



**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO
JUDICIAL DE VILLAVICENCIO SALA
PENAL**

Magistrada Sustanciadora: PATRICIA RODRÍGUEZ TORRES

Radicación: 500016008793201200042
Acusado: Misael 'Antonio Galindo Hurtado
Delito: Acto sexual violento
Decisión: Sentencia condenatoria - preacuerdo
Aprobado: Acta N.º 29
Fecha: 2 B FEB 2018
Lectura: 15 MAR 2018

I. DECISIÓN.

Procede la Sala a emitir sentencia en la presente actuación adelantada contra el procesado **Misael Galindo Hurtado**, por el delito de acto sexual violento.

11. HECHOS.

De conformidad con el acta de preacuerdo- y lo señalado en la audiencia de aprobación del mismo, los hechos ocurrieron en la primera semana de febrero del año dos mil doce (2012), en el despacho asignado a la Fiscalía Segunda delegada ante los Jueces Penales Municipales de San José del Guaviare de la que era titular el procesado Misael Galindo Hurtado.

, A dicho sitio concurrió la víctima L.H.S.C., quien previamente había sido \ contactada con el fiscal Galindo Hurtado, a través de una amiga común,

† Folios 42 y ss, carpeta de audiencias preliminares y record 20:02 ss, audiencia del 24 de agosto de 2017.

con la finalidad de indagar sobre la situación judicial de su hijo Wilmer Alonso Moreno Sastoque, privado de la libertad recientemente.

El Fiscal Misael Galindo Hurtado, inicialmente manifestó a la aludida señora que no había forma de solucionar prontamente la situación de su hijo, empero, la citó en diferentes momentos al aludido despacho judicial.

En una de las oportunidades en las que hizo presencia L.H.S.C. en las instalaciones de la aludida Fiscalía, una vez ingresó a la oficina del implicado, él le manifestó que trataría de ayudarla y a continuación, se levantó del escritorio, cerró la puerta y la ventana de la oficina, la haló violentamente hacia la pared; sitio en el que la mantuvo por la fuerza y la manipuló sexualmente en varias partes del cuerpo (la vagina y los senos), con la advertencia de que no hiciera ruido e incluso, se bajó los pantalones; luego de lo cual, la víctima empezó a llorar.

III. EL ACUSADO.

Se trata de Misael Galindo Hurtado, identificado con cédula de ciudadanía 79.547.715 de Bogotá, nacido en Bogotá el 5 de mayo de 1970, de 47 años de edad, profesión abogada, actualmente en detención preventiva en el lugar de residencia ubicado en la carrera 26 # 16-46 de la ciudad de Santa Marta - Magdalena².

Para la fecha de los hechos, Galindo Hurtado se desempeñaba como Fiscal Segundo delegado ante los Jueces Penales Municipales de San José del Guaviare - departamento del Guaviare³,

IV. ACTUACIÓN PROCESAL.

En audiencia del diez (10) de mayo de dos mil diecisiete (2017), realizada por el Juzgado Sexto Penal Municipal con función de Control de Garantías

² Ver cartilla decadactilar folios 40 ss, cuaderno de elementos materiales probatorios y folio 55 del cuaderno del Tribunal.

³ Folios 43 ss, carpeta de elementos materiales probatorios.

de esta ciudad, a solicitud de la Fiscalía, se ordenó la captura del Fiscal delegado ante los Jueces Penales Municipales de El Banco - Magdalena, por el delito de acto sexual violento agravado",

La aludida aprehensión se materializó el once (11) de mayo y, el doce (12) de mayo de dos mil diecisiete (2017), el Juzgado Tercero Penal Municipal con de Control de Garantías ambulante de Villavicencio, efectuó audiencia preliminar en la que inicialmente, legalizó la captura del implicado y luego, se procedió a la formulación de imputación en la que la Fiscalía atribuyó a Misael Galindo Hurtado el delito de acto sexual violento agravado que contemplan los artículos 206 y 211, numeral 2, en concordancia con el artículo 212 A del Código Penal; cargo que el procesado no aceptó>.

En la misma sesión, a instancias de la Fiscalía, el Juez de Control de Garantías le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en el lugar de residencia que fijó en la ciudad de Bogotá".

Posteriormente, en audiencia del doce (12) de junio del mismo año, el Juez Primero Penal Municipal de Control de Garantías ambulante de esta ciudad, concedió a Galindo Hurtado permiso para estudiar y desplazarse a la ciudad de Santa Marta a efectuar examen médico de retiro y entrega del cargo que ocupaba en la Fiscalía al momento de la captura".

V. DEL PREACUERDO.

El dieciséis (16) de junio de dos mil diecisiete (2017), la Fiscalía presentó acta de preacuerdo efectuado con el procesado, debidamente asistido por defensor, en el que Galindo Hurtado aceptó el cargo de acto sexual violento que contempla el artículo. 206 del Código Penal, modificado por el artículo 2 de la Ley 1236 de 2008, en calidad de autor, cuya sanción oscila entre ocho

4 Folios 5 al 7 de la carpeta 1 de audiencias preliminares. 5 Folios 12 ss, ibídem.

6 Ver folio 13 y ss, ibídem. 7 Folio 41, ibídem.

(8) Y dieciséis (16) años de prisión, a cambio de que se excluyera la causal de agravación contenida en el numeral 2 del artículo 211 del Código Penal, modificado por el artículo 7 de la Ley 1236 de 2008, que aumenta la pena de una tercera parte a la rntad".

El veinticuatro (24) de agosto de dos mil diecisiete (2017), esta Sala Penal efectuó audiencia de verificación del preacuerdo, en la que sin objeción alguna de las partes e intervinientes, -incluido el representante de, la víctima-, lo aprobó, al considerar que analizados los términos pactados, la negociación se relacionaba con los hechos imputados y sus consecuencias, pues consistió en eliminar la causal de agravación contenida en el ordinal 2 del artículo 211 del Código Penal, modificado por el artículo 7 de la Ley 1236 de 2008, con lo que se generó un cambio punitivo favorable para Galindo Hurtado, que constituyó el único beneficio acordado",

A continuación, se anunció por la Sala el sentido condenatorio del fallo", y, dispuso el traslado que contempla el artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

En dicha oportunidad, la Fiscalía expuso que el procesado estaba privado de la libertad desde el doce (12) de mayo de dos mil diecisiete (2017), era padre de una menor de edad, su cónyuge se encontraba en estado de embarazo y carecía de antecedentes penales, por lo que era factible la imposición del mínimo legalmente establecido-t.

Por su parte, el representante del. Ministerio Público señaló que era viable imponer al procesado el mínimo de la sanción y aplicar el sistema de cuartos, máxime que el procesado carecía de antecedentes penales y había evitado un desgaste a la administración de justicia.

⁸ Folios 42 ss, ibídem.

⁹ Record 58:00 ss, ibídem y folios 52 ss, cuaderno del Tribunal. Para ese momento la Sala estaba conformada por los Magistrados Patricia Rodríguez Torres en condición de Ponente, Froilán Sanabria Naranjo y Silvia Carolina Rodríguez Parra.

¹⁰ Record 1:02:00 ss, ibídem.

¹¹ Record 1:03:00 ss, ibídem. A partir de este record iniciaron se registraron las intervenciones de las partes y sujetos intervinientes.

El apoderado de la víctima adujo que dejaba la dosificación punitiva a criterio de la Sala, empero, no se oponía a la imposición del mínimo de la pena, ni a la concesión de subrogados penales, aunque esperaba que el implicado manifestara su arrepentimiento y pidiera perdón por la conducta perpetrada.

A continuación, el defensor sostuvo que el implicado carecía' de antecedentes penales y allegó varios elementos de prueba' para motivar la solicitud de imposición de la pena mínima y la concesión de la prisión domiciliaria que contempla el artículo 38 del Código Penal; igualmente, sustentó la solicitud de cambio de residencia con fundamento en el arraigo que ostentaba -el acusado en la ciudad de Santa Marta. En el mismo sentido, intervino el procesado.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. De la competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el numeralZ del artículo 34 de la ley 906 de 2004¹³, esta Sala es competente para conocer en primera instancia de la presente actuación que se adelanta en contra de Misael Galindo Hurtado por el delito de acto sexual violento, perpetrado cuando se desempeñaba como Fiscal Segundo delegado ante los Jueces Penales Municipales de San José del Guaviare.

La conducta que se atribuye al acusado fue realizada en el despacho de la aludida Fiscalía, al que acudió la víctima L.H.S.C. para indagar por un proceso que se adelantaba en contra de su hijo, quien había sido privado de la libertad; circunstancia que denota que fue perpetrada con ocasión del

¹³ Folios 40 ss, cuaderno del Tribunal.

¹⁴ "Artículo 34, De los Tribunales Superiores de Distrito, Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen: (..) 2. En primera instancia de las actuaciones que se sigan contra los fiscales delegados ante los jueces penales del circuito, municipales y promiscuos municipales por los delitos que cometan en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas".

cargo y por razón de las funciones que desempeñaba el procesado Galindo Hurtado para el momento de los hechos.

2. Del conocimiento para condenar.

Los artículos 7 y 381 de la Ley 906 de 2004, contemplan como presupuestos para condenar, el conocimiento más allá de duda sobre la existencia del delito y la responsabilidad penal del procesado.

El artículo 206 del Código Penal, modificado por el artículo 2 de la Ley 1236 de 2008, establece:

"Artículo 206. Modificado Ley 1236 de 2008, artículo 2. El que realice en otra persona acto sexual diverso del acceso carnal mediante violencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años".

Para dilucidar si se acreditaron en este evento los elementos del delito en mención, cuya conducta consiste en ejecutar acto de contenido esencialmente libidinoso en otra persona, con utilización de violencia, se debe acudir a los elementos materiales probatorios allegados por la Fiscalía que permiten sustentar los aspectos anteriormente señalados.

Al respecto, se cuenta con la entrevista rendida por L. H. S. C. recibida por investigadora adscrita al grupo Caivas del Cuerpo Técnico de Investigaciones el siete (7) de noviembre de dos mil doce (2012)¹⁴, en la que hizo un relato de los hechos, en el sentido de señalar que su hijo Wilmer fue privado de la libertad en San José del Guaviare por el delito de extorsión, por lo que se trasladó a esa localidad, en la que su amiga Myriam Andrade la contactó con el Fiscal "Misael", quien la convocó en varias oportunidades a su oficina para hablar del tema y llevar algunos documentos.

¹⁴ Folios 26 ss, de la carpeta de elementos materiales probatorios.

Adujo igualmente la víctima que en una de esas visitas a la oficina del procesado, este cerró la puerta, la haló de forma violenta hacia el lado de la puerta y efectuó manipulaciones sexuales en diversas partes de su cuerpo. Al respecto sostuvo: "(...) cierra la puerta y me hala para el lado de la puerta y. ahí comienza a desabrocharse el pantalón él y a manosearme (..)".

Descripción de los hechos que la señora L.H.S.C. reitero en evaluación psicológica forense realizada por un experto el veinte (20) de noviembre de dos mil doce (2012)¹⁶, en la que adujo que el implicado "cerró la puerta, le echó seguro y me jaló así, para el lado de la pared que quedaba detrás de la puerta y empezó a tocarme y a desabotonarme (...) y me apretaba contra la pared".

Relato que sin duda indica que el procesado utilizó la fuerza física para perpetrar los actos sexuales que refirió la víctima, en cuanto cerró la puerta de su oficina y de forma violenta la haló hacia una pared, a la que la apretaba para efectuar las manipulaciones libidinosas en varias partes de su cuerpo.

A lo anterior se suma que el investigador del Cuerpo Técnico de Investigaciones José Ari Pantoja Bermeo efectuó fijación fotográfica del lugar de los hechos, esto es, el despacho de la Fiscalía Segunda delegada ante los Jueces Penales Municipales de San José del Guaviare, en las que aparece concordancia con lo relatado por la afectada, pues muestran el sitio en el que fue halada violentamente por el procesado y se observa . además, que no era posible visualizar del escritorio del asistente lo que sucedía en la oficina que ocupaba el Fiscal, menos aún, si las personas se ubicaban. detrás de la puerta!".

¹⁵ Folio 3D. ibídem.

¹⁶ Folios 70 ss, ibídem. ¹⁷

Folios 135 ss, ibídem.

De otro lado, la señora Myriam Andrade Ipus en entrevista rendida el veintitrés (23) de noviembre de dos mil doce (2012)¹⁸, corroboró que en efecto, fue la persona que contactó a la víctima con el procesado, a quien observó llorando y le comentó que no quería regresar a la oficina del enjuiciado, pues la había encerrado y manipulado sexualmente de forma violenta.

De los anteriores medios de conocimiento surge con claridad la ocurrencia, del delito de acto sexual violento en las circunstancias señaladas por la víctima, esto es, que acudió al despacho del ex Fiscal Misael Galindo Hurtado con la finalidad de abogar por su hijo, quien se encontraba privado de la libertad, funcionario judicial que la citó en varias oportunidades para conversar sobre el tema y aprovechó dicha situación para perpetrar el censurable delito que se le atribuye.

Igualmente se debe señalar que con los elementos materiales probatorios anteriormente reseñados, se acreditó que el acusado utilizó, en términos del artículo 212 A de la Ley 599 de 2000, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1719 de 2014, la fuerza para doblegar a la afectada y ejecutar las manipulaciones sexuales; circunstancias que describió con detalle la señora L.H.S.C.

De otra parte, no existe duda que fue el otrora Fiscal Misael Galindo Hurtado, quien ejecutó la conducta punible, pues existe un señalamiento directo de la víctima, corroborado por la señora Myriam Andrade Ipus, en cuanto adujo que fue la persona que la puso en contacto con el procesado para que pudiese indagar la suerte de su hijo y a quien luego observó llorosa y reticente a concurrir a la Fiscalía, en razón de lo sucedido que además le comentó.

Igualmente, debe tenerse en consideración que el acusado, vía de preacuerdo aceptó el cargo de acto sexual violento contenido en el artículo

¹⁸ Folios 59 ss, *ibídem*.

206 del Código Penal, modificado por el artículo 2 de la Ley 1236 de 2008, a cambio de que se excluyera la causal de agravación contenida en el artículo 211, numeral 2 del estatuto penal¹⁹.

En tales circunstancias, a juicio de la Sala se cumplen los presupuestos que contemplan los artículos 7 y 381 de la Ley 906 de 2004, para proferir sentencia de condena en contra de Misael Galindo Hurtado por el delito en mención.

3. De la violencia de género.

La conducta, anteriormente descrita y por la que se ha declarado responsable el procesado Misael Galindo Hurtado amerita, a juicio de la Sala, un análisis adicional, dado que ciertamente, constituye una forma de violencia de género.

Al respecto, se considera trascendente en esta decisión hacer alusión a la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra la mujer, conocida como Convención de Belem Do Pará del 9 de junio de 1994²⁰, que en el artículo 1, entiende como violencia contra la mujer: "cualquier acción, o conducta basada en su género que -cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado" y en concordancia, en el artículo 2, numeral 1, señala que esta forma de violencia incluye la física, sexual o psicológica "que tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica o cualquier otra relación interpersonal".

En el caso objeto de análisis, surge con claridad que la conducta del acusado constituyó, sin duda alguna, una forma de violencia física, sexual y psicológica a la víctima L.H.S.C., quien soportó diversas manipulaciones

¹⁹ Folios 42 y ss, carpeta de audiencias preliminares y record 20:02 ss, audiencia del 24 de agosto de 2017. ²⁰ Aprobada por Colombia el 10 de marzo de 1996.

sexuales, mediante el uso de la fuerza, cuando acudió de forma angustiosa al procesado para indagar por la suerte de su hijo privado de la libertad. .

Tal conducta, de acuerdo con la descripción efectuada por la víctima, evidencia que fue sometida a un trato indignante en Su condición de mujer, que además, le causó grave afectación emocional,'

Una forma tal de proceder, con una humilde persona angustiada por la suerte de su hijo,' deja entrever la ausencia de respeto del procesado por su condición de mujer y madre, a la que de forma Inescrupulosa concibió como objeto sexual, conducta, de suyo, constitutiva de trato discriminatorio y ostensiblemente nocivo, máxime cuando provino. de un funcionario judicial, de quien se espera actúe como paradigma o modelo de respeto por los derechos de las mujeres ven general, de la sociedad.

Reflexiones que a juicio de la Sala, invitan además, a abordar los casos de violencia contra la mujer, -como el presente-, bajo la óptica de los instrumentos internacionales anteriormente reseñados, pues solo en esa medida, se legitimará la administración de justicia y será posible enviar un mensaje disuasivo y de prevención de conductas similares a la que soportó la señora L.H.S.C.

4. De la dosificación punitiva.

Declarada la responsabilidad penal del acusado, procede la Sala a la tasación de la sanción que legalmente corresponde, de conformidad con los límites' punitivos que establece el artículo 206 del Código Penal, modificado por el artículo 2 de la Ley 1236 de 2008, los cuales oscilan entre ocho (8) y dieciséis (16) años de prisión, que equivalen a noventa y seis (96) y ciento noventa y dos (192) meses de prisión.

Con dicha finalidad, se debe acudir inicialmente al sistema de cuartos, dado que no se incluyó en el preacuerdo la pena a imponer-". frente a lo que debe señalarse que el cuarto mínimo oscila de noventa y seis (96) a ciento veinte (120) meses; el primer cuarto medio de ciento veinte (120) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses; el segundo cuarto medio de ciento cuarenta y cuatro (144) a ciento sesenta y ocho (168) meses y el cuarto máximo de ciento sesenta y ocho (168) a ciento noventa y dos (192) meses de prisión.

Aclarado lo anterior, se tiene que no se atribuyeron circunstancias de mayor punibilidad y por el contrario, la Fiscalía adujo que el procesado carece de antecedentes penales, lo que implica la concurrencia de la causal de menor punibilidad, contenida en el numeral 1 del artículo 55 del Código Penal.

En ese orden, la sanción privativa de la libertad se ubicará en el cuarto mínimo, de conformidad con el inciso segundo del artículo 61 del Código Penal, esto es, de noventa y seis (96) a ciento veinte (120) meses de prisión.

A continuación, se debe analizar en el caso objeto de análisis, la concurrencia de aspectos contenidos en el inciso tercero de la norma en cita, esto es, la mayor gravedad de la conducta punible, el daño real o potencial causado, la intensidad del dolo y la necesidad y función que la pena debe cumplir.

Sobre el particular, a JUICIO de la Sala es evidente la intensidad del dolo, pues de acuerdo con los hechos descritos en el preacuerdo y los medios de conocimiento allegados a la actuación, el acusado fue contactado por la víctima, quien pretendía indagar sobre el proceso por el que su hijo se encontraba privado de la libertad y a pesar de que Galindo Hurtado le manifestó que "no podía hacer nada porque eso era un delito muy

²¹ Ver sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del 20 de noviembre de 2013, radicado 41.750.

delicado"; la citó en varias oportunidades y "siempre sacaba a las personas que habían y me hacía seguir a mí sola"²², escenario en el que en una de tales visitas, perpetró la conducta libidinosa de forma violenta.

Lo anterior permite establecer la intensidad del dolo, pues aunque el procesado aseguró inicialmente a la víctima que no era posible solucionar la situación de su hijo, optó por convocarla a su despacho con la clara intención de ejecutar la conducta punible.

Por si fuera poco, la afectada atravesaba una angustiada situación generada por la privación de la libertad de su hijo, lo que el acusado . aprovechó para lograr que concurriera a su despacho; circunstancia que a juicio de la Sala reviste gravedad, pues Galindo Hurtado actuó prevalido de tal circunstancia de vulnerabilidad de aquella.

De otra parte, ostenta connotación el daño causado a L.H.S.C.,- pues el acusado le causó mayor afectación emocional, en cuanto además de someterla por la fuerza, utilizó un lenguaje lascivo, soez y ostensiblemente indignante, como lo describió en la entrevista que rindió el siete (7) de noviembre de dos mil doce (2012) y la entrevista psicológica efectuada el veinte (20) de noviembre siguiente-".

A lo anterior se suma la necesidad de la pena y la función que debe cumplir en el caso en concreto, pues Galindo Hurtado era un funcionario judicial de quien la comunidad esperaba un comportamiento ejemplar, empero, -sin escrúpulo alguno-, realizó en las instalaciones de la Fiscalía la censurable conducta que se juzga en la presente actuación.

En tales condiciones, a juicio de la Sala no es viable imponer el mínimo de la sanción legalmente establecida, como lo plantearon al unísono Fiscalía, Ministerio Público y defensa, pues ello, desconocería los aspectos

²² Folios 28 y 29, cuaderno de elementos materiales probatorios. ²³

Folios 31 y 70, *ibídem*.

anteriormente analizados, que deben tenerse en consideración para individualizar la sanción, contenidos en el inciso tercero del artículo 61 del Código Penal.

En ese orden, con base en tales consideraciones, la Sala considera ponderado y razonable, imponer a Misael Galindo Hurtado ciento ocho (108) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

S. De las medidas sustitutivas de la privación de la libertad.

5.1. De la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Sobre el particular y como existió tránsito legislativo, esta Corporación debe analizar la procedencia de la medida sustitutiva, inicialmente, de conformidad con el artículo 63 del Código Penal, que regía para la fecha de los hechos y que establece los presupuestos para la procedencia de esta medida los siguientes:

El primero, de carácter objetivo, exige que el quantum punitivo impuesto sea inferior a tres (3) años de, prisión y el segundo, de naturaleza subjetiva, que los antecedentes personales, sociales y familiares <te I sentenciado, al igual que la modalidad y gravedad de la conducta punible indiquen que no existe necesidad de ejecutar la pena.

La acreditación del requisito objetivo constituye presupuesto necesario para avanzar en la constatación del subjetivo, exigencia que no se cumple en el presente caso, pues la pena impuesta al implicado es de ciento ocho (108) meses de prisión, esto es, superior a tres (3) años de prisión.

De otro lado, el artículo 29 de la ley 1709 de 2014, que modificó el artículo 63 del Código Penal, establece como primer requisito que la pena impuesta no sea superior a cuatro (4) años de prisión, el que en este evento

tampoco se cumple, en cuanto la sanción supera ampliamente dicho límite punitivo.

En ese orden, es evidente que el procesado Misael Galindo Hurtado no cumple los presupuestos para la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y por ello, la Sala negará la concesión de dicha medida sustitutiva de privación de la libertad.

5.2. De la prisión domiciliaria.

Sobre el particular, como los hechos ocurrieron en vigencia del artículo 38' de la Ley 599 de 2000, debe señalarse que no se cumple el presupuesto objetivo contenido en el numeral 1, de dicha norma, en cuanto la pena mínima para el delito por el que se procede es de ocho (8) años de prisión, esto es, superior a los cinco (5) años que contempla.

De otro lado, el artículo 38 B del Código Penal, adicionado por el artículo 23 de la ley 1709 de 2014, estableció como requisitos para la concesión de esta medida: i) que la pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años o menos; ii) que no se trate de uno de los delitos, incluidos en el inciso segundo del artículo 68 A de la ley 599 del 2000 y, iii) que se demuestre arraigo familiar y social del condenado,

Sobre el particular, se cumple el primer presupuesto, en cuanto la pena mínima para el delito de acto sexual violento que se atribuyó al procesado, es de ocho (8) años de prisión.

Respecto del segundo requisito, relativo a que el delito no se encuentre incluido en el artículo 68 A del Código Penal, debe tenerse en cuenta que igualmente se presentó un tránsito legislativo y la inclusión en tal listado de los delitos atentatorios de la libertad, integridad y formación sexual, como el que se atribuye en este evento al implicado, se produjo, precisamente, con el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014.

Norma que debe aplicarse integralmente y de forma concordante con el aludido artículo 23 de la misma ley 1709 de 2014, pues una consideración contraria, implicaría aplicar la figura de la *lex tertia* para tomar la parte objetiva favorable contenida en el numeral 1 del artículo 38 B del Código Penal y excluir la modificación que esta ley efectuó al artículo 68 A, adicionado al Código Penal por el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, para tener en cuenta la norma original o las modificaciones de los artículos 28 de la Ley 1453 de 2011 o el artículo 13 de la Ley 1474 de 2011, que no incluían tales delitos,

Sobre la imposibilidad de aplicar en estos casos la figura de la *lex tertia* ha señalado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

"Actuar en contrario de lo dicho, vale decir, tomar factores favorables de una y otra normatividades, para así construir el beneficio o subrogado, no solo implica una suplantación ilegal del legislador, sino que finalmente la combinación normativa desnaturaliza por completo la figura del beneficio, desdice de su finalidad y, no por último menos importante, termina por violentar el principio de igualdad",

"En efecto, cuando el legislador decidió asumir una nueva forma de regular el sustituto de la prisión domiciliaria, tuvo en mente una finalidad específica y en razón de ello determinó los elementos que deberían necesariamente conjugarse para conducir a concederlo o negarlo",

"En ese sentido, debe resaltarse, realizó un ejercicio de pesos y contrapesos que permitiera equilibrar los factores en juego al momento de otorgar el sustituto, para que no se entienda una excesiva largueza que dentro de la política criminal inserta en la modificación termine por sacrificar valores importantes, como podrían señalarse los de la protección de la comunidad, efectividad de la sanción y posibilidad de evitar la reiteración del daño: Al amparo de ello, entonces, si bien estimó conveniente incrementar el monto de pena que objetivamente faculta acceder al beneficio y eliminar el requisito subjetivo, a la par consideró que para

"Sentencia del 12 de marzo de 2014. radicado 42.623.

equilibrar esos otros valores que podrían quedar expuestos, era menester, de un lado, recurrir a otro factor objetivo, que denominó arraigo, y del otro, excluir algunos delitos que si bien, se avienen con esa pena incrementada, representan una tal gravedad que se obliga imponer en todos sus efectos la pena de prisión intramural".

En tales circunstancias, no hay lugar a conceder al procesado Misael Galindo Hurtado la prisión domiciliaria, en cuanto no se cumplen los presupuestos contenidos en el artículo 38 de la Ley 599 de 2000, ni en el artículo 38 B del Código Penal, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, en concordancia con el artículo 68 A de la misma normatividad, modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014.

Ante la negativa de conceder esta medida sustitutiva de privación de la libertad, la Sala dispone, de manera inmediata el traslado del procesado Misael Galindo Hurtado al sitio en el que debe cumplir la reclusión de forma intramural, el cual será asignado por el Instituto Nacional Penitenciario y carcelario - INPEC, que deberá tener en cuenta su condición de ex Fiscal, de acuerdo con el artículo 29 de la Ley 65 de 1993.

Lo anterior, en razón a que con la emisión de la presente sentencia cesan los efectos de la medida de aseguramiento de detención preventiva en el sitio de residencia impuesta al implicado y, en tales condiciones, su privación de libertad intramural debe ordenarse como consecuencia de la negativa en concederle las medidas sustitutivas de privación de la libertad, anteriormente analizadas.

Al respecto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado->:

"De igual manera, al aplicar el arto 68 A del c.P., si hay lugar a la negativa de subrogados penales, ello se materializa en el fallo condenatorio. Es en ese instante cuando cesan los efectos jurídicos de la medida de aseguramiento de detención preventiva, de manera que la privación de la libertad del procesado, en lo

²⁵ Ver Auto del 24 de julio de 2017, radicado AP 4711-2017 (49.734).

sucesivo, también estará sujeta a lo señalado en *el tetto que declara la responsabilidad penal*.

Por consiguiente, en los procesos regidos por la Ley 906 de 2004, la medida de aseguramiento tiene vigencia hasta el anuncio del sentido de fallo *condenatorio*, allí el juez puede hacer una manifestación expresa acerca de la libertad del procesado, disponiendo su encarcelamiento, pero si omite hacer una manifestación al respecto en esa oportunidad, la vigencia de la medida se extenderá hasta la lectura' de la sentencia, momento en el que, por mandato legal, no sólo debe imponer la pena de prisión, sino que ha de resolver sobre la libertad; en particular, sobre la concesión o negativa de los sustitutos y subrogados penales".

6. Otras determinaciones.

En firme la presente sentencia, puede formularse ante esta instancia incidente de reparación integral, como lo establecen los artículos 102 y siguientes de la Ley 906 de 2004, modificada por la Ley 1395 de 2010.

Igualmente, una vez se produzca la ejecutoria del fallo, expídanse las comunicaciones de que trata el artículo 166 de la Ley 906 de 2004.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, *Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley*,

RESUELVE:

Primero. Condenar al señor **Misael Galindo Hurtado**, de condiciones civiles y personales señaladas en esta providencia, en calidad de autor del delito de acto sexual violento, a la pena principal de ciento ocho (108) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

Segundo. Negar a Misael Galindo Hurtado la concesión de la suspensión

condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, de acuerdo con lo analizado en la parte motiva de la presente decisión.

Tercero. Como consecuencia, se **ordena de forma inmediata** el traslado del procesado Misael Galindo Hurtado al sitio en el que debe cumplir la reclusión de forma intramural, el cual será asignado por el Instituto Nacional Penitenciario y carcelario - INPEC, que deberá tener en cuenta su condición de ex Fiscal, de acuerdo con el artículo 29 de la Ley 65 de 1993. Líbrese para ello la orden respectiva.

Cuarto. En firme la presente sentencia, puede formularse ante esta instancia incidente de reparación integral y, expídanse las comunicaciones de que trata el artículo 166 de la Ley 906 de 2004.

Contra esta sentencia procede el recurso de apelación, como lo contempla el artículo 176, en concordancia con el artículo 179. de la Ley 906 de 2004, el cual podrá sustentarse oralmente o por escrito dentro de los cinco (5) días siguientes.

Notifíquese y Cúmplase,

~ c-=tl

PATRICIA RODRÍGUEZ UGUALDE

Magistrada

FROILÁN SANABRIA NARA

Magistrado

MANUEL ADOLFO RINCÓN BARREIRO

Magistrado