

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA PENAL

Magistrado Ponente:	RAMIRO RIAÑO RIAÑO
Radicación:	110016000013202001949 01
Procesado:	Cristian Camilo Ortiz Niño
Delito:	Hurto calificado tentado
Procedencia:	Juzgado 8º Penal del Municipal
Motivo:	Sentencia condenatoria
Decisión:	Confirmar

Aprobado mediante acta N° 015 de 2021

Bogotá, D.C., nueve (9) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

1. MOTIVO DE LA DECISIÓN

Resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor contra la sentencia anticipada proferida el 14 de diciembre de 2020, mediante la cual el Juez Octavo Penal Municipal de Conocimiento de Bogotá condenó a **Cristian Camilo Ortiz Niño** como autor del delito de hurto calificado tentado.

2. SITUACIÓN FÁCTICA

Sobre las 22:50 del 19 de marzo de 2020, en la calle 3 N° 38ª - 05 de esta ciudad, **Cristian Camilo Ortiz Niño** ingresó a las instalaciones del Colegio Luis Concha Córdoba, en donde se apoderó de cuatro computadores portátiles marca *Lenovo*, avaluados en \$3.200.000., causando daños en el lugar por valor de \$1.500.000.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

3.1 El 21 de marzo de 2020, bajo la égida del procedimiento especial abreviado, la Fiscalía adelantó el traslado del escrito de acusación a **Cristian Camilo Ortiz Niño** por el delito de hurto calificado tentado, de conformidad con los artículos 239 y 240 numeral 1 del C.P.¹

3.2 En esa misma fecha, el fiscal ordenó la libertad del procesado capturado en flagrancia², radicó el escrito de acusación sin allanamiento³ y se abstuvo de solicitar medida de aseguramiento. El documento correspondió por reparto al Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá, autoridad judicial que celebró audiencia concentrada el 22 de julio de 2020⁴.

3.3 El juicio oral inició el 15 de septiembre de 2020, sin presencia del acusado⁵. El 9 de noviembre de 2020, a petición de la defensa, el juez decretó la nulidad de lo actuado a partir del inicio del juicio oral, en atención a que el procesado no pudo asistir, a pesar de su intención de hacerlo, por razones de fuerza mayor. La decisión quedó en ese momento, toda vez que contra ella no se interpuso recurso alguno⁶.

En esa misma oportunidad, el fiscal presentó un preacuerdo en virtud del cual el encartado aceptó el cargo formulado en el escrito de acusación, a cambio de que se le imponga la pena correspondiente a la modalidad tentada de aquella conducta. Verificada la legalidad del acuerdo, el juez le impartió aprobación y corrió a las partes el traslado estipulado en el artículo 447 del C.P.P., el cual se terminó el 25 de noviembre de 2020⁷.

¹ Ver folios 6 a 9 *idem*.

² Ver folio 23 *idem*.

³ Ver folio 13 *idem*.

⁴ Ver folios 11 a 14 *idem*.

⁵ Ver folio 19 *idem*.

⁶ Ver folio 41 *idem*.

⁷ Ver folio 43 *idem*.

3.4 Del fallo, se corrió traslado a las partes el 14 de diciembre de 2020⁸ y contra la decisión la defensora interpuso el recurso de apelación que pasa a resolver la Sala.

4. DE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

4.1. El Juez Octavo Penal Municipal de Conocimiento de esta ciudad condenó a **Cristian Camilo Ortiz Niño** como autor del delito de hurto calificado tentado a la pena principal 18 meses de prisión, al tiempo que le impuso la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, al haber verificado que su aceptación de cargos se dio de manera libre, consciente y voluntaria y que existe prueba mínima para proferir dicha sentencia condenatoria.

Para tasar la sanción penal en tal monto, el juzgador partió por indicar los cuartos de punibilidad así:

cuarto inferior		primero cuarto medio		segundo cuarto medio		cuarto máximo	
36 meses	58.5 meses	58.5 meses	81 meses	81 meses	103.5 meses	103.5 meses	126 meses

A partir de tales cifras, de conformidad con lo reglado en el artículo 61 del C.P., se ubicó en el cuarto inferior y, una vez allí, fijó la sanción penal en el monto mínimo, es decir, 36 meses de prisión.

Además, a esa cantidad, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 269 del C.P., rebajó el 50%, con lo que la pena principal definitiva resultó ser de 18 meses de prisión.

4.2 Finalmente, negó al acusado la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, en observancia de la prohibición contenida en el artículo 68 A del C.P. Así mismo le negó la prisión domiciliaria en calidad de padre cabeza de familia, dado que su

⁸ Ver folios 45 a 55 *idem*.

hijo cuenta con el apoyo de la abuela, cuidado que, de cualquier manera, en ausencia de otros familiares, recaería en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. En consecuencia, ordenó que se librara la respectiva orden de captura.

5. DE LA APELACIÓN

5.1 Inconforme con la decisión, la defensora la apeló con el fin que se revoque parcialmente la sentencia condenatoria y, en su lugar, i) se conceda a su representado el máximo de la rebaja consagrada en el artículo 269 del C.P. y ii) se le otorgue la condena de ejecución condicional.

En tratándose de la rebaja por reparación, manifestó que aquella es un derecho del procesado, que no debe quedar a discrecionalidad del funcionario judicial ni de la víctima y que se encuentra responde a los postulados de la justicia premial y restaurativa, por lo que, al haberse reparado al agraviado, debió otorgarse la rebaja máxima contemplada en el artículo 269 del C.P.

Frente a la concesión del referido mecanismo sustitutivo, adujo que el juzgador no tuvo en cuenta que su prohijado no cuenta con antecedentes penales, que es una persona joven y que la víctima manifestó haber sido reparada y no presentó oposición alguna.

Adicionalmente, señaló que su solicitud de suspensión condicional de la ejecución de la pena se motivó en el cuidado que el encartado procura a su madre y no a su hijo, mujer aquella de la tercera edad que padece diabetes y ceguera y quien no cuenta con otro familiar que pueda velar por su bienestar.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 La Sala es competente para conocer y decidir el recurso de apelación, en virtud del numeral 1º del artículo 34 y el inciso final del

artículo 178 de la Ley 906 de 2004. Por consiguiente, pasará a resolver el asunto planteado por la recurrente, dentro del marco delimitado por el objeto de la impugnación.

6.2 Así, la Sala deberá determinar en primer lugar si el juez debió conceder al condenado la rebaja máxima contemplada en el artículo 269 del C.P.

En segundo orden, la Sala tendrá que establecer si resulta procedente otorgar al procesado la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria en calidad de padre cabeza de familia.

6.3 Fundamentos para resolver.

6.3.1 La rebaja por reparación contemplada en el artículo 269 del C.P.

Para atender el primer asunto, debe decirse que, al tenor del artículo 269 del Código Penal, para que proceda la rebaja de pena por reparación, el responsable del ilícito debe restituir el objeto material del delito o su valor e indemnizar los perjuicios ocasionados a la víctima, antes de dictarse sentencia de primera o única instancia; rebaja que, dicho sea de paso, no se encuentra dentro de los beneficios y descuentos excluidos por la Ley 1121 de 2006.⁹

En palabras de la Corte Suprema de Justicia, la rebaja del artículo 269 del C.P. procede cuando:

*“i) antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, ii) se hubiere restituido el objeto material del delito o –si ello no fuere posible- cancelado el valor del mismo y ii) se hubieren indemnizado los perjuicios causados.”.*¹⁰

Ese descuento, ha advertido la máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria, debe ser establecido por el juzgador de manera discrecional, en atención al interés mostrado por el acusado en cumplir pronta o

⁹ CSJ SP, 20 jun. 2018, rad. 50293.

¹⁰ CSJ SP, 21 feb. 2018, rad. 49176.

lejanamente, total o parcialmente, con los fines perseguidos por la disposición penal, que no son otros que velar por la reparación de los derechos vulnerados a las víctimas.¹¹

6.3.2. La exclusión de beneficios y subrogados penales contemplada en el artículo 68 A del C.P.

De acuerdo con el artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, *“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 (...) hurto calificado.”* (Destaca la Sala).

Como se ve, la norma referida no da lugar a interpretación alguna, pues indica de manera clara que no es posible conceder los mecanismos sustitutivos allí señalados cuando el procesado ha sido condenado por el delito de hurto calificado, entre otras conductas, lo que significa que aquella es una exclusión ineludible para el juzgador a la hora de decidir sobre la concesión de la condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria.

6.3.3. La prisión domiciliaria en calidad de padre cabeza de familia.

Quizás la única excepción a la exclusión atrás referida la constituye la posibilidad de conceder la prisión domiciliaria a quien acredita su calidad de padre o madre cabeza de familia, en los términos fijados legal y jurisprudencialmente.

Al respecto, sea lo primero advertir que el artículo 38 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 22 de la Ley 1709 de 2014, prevé que la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural

¹¹ CSJ SP, 10 dic. 2014, rad. 43959.

consistirá en la privación de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el juez determine.

Adicionalmente, el artículo 38 B *idem* exige como requisito para su concesión, entre otros, que la sentencia no se imponga por uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68 A del mismo código.

Sin embargo, en atención a la condición de madre o padre cabeza de familia es posible reconocer la prisión domiciliaria, cuando se dan los presupuestos objetivos y subjetivos consagrados en el artículo 1º de la Ley 750 de 2002, como lo son:

“Que el desempeño personal, laboral, familiar o social de la infractora permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente.

La presente ley no se aplicará a las autoras o partícipes de los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos.

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

Cuando sea el caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia.

Observar buena conducta en general y en particular respecto de las personas a cargo.

Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerida para ello.

Permitir la entrada a la residencia, a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y cumplir la reglamentación del INPEC.”

Empero, como es apenas lógico, para obtener la concesión de la prisión domiciliaria por ser madre o padre cabeza de familia debe acreditarse en primer lugar dicha calidad.

Sobre el asunto, impera precisar que, conforme lo señala el artículo 2º de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1232 de 2008, la condición de mujer cabeza de familia se predica de:

*“quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para **trabajar**, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”.*

Por eso mismo, de conformidad con lo indicado por la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 de 2007:

“En el evento en que el niño, niña o adolescente “esté al cuidado de otro familiar o que en virtud de sus condiciones particulares reciba el sustento de otra fuente o, incluso, habilitado por una edad propicia, se encuentre trabajando y provea lo necesario para su subsistencia, podrían considerarse como circunstancias exceptivas que darían lugar a impedir, según la valoración del juez, que se conceda el sustituto de la detención domiciliaria”.

Intelección que resulta aplicable a los casos en que la calidad de padre o madre cabeza de familia se alega con respecto a otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar.

6.4 El caso concreto.

Pues bien, con respecto a la rebaja contemplada en el artículo 269 del C.P., se tiene que, en el asunto bajo estudio se tiene que la conducta fue cometida el 19 de marzo de 2020. Así mismo, que para el 9 de noviembre de 2020 el procesado no había adelantado reparación alguna

en favor de la víctima¹² la cual llevó a cabo finalmente entre aquella fecha y el 25 de noviembre siguiente.

De acuerdo con lo anterior, la Sala estima adecuada la rebaja concedida por el *a quo*, en atención a que el procesado mostró interés en reparar a la víctima solo hacia el final de la actuación, de cara a la consecución de una reducción de la pena, sometiendo a la agraviada a una espera de aproximadamente 8 meses para ver resarcidos los perjuicios sufridos con ocasión de la conducta punible desplegada por el acusado. En consecuencia, se confirmará la providencia apelada a este respecto.

En segunda medida, en relación con la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como atrás se vio, es claro que la exclusión legal de tal mecanismo para quienes cometen el delito de hurto calificado es imperativa, por lo que resultan del todo impertinentes los argumentos de la recurrente con relación a la corta edad del acusado, su carencia de antecedentes penales y la indemnización de la víctima, de manera que, concluye la Sala, el juez de primer grado acertó al negar la condena de ejecución condicional. Por consiguiente, frente a tal asunto la también confirmará la sentencia impugnada.

Por último, aunque la censora reclamó la suspensión condicional de la ejecución de la pena con fundamento en la alegada condición de padre cabeza de familia del encartado, es claro, según se explicó en precedencia, que tal calidad, de acreditarse en debida forma, no habilita la concesión de dicho mecanismo sustitutivo sino de la prisión domiciliaria. De cualquier manera, como quiera que la recurrente atacó los argumentos en virtud de los cuales el *a quo* consideró que **Cristian Camilo Ortiz Niño** no es padre cabeza de familia, la Sala estudiará si en efecto se acreditó tal condición y si se cumplen con los presupuestos legales y jurisprudenciales para conceder al encartado la prisión domiciliaria en tal calidad.

¹² Ver récord 17:50 de la audiencia de sustentación de preacuerdo del 9 de noviembre de 2020

Al efecto, se tiene que, como lo adujo la apelante, la condición de padre cabeza de familia se fundó en el cuidado que, en forma exclusiva, procura **Cristian Camilo Ortiz Niño** para su madre e hijo. En sustento probatorio de tal hecho, la defensa aportó en primer lugar el registro civil de nacimiento del menor D.C.O.A., hijo del encartado y de Sindy Lorena Alfonso Nova¹³.

Así mismo, aportó declaración juramentada suscrita por Luz Stella Roa Doncel, quien afirmó por dicha vía ser amiga de la madre de **Cristian Camilo Ortiz Niño** y que este *“siempre ha estado pendiente de su mamá quien padece enfermedades”*¹⁴.

Igualmente, allegó “declaración extraproceso” en la que Ana Elisa Niño Ballesteros manifestó ser una mujer de 65 años, que padece diabetes, enfermedad que la obliga a utilizar inyecciones de insulina a razón de 4 dosis diarias, que dicho padecimiento le impide valerse por sí misma y que debe operarse los ojos, razones por las cuales su hijo **Cristian Camilo Ortiz Niño** se ha visto en la obligación de cubrir económicamente sus necesidades, en ausencia de otros familiares que puedan asistirle.¹⁵

Finalmente, arribó a la actuación una prescripción del medicamento “Insulina glargina” a nombre de Ana Elisa Niño Ballesteros.¹⁶

En ese estado de cosas, la Sala no encuentra que la defensora haya acreditado suficientemente la calidad de padre cabeza de familia de **Cristian Camilo Ortiz Niño**. Ello, en la medida en que, con respecto al menor D.C.O.A. nada se dijo sobre la madre, quien es la llamada a velar por su bienestar en ausencia del procesado, por lo que no se probó el requisito relativo a la ausencia permanente o deficiencia sustancial de otros miembros de su familia.

¹³ Ver folio 58 del cuaderno N° 1.

¹⁴ Ver folio 61 *idem*.

¹⁵ Ver folio 57 *idem*.

¹⁶ Ver folio 56 *idem*.

Por otra parte, en lo que respecta a la madre del encartado, si bien se aportaron algunos documentos que indican que padece de diabetes, no se probó en manera alguna que dicha enfermedad le provoque discapacidad o que sea un impedimento sustancial para procurar su propio sustento. Y es que la sola alegación de padecer diabetes y utilizar insulina no es suficiente para tener por cierto que su progenitora depende en forma exclusiva de **Cristian Camilo Ortiz Niño**, por manera que la Sala confirmará también la negativa de conceder la prisión domiciliaria.

Por supuesto, valga advertirlo, tal determinación no es óbice para que el encartado solicite al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, acreditando en debida forma el cumplimiento de sus presupuestos normativos y jurisprudenciales

Con todo lo anterior, al no encontrarse mérito en los reclamos de la apelante, la Sala confirmará la decisión recurrida en lo que fue objeto de impugnación.

Para terminar, como quiera que el *a quo* dispuso que se librara orden de captura en contra del procesado, sin que ello haya hasta ahora ocurrido, se dispondrá que la orden se libre por intermedio de la Secretaría de esta Corporación.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

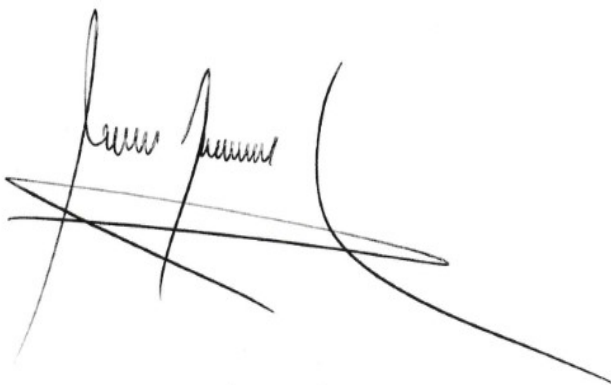
PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia apelada en lo que fue objeto de impugnación.

SEGUNDO. - ADVERTIR que contra esta providencia procede el recurso de casación en los términos de la Ley 906 de 2004.

TERCERO. - ORDENAR que, por Secretaría, se libre la respectiva **ORDEN DE CAPTURA**.

TERCERO. - DEVOLVER la actuación al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ramiro Riaño Riaño', with a large, sweeping horizontal stroke underneath.

RAMIRO RIAÑO RIAÑO
Magistrado

(APROBADO).
JULIÁN HERNANDO RODRÍGUEZ PINZÓN
Magistrado

(AUSENCIA JUSTIFICADA)
CARLOS HÉCTOR TAMAYO MEDINA
Magistrado