



*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto*

*Sala Penal*

**SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA Y PRISIÓN DOMICILIARIA - Presupuestos legales y jurisprudenciales.**

**PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Fundamentos y elementos que lo estructuran.**

**PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Parámetros de aplicación.**

**PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD – Análisis de su aplicación frente a un cambio de postura jurisprudencial.**

**PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD: ALCANCES CONFORME LA SENTENCIA C 225 DE 2019: Inaplicabilidad frente al caso en concreto.**

**PREACUERDO SIN BASE FACTUAL - El delito incluido en la imputación y en la acusación, será el que fije el derrotero para la concesión de subrogados y sustitutivos, más no el que se tiene como base del preacuerdo.**

**SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA Y PRISIÓN DOMICILIARIA – Improcedencia.**

(...) desentrañando el núcleo central de los argumentos expuestos por la defensa se verifica que conjuga en un solo planteamiento el principio de favorabilidad y la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, (...) encuentra la Sala que bajo ninguna de las dos connotaciones aludidas resulta viable la solicitud (...)

(...) En primer lugar, si se trata de aplicar los artículos 38 B y 63 del Código Penal en cuanto al requisito que encontró la primera instancia como limitante para conceder tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena como la prisión domiciliaria, se trata de un obstáculo de índole meramente objetivo que ha sido claramente establecido por el legislador, en lo que no se presentan interpretaciones diversas sobre las cuales pueda aducirse que hay una menos restrictiva que permita eludir la aplicación de tal condicionamiento cuando se establece la prohibición de conceder los aludidos beneficios para los casos en los que se involucre la comisión de un delito de hurto calificado (...)

(...) si tratamos de ir un poco más allá de lo explicado por la defensa y ensayando una probable hipótesis podría entenderse que se hace referencia a la interpretación que se ha dado a nivel de la jurisprudencia tanto constitucional como penal respecto de las consecuencias de los preacuerdos (...)

(...) Sin embargo, en este punto tampoco puede hacerse referencia a una diversidad de interpretaciones aplicables al caso, ya que para el momento en que se adelantó el preacuerdo y hasta la presente, se encuentra ya definida una línea jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia a partir de los radicados 52227 del 24 de junio de 2020 y 54039 del 19 de agosto de 2020, en los que se acoge algunos de los planteamientos del fallo SU 479 de 2019 de la Corte Constitucional. (...)

(...) Las anteriores orientaciones jurisprudenciales han tenido incidencia respecto de la aplicación de sustitutivos y subrogados penales cuya concesión depende en los acuerdos sin base factual del delito incluido en la imputación y en la acusación, y no de aquel que se utiliza para obtener netamente un beneficio punitivo, modalidad a la que pertenece la negociación adelantada por parte de la Fiscalía con el señor PDCB. (...)

(...) en segundo término, se analiza lo concerniente a la aplicación del principio de favorabilidad, según los lineamientos de la sentencia C 225 de 2019. (...) dicho principio permite la aplicación de normas legales, creadas por el aparato legislativo, sin importar que estas sean sustanciales o procesales, y que hayan surgido de manera posterior o anterior al hecho punible, para generar efectos de mayor favorabilidad al condenado. (...)



*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto*

*Sala Penal*

(...) partiendo del postulado principal otorgado por la Carta Política en su artículo 29 superior, se deben encontrar en cada caso tres aspectos los cuales deben concurrir para determinar si en una situación concreta es viable la aplicación de este principio y que procedemos a verificar.

*i) Sucesión o simultaneidad de dos o más leyes en el tiempo.* (...) para la fecha de los hechos esto es, el día 29 de octubre de 2020, se encontrada vigente en su plenitud la Ley 1826 de 2017, estableciendo un procedimiento especial abreviado para el tipo de casos que en esta oportunidad nos ocupa, razón por la cual no puede aducirse que resulten aplicables de manera simultánea dicha ley y la Ley 906 del 2004, tampoco se puede hacer referencia a una sucesión de leyes.

*ii) Regulación de un mismo supuesto de hecho, pero que conlleva consecuencias jurídicas distintas.* (...) Tampoco se encuentra cumplido este aspecto en la medida en que tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena como la prisión domiciliaria, establecen requisitos objetivos y subjetivos que se aplican por igual a casos tramitados con las reglas del procedimiento ordinario como el abreviado y las consecuencias son idénticas en la medida en que para ambos se debe verificar el cumplimiento del requisito exigido por el legislador respecto de la prohibición establecida para los delitos contenidos en el inciso 2º del artículo 68 A del Código Penal.

*iii) Permisibilidad de una disposición frente a la otra.* (...) No se encuentran disposiciones disímiles que permitan hacer una comparación para determinar que una de ellas resulta más permisiva que la otra, lo cual está ligado íntimamente con el anterior aspecto en el que ya se indicó que los requisitos normativos se aplican por igual tanto para el procedimiento ordinario como el abreviado. (...)

---

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**SALA DE DECISIÓN PENAL**

<b>Magistrada Ponente</b>	: Dra. Blanca Lidia Arellano Moreno
<b>Proceso</b>	: No. 520016000491-2020-01881-01
<b>N.I.</b>	: 34292
<b>Sentenciado</b>	: PDCB
<b>Conducta punible</b>	: Hurto calificado
<b>Aprobado</b>	: Acta No. 26 de 14 de julio de 2022

San Juan de Pasto, veintiuno (21) de julio de dos mil veintidós  
(2022).

**1. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto a través de apoderado judicial, a nombre de PDCB, contra la sentencia emitida por el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Pasto (Nariño), del veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), que



*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto*

*Sala Penal*

negó al precitado los mecanismos sustitutivos de suspensión condicional de la pena y de prisión domiciliaria.

## **2. ANTECEDENTES**

### **2.1. SUPUESTOS FÁCTICOS.**

Tomando como pilar los fácticos plasmados en la sentencia condenatoria, se tiene que estos tuvieron ocurrencia el día 29 de octubre de 2020, siendo las 9:00 horas, cuando WARE, transitaba por una de las calles del Barrio Santa Lucía de Pasto, y fue abordado por un sujeto que se movilizaba en una motocicleta, quien utilizando una navaja le hurtó su teléfono celular marca Huawei y un maletín, ante lo cual reaccionó inmediatamente, logrando derribarlo de la motocicleta y su aprehensión con ayuda de otros miembros de la comunidad, quienes procedieron a incinerar la motocicleta, para luego dejarlo a disposición de agentes del orden quienes al practicarle la correspondiente requisa, le encontraron los elementos que momentos antes le hurtara al señor WARE así como el arma que utilizó para llevar a cabo el delito de hurto; se le dieron a conocer los derechos del capturado y fue trasladado a la URI, para su judicialización. El valor de lo hurtado asciende a la suma de \$ 1.500.000 representados en un teléfono celular, y otros elementos.

La persona aprehendida se identificó con el nombre de PDCB.

## **3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE**

### **3.1. Trámite de legalización de captura y audiencia concentrada**



*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto*

*Sala Penal*

La actuación se adelantó bajo el procedimiento abreviado, iniciando con audiencia preliminar concentrada ante el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, que se efectuó el día 30 de octubre de 2020, diligencia dentro de la cual se legalizó la captura del aprehendido PDCB y la incautación de la motocicleta utilizada en el ilícito, decisión que fue objeto de apelación.

En cuanto al escrito de acusación se dejó constancia de que la Fiscalía corrió traslado de este al procesado y a la defensa, informando que se realizó por un punible de HURTO CALIFICADO consumado, a título de dolo y en grado de participación autor, de conformidad con los artículos 239 inciso 2° y 240 numeral 4° inciso 2° del C.P., dada la cuantía de lo hurtado y que se ejerció violencia contra la víctima, con una pena de 96 a 192 meses de prisión.

Respecto a la medida de aseguramiento si bien la Fiscalía requirió la intramural, la judicatura impuso medidas no privativas de la libertad según lo normado en el artículo 307 B de la Ley 906 de 2004, numerales 3 y 5, por lo cual el señor PDCB fue dejado en libertad previa suscripción del acta de obligaciones correspondiente.

El estudio de la apelación de la decisión adoptada sobre la legalización de la captura y la incautación de la motocicleta le correspondió al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pasto, que procedió a su revocatoria mediante providencia del 10 de marzo de 2021.

Para el trámite subsiguiente el asunto fue asignado al Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Pasto, despacho en el cual se convocó para el desarrollo de la audiencia concentrada para



*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto*

*Sala Penal*

el día trece (13) de enero de dos mil veintiuno (2021), fecha en la cual la defensa elevó petición para el aplazamiento de la misma, con el fin de entablar diálogo entre las partes y la víctima, y acordar la reparación integral de la última, así como determinar la posibilidad de un preacuerdo con el ente Fiscal. Sin oposición a la manifestación de la defensa, se reprogramó la audiencia.

**3.2. Audiencia de Verificación de Preacuerdo.**

Cumplido el cometido de las partes, una vez que son convocadas para llevar a cabo la audiencia concentrada a desarrollarse el veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021), se informa ante el juez de conocimiento de la realización de un preacuerdo, en el que efectivamente el señor PDCB acepta declararse responsable en calidad de autor material a título de dolo y por la conducta consumada de HURTO CALIFICADO, de conformidad con los artículos 239 inciso 2°, dado que el valor de lo hurtado no sobrepasa los diez salarios mínimos legales mensuales vigentes y 240 numeral 4°, inciso 2° del C. P., tomando en cuenta la violencia que se ejerció contra la víctima, con una pena de 96 a 192 meses de prisión, recibiendo a cambio y como único beneficio la eliminación de la circunstancia de calificación, negociación conforme con las previsiones del artículo 350 del Estatuto Procedimental Penal; por lo cual la pena se fija por el punible de HURTO SIMPLE conforme el inciso 2° del artículo 239 citado, para una pena de 16 a 36 meses de prisión, habiéndose preacordado dentro de dichos extremos punitivos una pena de VEINTIDÓS (22) MESES DE PRISIÓN, aquella que se ve disminuida por la reparación a la víctima, rebaja que se determinó en un 50%, (art. 269 C.P.), para una pena final de ONCE (11) MESES DE PRISIÓN, sin que se haya acordado otra clase de beneficios por la aceptación de responsabilidad.



*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto*

*Sala Penal*

Una vez se dieron a conocer las anteriores precisiones, y la verificación de su aceptación por parte del procesado, el Juzgado procedió a impartir legalidad al acto, dejando constancia de que la adecuación típica solo se realizó con fines punitivos y sin variar los presupuestos fácticos, resultando en una negociación acorde a los principios de legalidad y de reparación a las víctimas, sin concesiones desproporcionadas y con humanización de la pena.

Luego de lo anterior y a efectos de llevar a cabo la audiencia de individualización de pena dicho trámite fue aplazado por solicitud del abogado defensor, quien justificó su pedimento en el argumento de obtener una base factual, en los términos establecidos por la Sentencia SU-479 de 2019, para acceder a subrogados penales como garantía de su prohijado.

**3.3. Audiencia de individualización de pena**

Después de algunos aplazamientos de la audiencia, esta tuvo lugar el nueve (9) de agosto de dos mil veintiuno (2021), con ausencia del acusado. Inicialmente, se manifestó controversia por parte del abogado defensor, toda vez que solicitó un nuevo aplazamiento, en tanto que de acuerdo con las comunicaciones que llevó a cabo con su defendido, este le dio a conocer que cambiaría de abogado, situación que no fue informada al Juzgado.

No obstante, y ante la ausencia de información por parte del procesado, se adelantó el trámite, dando lugar para que las partes manifestaran cualquier hecho que demuestre las condiciones personales,



*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto*

*Sala Penal*

modo de vida o antecedentes de todo orden, para tratar temas no abordados en el preacuerdo, sin embargo, no se presentó ningún alegato al respecto.

**3.4. Audiencia de Lectura de Sentencia.**

Se realizó el veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021). Dentro de la audiencia se dejó constancia de las diversas citaciones realizadas por parte del Juzgado al acusado, vía telefónica y mediante notificación personal, todas ignoradas por aquel, asimismo, el abogado defensor manifestó que aun cuando contaba con el poder para actuar en el proceso, su defendido no cooperó en ningún momento, e incluso rechazó sus servicios; bajo ese entendido, la Jueza Primera Penal Municipal, entendió que se le notificó debidamente, además de que, al no habersele decretado medida de aseguramiento intracarcelaria, su comparecencia no resultaba como obligatoria, por ende, continuó la diligencia, al encontrarse las partes procesales necesarias.

**4. DECISIÓN IMPUGNADA.**

La Jueza de primera instancia, reseñó inicialmente los fácticos en los términos ya indicados, pasó luego a registrar los datos de identificación del procesado, la actuación procesal y los datos de la acusación contenida en el preacuerdo.

Enseguida adelantó el análisis y valoración probatoria, con base en lo cual contempló que, en el caso concreto, se probó más allá de toda duda razonable que el imputado actuó con conocimiento de la ilicitud de sus



*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto*

*Sala Penal*

actos, con voluntad en la realización del ilícito, y en pleno uso de sus facultades mentales, siendo improbable considerarle como inimputable.

La pena se impuso conforme a lo pactado en un monto de once (11) meses de prisión, más inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el mismo término.

Al pronunciarse sobre los subrogados penales, primariamente, sobre la suspensión condicional de la ejecución de la pena, procedió a verificar los requisitos plasmados en el artículo 63 del C.P., encontrando que se alcanza a cumplir el primero de ellos, al fijarse la pena de prisión en 11 meses, lo que implica que es menor a 4 años, en cuanto a la exigencia del numeral 2° se estableció la ausencia de antecedentes penales, más sin embargo no logra superar el condicionamiento estatuido respecto de que no se trate de uno de los delitos contenidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, ya que el delito por el cual se impone condena es el de hurto calificado.

Sobre lo último aclaró que si bien para efectos punitivos el preacuerdo fijó la pena con base en el artículo 239 del C.P. que tipifica el delito de hurto simple, acogiendo los pronunciamientos jurisprudenciales vertidos en sentencia de la Corte Suprema de Justicia con ponencia de la Magistrada Patricia Salazar Cuellar en radicado 52227 de junio 24 de 2020, el delito realmente cometido será el que fije el derrotero para la concesión de los beneficios relacionados con subrogados y sustitutivos, más no el que se tiene como base del preacuerdo para los mencionados efectos punitivos, de ahí que tomando en cuenta que el delito base por el que se procede es el de HURTO CALIFICADO, se tiene que el mismo se encuentra enlistado en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000,



*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto*

*Sala Penal*

respecto del cual no procede el beneficio en estudio ni la prisión domiciliaria.

Con las anteriores consideraciones, concluyó la jueza de primer nivel no conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria como sustitutiva de la intramural, de allí que deberá purgarla en el establecimiento que para el efecto señale el INPEC, procedió por lo tanto a librar la orden de captura correspondiente.

## **5. SUSTENTACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN**

El Dr. José Bolívar Ortiz Bolaños como defensor público apelante, inicia su exposición dando a conocer las dificultades presentadas para el cumplimiento de su misión, debido a la inconformidad de su prohijado y usuario del sistema de defensoría pública, quien adujo en un momento dado que contrataría los servicios de un abogado privado, sin que se cumpliera ese cometido, a la vez que posterior a la audiencia de verificación de preacuerdo, perdió todo contacto.

Luego de lo anterior procede a exponer los puntos de controversia respecto de la sentencia de primera instancia, enfocados en la negativa a conceder el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el acceso a la prisión domiciliaria.

Sobre el tema, sustentó que en el caso del señor CB, se configuran dos de los requisitos del artículo 63 del Código Penal, siendo estos, la pena menor a 4 años y la carencia de antecedentes penales.



*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto*

*Sala Penal*

Respecto al tercero, manifestó que, aun cuando se reconocen las excepciones legales, es dable aplicar el principio de favorabilidad, que permite realizar un análisis menos restrictivo de derechos fundamentales, conforme se desarrolla en la sentencia C 225 de 2019, para no imponer la medida carcelaria, en una situación donde la pena es temporalmente corta, y puede sobrellevarse de mejor manera con medidas alternativas como el subrogado de ejecución condicional de la pena o la prisión domiciliaria.

Agrega que para el caso en concreto no puede desconocerse el derecho fundamental a la libertad que se relaciona a la vez con el derecho a la movilidad y al trabajo, así como a la vida y la salud que se verían totalmente afectados cuando se impone a través de la sentencia la sanción máxima de restricción y afectación no solo estos derechos sino de los derechos humanos en general.

La medida menos restrictiva que se debe aplicar acorde al principio de favorabilidad es la de conceder la suspensión de la ejecución de la pena, teniendo en cuenta las circunstancias especiales del tipo penal sobre el cual se puede aplicar un trato benévolo, equitativo y justo, con fundamento en argumentos legales, jurisprudenciales y personales en aras también de aplicar principios de humanización de la justicia y la dignidad humana.

Finalmente se debe tener en cuenta la aplicación de la justicia premial que apareja beneficios a cambio de la colaboración que los sujetos activos de la conducta delictiva pueden ofrecer a los órganos jurisdiccionales así en el caso que nos ocupa se establece la colaboración



*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto*

*Sala Penal*

del señor C cuando resuelve aceptar cargos bajo la modalidad del preacuerdo y aspirando al mayor y mejor beneficio a cambio.

Igualmente, el procesado aceptó reparar a la víctima y no lo hizo en forma simbólica sino con dinero en efectivo de acuerdo con la valoración de perjuicios efectuada por un auxiliar de la justicia.

Y es importante tener en cuenta que el procesado no ostenta antecedentes penales lo cual lo convierte en un delincuente primario de segura y fácil rehabilitación, cumpliendo también con el requisito relacionado con el arraigo ya que reside en la ciudad de Pasto, en el barrio ... lo cual garantiza y asegura el cumplimiento de la pena impuesta y evita la evasión de la justicia.

## **6. LOS NO RECURRENTES**

Se dejó constancia de la debida notificación a los no recurrentes, corriéndoles traslado del escrito de apelación, no obstante, no existió pronunciamiento alguno sobre el mismo.

## **7. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **7.1. COMPETENCIA**

De conformidad con lo preceptuado en el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Sala para resolver el recurso de apelación formulado por la defensa, en contra de la Sentencia del 20 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Pasto con funciones de conocimiento.



*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto*

*Sala Penal*

## **7.2. PROBLEMA JURÍDICO.**

En aras de estudiar el recurso interpuesto, la Sala entrará a establecer si se cumplen con los presupuestos legales y jurisprudenciales necesarios para conceder los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de suspensión condicional de la pena y prisión domiciliaria, en favor de PDCB.

Para tal objeto, se analizará si es aplicable el principio de favorabilidad según los parámetros de la sentencia C 225 de 2019 que cita la defensa apelante.

## **7.3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y JURISPRUDENCIALES**

### **Sobre el principio de favorabilidad**

De entrada, la Sala entrará a explicar la adecuada aplicación del principio de favorabilidad penal, en aras de concretar si el mismo es aplicable en esta situación, siendo menester recordar aquello que se ha estipulado constitucionalmente sobre tal precepto, en el artículo 29 de la Carta Política, el cual predica:

*(...) “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*

*En materia penal, **la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable**”. (...) (Negrita fuera del texto original)*



*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto*

*Sala Penal*

Tomando como base el postulado dictado por la Constitución, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha decantado que la favorabilidad penal:

*“(...) constituye una excepción al principio de irretroactividad de la ley, pudiéndose aplicar en su desarrollo **una ley posterior al hecho cometido** (retroactividad) o prolongarle sus efectos más allá de su vigencia (ultractividad), siempre que en algún momento haya regido la actuación y que -desde luego- sea, en uno u otro caso, más favorable al sindicado o condenado. (...) Así, en el caso de sucesión de leyes en el tiempo, si la nueva ley es desfavorable en relación con la derogada, ésta será la que se siga aplicando a todos los hechos delictivos que se cometieron durante su vigencia, que es lo que la doctrina denomina **ultractividad de la ley**”.*<sup>1</sup>

Sobre el punto, el Alto Tribunal dejó claridad sobre su aplicabilidad, misma que no distingue entre normas sustantivas y normas procesales, en concordancia con el texto constitucional, y delimitó su alcance, estableciendo que no comprende normas generales, impersonales o abstractas<sup>2</sup>. Estas determinaciones han sido acogidas con beneplácito por la Corte Suprema de Justicia, que a su vez, precisó los parámetros de aplicación del principio de favorabilidad, siendo necesario que concurren los siguientes elementos:

*(...) “i) Sucesión o simultaneidad de dos o más leyes en el tiempo; ii) regulación de un mismo supuesto de hecho, pero que conlleva consecuencias jurídicas distintas; y iii) permisibilidad de una disposición frente a la otra”.*<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-592 de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 2019. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, citando a las sentencias: C-301 de 1993, C-252 de 2001, C-200 de 2002, C-922 de 2001, C-371 de 2011 y C-371 de 2011.

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia. 20 de enero de 2017. Sala de Casación Penal, Expediente T-5.726.925, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; 14 de noviembre de 2007, Rad. 26190. M.P. Óscar Mauricio Mesa Correa.



*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto*

*Sala Penal*

Ahora bien, nos permitimos esbozar los puntos principales que atañen a la sentencia C 225 de 2019, que invoca la defensa, para establecer sus alcances y si resultan aplicables al caso en concreto.

La demanda estudiada en la sentencia pretendía que se declare la inexecutable de los artículos 40 y 44 (parcial) de la Ley 1826 de 2017 por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado, en la medida en que dicha ley solo aplicaría a: (a) los delitos cometidos con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley y (b) a los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia respecto de los que no se hubiere realizado formulación de imputación, por lo que a criterio de los demandantes con el artículo 44 se restringió la posibilidad de solicitar la aplicación de una norma más favorable -artículo 40- a los procesos que están en curso, en contradicción con el principio de favorabilidad contenido en el artículo 29 de la Constitución Política, según el cual “(e)n materia penal, la ley permisiva o favorable **aun cuando sea posterior**, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

La Corte se inhibió de pronunciarse respecto al artículo 40, pero procedió al estudio de fondo del artículo 44 en dos componentes: i) se aplicará a los delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia, ii) También se aplicará a los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia respecto de los que no se haya realizado formulación de imputación en los términos de la Ley 906 de 2004.

Sobre la primera parte consideró entre otros argumentos, que cuando el legislador, señala la vigencia hacia el futuro de una normatividad de contenido penal –procesal o sustantivo-, no obstaculiza



*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto*

*Sala Penal*

ni restringe la aplicación inmediata del principio de favorabilidad, que debe ser objeto de examen y aplicación por parte del juez a quien le ha sido asignada la competencia para resolver el proceso penal respectivo. Por lo cual resolvió declarar su exequibilidad.

Para la segunda parte, estimó la Corte que se derivan dos posibles interpretaciones: En la primera, la disposición no afectaría el principio de favorabilidad, por cuanto este subyace a la ley penal, sin que sea necesario que el legislador lo consagre en una norma general y abstracta, sino que se aplicaría en cada caso concreto. Con la segunda, la norma proscribía la aplicación de las normas sustanciales y procesales de la Ley 1826 de 2017 que afecten derechos y garantías fundamentales, aunque estas resulten más favorables, tal como la causal de preclusión por atipicidad absoluta contenida en el artículo 40 de la misma normativa.

Por lo anterior resolvió declarar su exequibilidad condicionada en el entendido de que no excluye la aplicación del principio de favorabilidad contenido en el artículo 29 de la Constitución Política.

#### **7.4. CASO CONCRETO**

De antemano se debe indicar que conforme al principio de competencia funcional para dar trámite al recurso de apelación, la Sala sólo se ocupará de los temas objeto de impugnación y a los inescindiblemente vinculados a éstos, sin que ello constituya un desmejoramiento del apelante único, lo que implica limitarse a los asuntos que el recurrente ponga a consideración, sin que sea permitido inmiscuirse en otros temas que no son objeto de discusión o que han sido materia de



*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto*

*Sala Penal*

conformidad, salvo que se advierta violación de derechos y garantías fundamentales.<sup>4</sup>

Conforme lo anterior, la Sala únicamente se pronunciará sobre la aplicación del principio de favorabilidad en los términos expuestos por la defensa para establecer si procede la concesión de los subrogados y sustitutivos penales reclamados, pues ningún reparo se generó en cuanto al tipo de preacuerdo atendiendo a que el mismo se estipuló en términos de aplicar la pena del delito de hurto simple únicamente para efectos punitivos.

De esa manera y desentrañando el núcleo central de los argumentos expuestos por la defensa apelante se verifica que conjuga en un solo planteamiento el principio de favorabilidad y la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, sin embargo, la Sala adelantará su estudio por separado por las diferencias que se presentan en su estructuración. Para lo primero ya se trajo a colación la jurisprudencia pertinente a través de la cual se indican los fundamentos y elementos que lo estructuran que serán retomados a efectos de determinar su aplicación al caso en concreto.

En cuanto a lo segundo, de antaño se ha indicado por la Corte Constitucional entre otros pronunciamientos en la sentencia C 148 de 2005, que de acuerdo con el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>5</sup> y el artículo 29 de la Convención Americana

---

<sup>4</sup> SP 45223 del 20 de abril de 2016

<sup>5</sup>“Artículo 5



*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto*

*Sala Penal*

sobre Derechos Humanos<sup>6</sup>, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos a que aluden los tratados de derechos humanos<sup>7</sup> conocida también como *principio pro homine*, que tanto la jurisprudencia de la Comisión Interamericana<sup>8</sup>, como de la Corte Constitucional ha aplicado en repetidas ocasiones<sup>9</sup>.

---

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

**2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado."**

<sup>6</sup> "Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) *excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.*

<sup>7</sup> Así, por ejemplo, el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala lo siguiente:

Artículo 5

**1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.**

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

<sup>8</sup> Cuando la Corte Interamericana ha explicitado el alcance del principio pro homine en relación con las restricciones de los derechos humanos, ha expresado que "entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo" Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, "La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)", del 13 de noviembre de 1985, Serie A, n° 5, párrafo 46.

<sup>9</sup> Ver, entre otras, las sentencias C-408 de 1996 y C-251 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-251/02 M.P. Eduardo Montealegre Lynnett y Clara Inés Vargas Hernández S.V. Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra.



*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto*

*Sala Penal*

Aclarado lo anterior encuentra la Sala que bajo ninguna de las dos connotaciones aludidas resulta viable la solicitud elevada por la defensa a favor de su prohijado, por las siguientes razones.

En primer lugar, si se trata de aplicar los artículos 38 B y 63 del Código Penal en cuanto al requisito que encontró la primera instancia como limitante para conceder tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena como la prisión domiciliaria, se trata de un obstáculo de índole meramente objetivo que ha sido claramente establecido por el legislador, en lo que no se presentan interpretaciones diversas sobre las cuales pueda aducirse que hay una menos restrictiva que permita eludir la aplicación de tal condicionamiento cuando se establece la prohibición de conceder los aludidos beneficios para los casos en los que se involucre la comisión de un delito de hurto calificado como ocurre en el presente caso. O al menos la defensa no plantea cuáles son esas diversas interpretaciones.

Invoca también la defensa, en aras de que se imponga medidas menos restrictivas, que no resulta proporcional y razonable que se prive de la libertad al señor PDCB cuando ha colaborado con la justicia, y adelantó esfuerzos para reparar económicamente a la víctima, lo que le valió la imposición de una pena mínima de 11 meses de prisión, ya que implicaría que, por un lapso tan corto, se restrinjan otros derechos como los de la vida, salud y movilidad. No obstante, se debe tener en cuenta que la sanción punitiva deviene como consecuencia de la comisión de un delito por el cual fue encontrado responsable el precitado y que las otras afectaciones devienen como connaturales a la privación de la libertad que para el caso resulta totalmente legal, acorde además a lo regulado por el legislador que en su libertad de configuración fijó claras reglas para



*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto*

*Sala Penal*

imponer prohibiciones de índole objetivo cuando esté de por medio la comisión del delito de hurto calificado, que bajo dichas reglas se considera de mayor gravedad. No establece entonces la ley medidas menos restrictivas a las que se pueda acoger el juez que impone condena por este tipo de ilícitos.

Y aún si tratamos de ir un poco más allá de lo explicado por la defensa y ensayando una probable hipótesis podría entenderse que se hace referencia a la interpretación que se ha dado a nivel de la jurisprudencia tanto constitucional como penal respecto de las consecuencias de los preacuerdos dependiendo de si ellos contienen cláusulas que generan cambios con efectos punitivos o que se deriven de los cambios de calificación jurídica en virtud del principio de progresividad del proceso penal o como ajustes a la legalidad.

Sin embargo, en este punto tampoco puede hacerse referencia a una diversidad de interpretaciones aplicables al caso, ya que para el momento en que se adelantó el preacuerdo y hasta la presente, se encuentra ya definida una línea jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia a partir de los radicados 52227 del 24 de junio de 2020 y 54039 del 19 de agosto de 2020, en los que se acoge algunos de los planteamientos del fallo SU 479 de 2019 de la Corte Constitucional.

En el primer pronunciamiento la CSJ entre otros temas explicó las diferencias entre los preacuerdos que se formulan en la práctica judicial con y sin base factual siendo los últimos aquellos que se adelantan con la finalidad de que la persona procesada obtenga beneficios únicamente con efectos punitivos lo cual ha tenido incidencia a partir de entonces en



*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto*

*Sala Penal*

cuanto a las consecuencias que se derivan respecto de los subrogados y sustitutivos penales.

En el segundo de los fallos, la Corte reitera y resalta las diferencias entre el control material a la acusación, entendida como la actividad de parte realizada en una determinada fase del procedimiento –ordinario o abreviado-, con las verificaciones que deben hacer los jueces al momento de emitir sentencia. Perspectiva, desde la cual ha de entenderse que la acusación contiene la pretensión que la Fiscalía le presenta al juez competente sobre la forma cómo debe resolverse el caso, y es en ese ámbito -el de la estructuración y presentación de la pretensión punitiva, concretada en la acusación- sobre el cual, a los jueces les está vedado realizar un control material, sin perjuicio de las consabidas labores de dirección, orientadas a que la Fiscalía cumpla los aspectos formales previstos en la ley.

Resalta también las diferencias entre la condena emitida en el trámite ordinario y el abreviado.

Explica además que la Fiscalía puede introducir algunos cambios a las premisas fáctica y jurídica incluidas en la imputación, los que, incluso, puede resultar favorables al procesado, y las verificaciones que se deben adelantar en esos eventos, ante todo cuando esas modificaciones se presentan como “ajustes a la legalidad” y tienen como base el principio de progresividad de la investigación. Y la diferencia con aquellos casos en los que no se trata de realizar estos cambios sino otorgar un beneficio netamente punitivo, en los que no se requiere la presentación de prueba de respaldo.



*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto*

*Sala Penal*

Las anteriores orientaciones jurisprudenciales han tenido incidencia respecto de la aplicación de sustitutivos y subrogados penales cuya concesión depende en los acuerdos sin base factual del delito incluido en la imputación y en la acusación, y no de aquel que se utiliza para obtener netamente un beneficio punitivo, modalidad a la que pertenece la negociación adelantada por parte de la Fiscalía con el señor PDCB.

Explicado lo anterior, en segundo término, analiza esta Magistratura, lo concerniente a la aplicación del principio de favorabilidad, según los lineamientos de la sentencia C 225 de 2019.

Como ya se explicó dicho principio permite la aplicación de normas legales, creadas por el aparato legislativo, sin importar que estas sean sustanciales o procesales, y que hayan surgido de manera posterior o anterior al hecho punible, para generar efectos de mayor favorabilidad al condenado.

Por esta razón, partiendo del postulado principal otorgado por la Carta Política en su artículo 29 superior, se deben encontrar en cada caso tres aspectos los cuales deben concurrir para determinar si en una situación concreta es viable la aplicación de este principio y que procedemos a verificar.

*i) Sucesión o simultaneidad de dos o más leyes en el tiempo*

En la sentencia C 225 de 2019 la Corte se pronunció de fondo respecto del artículo 44 de la Ley 1826 de 2017 declarando la exequibilidad condicionada de su inciso 2º, para que se tenga en cuenta que el principio de favorabilidad también opera para aquellos procesos en curso que se adelanten bajo la ritualidad de la Ley 906 de 2004.



*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto*

*Sala Penal*

Sin embargo, para la fecha de los hechos esto es, el día 29 de octubre de 2020, se encontrada vigente en su plenitud la Ley 1826 de 2017, estableciendo un procedimiento especial abreviado para el tipo de casos que en esta oportunidad nos ocupa, razón por la cual no puede aducirse que resulten aplicables de manera simultánea dicha ley y la Ley 906 del 2004, tampoco se puede hacer referencia a una sucesión de leyes.

Resulta así evidente la inexistencia de simultaneidad legislativa en el tiempo de ocurrencia de los hechos delictivos cometidos por el señor CB en octubre del año 2020.

*ii) Regulación de un mismo supuesto de hecho, pero que conlleva consecuencias jurídicas distintas*

Tampoco se encuentra cumplido este aspecto en la medida en que tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena como la prisión domiciliaria, establecen requisitos objetivos y subjetivos que se aplican por igual a casos tramitados con las reglas del procedimiento ordinario como el abreviado y las consecuencias son idénticas en la medida en que para ambos se debe verificar el cumplimiento del requisito exigido por el legislador respecto de la prohibición establecida para los delitos contenidos en el inciso 2° del artículo 68 A del Código Penal.

*iii) Permisibilidad de una disposición frente a la otra*

No se encuentran disposiciones disímiles que permitan hacer una comparación para determinar que una de ellas resulta más permisiva que la otra, lo cual está ligado íntimamente con el anterior aspecto en el que



*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto*

*Sala Penal*

ya se indicó que los requisitos normativos se aplican por igual tanto para el procedimiento ordinario como el abreviado.

Se concluye entonces que al amparo de los planteamientos elevados por la defensa apelante no procede la revocatoria de la decisión adoptada en primera instancia por lo cual se confirmará en su integridad.

Por lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto (N), en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la decisión del Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Pasto (Nariño), emitida el veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), que condenó al ciudadano PDCB, a la pena de once (11) meses de prisión y negó la concesión de los subrogados de suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la prisión domiciliaria.

**SEGUNDO.** Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá ser interpuesto dentro de los 5 días siguientes a su notificación, según así lo prevé el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

**COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,**



*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto*

*Sala Penal*

4621

**BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO**

**Magistrada**

**SILVIO CASTRILLÓN PAZ**

**Magistrado**

**FRANCO SOLARTE PORTILLA**

**Magistrado**

**JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ**

**Secretario**



*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto*

*Sala Penal*