de 2013.

atendiendo a consideraciones ético-políticas y de oportunidad, determinará las penas a imponer y la manera de ejecutarlas. En efecto, el legislador puede establecer, merced a un amplio margen de configuración, sobre cuáles delitos permite qué tipo de beneficios penales y sobre cuáles no. Dentro de esos criterios, los más importantes son: (i) el análisis de la gravedad del delito y (ii) la naturaleza propia del diseño de las políticas criminales, cuyo sentido incluye razones políticas de las cuales no puede apropiarse el juez constitucional”² (Destacado no original).

Luego, entonces, es claro que el legislador limitó el poder discrecional del juez en lo atinente al otorgamiento de la prisión domiciliaria, puesto que además de los requisitos exigidos en el artículo 38B del CP para el acceso a la misma, relacionó una serie de delitos que quedan excluidos de su otorgamiento, entre ellos **hurto calificado**, por lo que no es dable a los jueces contrariar la disposición del poder legislativo, máxime cuando no atenta contra postulados constitucionales, que hicieran inaplicable la prohibición establecida en el artículo 68A del CP, y tal disposición normativa no ha sido declarada inexecutable, por lo cual se impone su efectivo cumplimiento.

De otro lado es importante señalar que aunque el apelante pretende que se le reconozca a DANIEL ESTIVEN ALZATE ARDILA la prisión domiciliaria, como padre cabeza de familia, y allegó documentación para tal fin, se evidencia que el juez de primera instancia no resolvió pretensión al respecto porque no fue solicitada por la defensa en la audiencia de individualización de pena, por lo tanto ello no puede ser objeto de pronunciamiento de fondo, toda vez que la apelación debe limitarse a los aspectos decididos por la primera instancia y que fueron objetados, *so pena* de vulnerar el debido proceso y la doble instancia al emitirse por primera vez en esta etapa procesal una decisión frente a la cual no cabrían los recursos ordinarios. Igual suerte corre la pretensión de reconocer en favor del procesado una rebaja punitiva del 75% de acuerdo con el artículo 269 del CP, pues frente a este tópico el apelante se limitó a manifestar que se reconozca el precitado descuento con sustento en una providencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sin argumentación alguna al respecto, de ahí que tampoco se hará pronunciamiento en torno a ese asunto. Por lo tanto, no proceden las pretensiones del recurrente y en consecuencia se confirmará la sentencia de primera instancia, en cuanto fue objeto de apelación.

² Corte Constitucional. Sentencia C 073 de 2010 MP. Humberto Antonio Sierra Porto

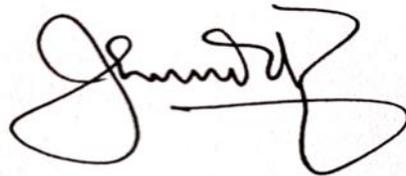
En mérito de lo expuesto la Sala Once de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO CONFIRMAR, en cuanto fue objeto de apelación, la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Penal Municipal de Medellín con Función de Conocimiento el 6 de abril de 2022 contra DANIEL ESTIVEN ALZATE ARDILA.

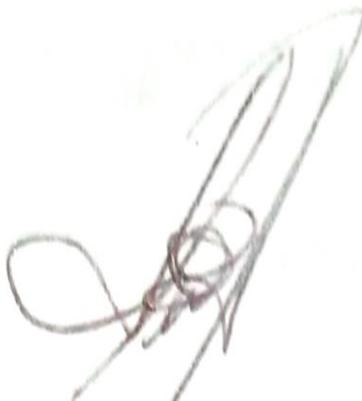
SEGUNDO Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación.

Notifíquese y cúmplase



JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ

Magistrado



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

Magistrado



LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ

Magistrado