



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
Relatoría

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA PENAL/ ..." La favorabilidad es un principio rector del derecho punitivo, de aplicación inmediata e intangible, que forma parte del debido proceso y está inescindiblemente relacionado con el ámbito de validez temporal de las normas jurídicas ya que es una excepción a la regla general según la cual las leyes rigen hacia el futuro..."

TRÁNSITO LEGISLATIVO EN MATERIA PENAL/..."Cuando existe tránsito legislativo las personas sometidas al proceso penal gozan de la facultad de acogerse a la ley que resulte menos gravosa respecto a la restricción de sus derechos fundamentales con ocasión a la condena. Esto significa la aplicación retroactiva y ultractiva de la norma penal para hechos ocurridos durante su vigencia cuando la nueva norma es desfavorable o restrictiva en relación con la ley derogada..."

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA PENAL/ Excepciones/..." no en todos los casos la nueva normativa es más favorable al procesado, pues dependiendo de la naturaleza jurídica del punible podrá ser beneficiado o no, de acuerdo con la política criminal que adopte el legislador al momento de crear la norma..."

INTERLOCUTORIO 080

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL TUNJA

SALA PENAL

Proceso: 2019-0880-01
Condenado: Domingo Eduardo
Gándara Romero
Delito: Concierto para delinquir
agravado y otro

Magistrado Ponente: Dr. Edgar Kurmen Gómez.

Aprobado: Acta 002, Artículo 30, Numeral 4º, Ley 16 de 1968

Tunja, enero catorce (14) de dos mil veinte. Hora: nueve de la mañana (9:00 am.).

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto y oportunamente sustentado por el procesado Domingo Eduardo Gándara Romero contra el interlocutorio 608 del ocho (8) de julio de 2019 proferido por el Juzgado Sexto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja que negó la ejecución de la pena privativa de la libertad en el lugar de residencia o morada conforme el art. 38 G de la Ley 599 de 2000, adicionado por el art. 28 de Ley 1709 de 2014.

ANTECEDENTES PROCESALES

Contra el interno Domingo Eduardo Gándara Romero se profirió sentencia condenatoria dentro las siguientes causas acumuladas:

- NI. 15052 (2009-00015): por hechos ocurridos durante 2006 y 2007 el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de Bogotá mediante sentencia anticipada del 30 de septiembre de 2010 condenó a Domingo Eduardo Gándara Romero

como coautor del punible de homicidio agravado en concurso homogéneo y heterogéneo con extorsión y concierto para delinquir agravado, a la pena principal de 444 meses de prisión y multa de 1200 S.M.L.M.V y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 20 años.

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá el 25 de mayo de 2011¹ desató la apelación interpuesta por la defensa y modificó la sentencia anticipada fijando la pena privativa de la libertad en 320 meses y los demás aspectos fueron confirmados². El procesado descuenta desde el 21 de febrero de 2007³.

- NI. 23304 (2015-00068). El Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Cartagena mediante sentencia anticipada del 21 de julio de 2016 lo condenó a la pena principal de 44 meses de prisión y multa de 1250 S.M.L.M.V y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de la pena principal impuesta como coautor responsable del punible de concierto para delinquir agravado por hechos acaecidos durante el 2004 y 2005, como se advierte del acta de formulación de cargos con fines de sentencia anticipada del 21 de enero de 2015⁴

Las anteriores penas (NI. 15052 y 23304) fueron acumuladas en auto interlocutorio 678 del 19 de julio de 2017, fijando como pena definitiva 342 meses de prisión y multa de 2450 S.M.L.M.V y la accesoria de

¹ Fols. 6 al 95 C1- JEPMS de Tunja

² Fols. 46 al 118 C1- JEPMS de Tunja

³Fol. 117 C-1 JEPMS de Tunja

⁴ Fols. 199 al 203 C- Fiscalía General de la Nación

inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 240 meses⁵.

El enjuiciado Domingo Eduardo Gándara Romero y su abogado de confianza Helman Gómez Ibarra solicitaron la sustitución de prisión intramural por prisión domiciliaria en escritos del 11 octubre del 2018⁶ y 9 de noviembre del 2018⁷ con fundamento en la Ley 1709 de 2014.

Mediante auto interlocutorio 110 del 27 de noviembre de 2018⁸, el Juzgado Sexto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja negó la ejecución de la pena privativa de la libertad en el lugar de la residencia o morada del condenado. Notificados los sujetos procesales no interpusieron recursos ordinarios.

El 26 de febrero de 2019 el procesado Domingo Eduardo Gándara Romero solicitó nuevo estudio y análisis sobre el beneficio de prisión domiciliaria con fundamento en el principio de favorabilidad⁹, petición en iguales términos presentada por su defensor Helman Gómez Ibarra el 11 de junio de 2019¹⁰

Con providencia 608 del 8 de julio de 2019 el Juzgado Sexto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja negó la ejecución de la pena privativa de la libertad en el lugar de residencia del procesado, interpuesto recurso de apelación contra esta decisión, mediante decisión 803 del 11 de

⁵ Fols. 190 al 193 C-1 JEPMS de Tunja

⁶ Fol. 354 C-1 JEPMS de Tunja

⁷ Fol. 365 C-1 JEPMS de Tunja

⁸Fol. 1 al 3 C-2 JEPMS de Tunja

⁹ Fols.114 al 119 C-2 JEPMS de Tunja

¹⁰ Fol. 182 al 188.

septiembre de 2019 el Juez a quo concedió el recurso de apelación que desata la Sala¹¹.

DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA Y DEL MOTIVO DE IMPUGNACIÓN

De la providencia impugnada.

El Juez Sexto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja en interlocutorio 608 del 8 de julio de 2019 negó la ejecución de la pena privativa de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado porque Domingo Eduardo Gándara Romero fue condenado por el delito de concierto para delinquir agravado por los Juzgados Quinto Penal del Circuito Especializado de Bogotá y Segundo Penal del Circuito Especializado de Cartagena en fallos del 30 septiembre de 2010 y 25 de mayo de 2011, punible excluido de este beneficio por el artículo 28 de la Ley 1709 de 2014.

Señaló que los hechos juzgados ocurrieron en vigencia del art. 28 de la Ley 1709 de 2014 alusivo al beneficio de la *"ejecución de la pena privativa de la libertad en el lugar de la residencia o morada del sentenciado"* y que para la procedencia de este beneficio se exigía cumplir los requisitos de los numerales. 3º y 4º del art. 38B de la Ley 599 de 2000.

Que le asiste razón al apoderado del interno sobre la no aplicación de la prohibición inmersa en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006. No obstante reiteró que como se indicó en la providencia 1100 del 27 de noviembre de 2018 *"DOMINGO EDUARDO GÁNDARA ROMERO en las condenas acumuladas fue*

¹¹ Fol. 219 al 222.

condenado por el ilícito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, delito que expresamente se halla excluido de la posibilidad de acceder a la rogativa de "ejecución de la pena privativa de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado" conforme lo señala el propio artículo 38G de la Ley 599 de 2000, por lo que se torna improcedente su concesión ... "; prohibición específica que emerge del art. 28 de la Ley 1709 de 2014 que adicionó el art. 38G a la Ley 599 de 2000.

Que la prohibición inmersa de la Ley 1121 de 2006 tampoco procede para el delito de extorsión pues fue cometido antes de agosto de 2006, cuando aún no regía la mencionada normatividad.

Asimismo ordenó al Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Cómbita adoptar correctivos para facilitar el acceso del interno a la plataforma de la UNAD para desarrollar su actividad académica de Maestría.

También negó la entrevista personal solicitada por el interno y concedió el recurso de apelación interpuesto contra el interlocutorio 193 del 14 de marzo de 2019 ante esta colegiatura que negó el beneficio administrativo de hasta 72 horas.

Inconforme con la decisión el apoderado judicial interpuso el 17 de julio de 2019 recurso de apelación contra la decisión interlocutoria 608 del 8 de julio de 2019 y mediante escrito del 29 de julio de 2019, Domingo Eduardo Gándara Romero y su defensor conjuntamente desistieron del recurso de apelación concedido contra el auto interlocutorio 193 del 14 de marzo de 2019 que negó la concesión del beneficio administrativo de hasta 72 horas.

Con interlocutorio 803 del 11 de septiembre de 2019 el Juzgado Sexto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja aceptó el desistimiento del recurso impetrado contra el interlocutorio 193 del 4 de marzo de 2019 y concedió el recurso de apelación contra el auto 608 del 8 de julio de 2019¹².

Del motivo de impugnación.

Pretende el recurrente la revocatoria de la providencia impugnada para que en su lugar se otorgue la ejecución de la pena privativa de la libertad en su residencia o morada.

Resaltó que el a quo se equivocó al afirmar que la Ley 1709 de 2014 estaba vigente para la época de los hechos criminales y adujo que el despacho no se pronunció sobre los documentos presentados para demostrar arraigo familiar y social. Luego transcribió apartes de la decisión impugnada referidos a que el sentenciado descontó la mitad de la sanción penal; que la prohibición establecida en la Ley 1121 de 2006 no aplica y lo relacionado con la improcedencia del beneficio de ejecución de la pena privativa de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado en virtud de la prohibición consagrada en el art. 28 de la Ley 1709 de 2014 que adicionó el art. 38G a la Ley 599 de 2000.

A continuación argumentó que el juez no observó que la Sala Penal del Tribunal de Bogotá indicó *"...la sala encuentra improcedente que el a quo haya excluido la rebaja por sentencia anticipada correspondiente al delito de extorsión porque de una parte, en virtud del principio de favorabilidad no resulta aplicable"*, afirmando que durante 5 años el Juez Sexto de Ejecución ha negado los beneficios a su patrocinado por no reconocer el

¹² Fols.219 al 222 C-2 JEPMS de Tunja

principio de favorabilidad pese a que acepta que si fue un yerro de él que derivó de las consideraciones expuestas por el juez de conocimiento, situación que el recurrente cuestiona pues el juez no lee las sentencias objeto de control, pues no atendió a lo señalado por la Sala Penal del Tribunal.

Recalcó que es deber del Juez de ejecución tener cuidado y diligencia en sus decisiones porque la libertad y la dignidad de la personas está de por medio y que su patrocinado ha sido un interno ejemplar; ha acatado todas las leyes y reglas del régimen penitenciario desde el principio de la ejecución de la condena y, demostró que la resocialización ha sido progresiva.

Que el procesado realizó las gestiones necesarias para iniciar estudios superiores en maestría de psicología comunitaria, cursando solo el primer semestre pues tuvo que aplazar.

Estos antecedentes evidencian la intención de su representado para obtener perdón de la sociedad cuyos resultados debería conocer el Juez ejecutor, para lo que enlista cada uno de los seminarios, trabajos y cursos en los que ha participado Gándara Romero así como sus menciones de honor.

Que su patrocinado presentó derecho de petición ante el Procurador Judicial 174 Segundo Penal para que revisará el proceso a cargo del Juez de Ejecución de Penas porque consideró que por favorabilidad no aplicaba la prohibición contemplada en el artículo 11 de la Ley 733 del 2012 y 26 de la 1121 del 2006 y que éste le señaló que las decisiones judiciales gozaban de presunción de legalidad y de acierto; que no encontraba configurado el

desvío de poder y que podía insistir en el uso de los instrumentos judiciales para garantizar sus derechos.

Afirmó que el agente del ministerio público fue solidario con el Juez Sexto de Ejecución de Penza y Medidas de Seguridad, que cinco años después reconoció la confusión.

Por otro lado, luego de explicar la naturaleza jurídica del principio de favorabilidad el recurrente arguyó que su defendido cometió los delitos por los cuales está cumpliendo pena en el 2004 hasta el 2006 y que el Tribunal Superior Judicial de Bogotá Sala Penal aplicó el principio de favorabilidad a su representado.

Concretó que no era cierto que la Ley 1709 del 2014 se implementó en el "2014", que no existe conflicto de leyes para la época en que se realizaron los hechos delictuosos cometidos por su patrocinado y que por eso la Sala Penal del Tribunal de Bogotá aplicó el principio de favorabilidad.

Explicó que el principio de favorabilidad en materia penal aplica para lo sustancial como lo procedimental cuando las normas instrumentales posteriores tienen relevancia para determinar la aplicación de una sanción más benigna y que de conformidad con el artículo 6° del Código Penal no se establece salvedad ni excepción alguna, concluyendo que en presencia de tránsito legislativo o coexistencia de normas que regulen el mismo supuesto fáctico pero de manera diferente, debe optarse por la que favorezca al procesado.

Puntualizó que la Sala Penal para la época de los hechos aplicó el principio de favorabilidad y señaló que la Ley 732 del 2002 y 1121 del 2006 no cobijan

a su patrocinado porque una fue derogada y la otra no había entrado en vigencia.

Añadió que los artículos 29 de la Constitución Política, 44 de la Ley 153 de 1887, 6° de la Ley 599 del 2000, 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos refieren al principio de favorabilidad y no limitan su aplicación en ningún caso.

En consecuencia, por favorabilidad debe concederse a su representado el sustituto de prisión intramural por el de domiciliaria aludido, pues no es justa ni viable la posición que adoptó el juez de ejecución de penas al aplicar la restricción del beneficio por lo expuesto sobre la Ley 1709 de 2014 que adicionó el art. 38 G a la Ley 599 de 2000.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

Conoce la Sala el recurso de apelación interpuesto por Domingo Eduardo Gándara Romero contra la providencia 608 del 8 de septiembre de 2019 proferida por el Juzgado Sexto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja que negó la ejecución de la pena privativa de la libertad en el lugar de residencia o morada, contemplada en el art. 38G y ss. del estatuto penal, en virtud de la competencia que le asiste a esta Corporación conforme a los factores territorial y funcional insertos en los artículos 34 y 42 de la Ley 906 de 2004.

Para estudiar la problemática planteada y establecer si es procedente conceder el subrogado penal del cumplimiento de la pena de prisión en la residencia o morada del procesado estudiaremos (i) del principio de favorabilidad en materia de penal; (ii) del tránsito legislativo del subrogado

penal de prisión domiciliaria a partir de la expedición del Código Penal -Ley 599 de 2000- y (iii) del caso concreto.

1.- Del principio de favorabilidad en materia de penal.

La favorabilidad es un principio rector del derecho punitivo, de aplicación inmediata e intangible, que forma parte del debido proceso y está inescindiblemente relacionado con el ámbito de validez temporal de las normas jurídicas ya que es una excepción a la regla general según la cual las leyes rigen hacia el futuro.

En materia penal por regla general está proscrita la retroactividad de la norma de acuerdo con el inc. 2º del art. 29 de la Constitución Política y el inc. 1º del art. 6 del Código Penal de 2000. Sin embargo, cuando existe tránsito legislativo, la Ley penal aplicará a hechos punibles ocurridos con anterioridad a su vigencia cuando es más permisiva o favorable para el procesado e incluso para el condenado¹³:

“ARTICULO 29¹⁴. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

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.

¹³ Al respecto el art. 44 de la Ley 153 de 1887 dispone: *“En materia penal la Ley favorable ó permisiva prefiere en los juicios á la odiosa ó restrictiva, aun cuando aquella sea posterior al tiempo en que se cometió el delito. Esta regla favorece á los reos condenados que estén sufriendo su condena”.*

¹⁴ En los incisos 1 y 2 del art 6 de la Ley 599 de 2000 se reproduce en iguales términos el contenido del artículo 29 de la Carta Política. En idéntico sentido estaba consagrado el principio de favorabilidad y conocimiento de la Ley en el art. 6 y 10 del Código Penal de 1980, respectivamente.

En materia penal, la Ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

(...)"

Cuando existe tránsito legislativo las personas sometidas al proceso penal gozan de la facultad de acogerse a la ley que resulte menos gravosa respecto a la restricción de sus derechos fundamentales con ocasión a la condena. Esto significa la aplicación retroactiva y ultractiva de la norma penal para hechos ocurridos durante su vigencia cuando la nueva norma es desfavorable o restrictiva en relación con la ley derogada. *"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"* (cfr. C. Const. Sentencia C-200 del 19 de mar. 2002).

En el campo procesal el fenómeno de sucesión normativa está regulado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 que establece *"Las Leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuviesen iniciadas, se regirán por la Ley vigente al tiempo de su iniciación"*. Sin embargo esta disposición debe aplicarse e interpretarse a la luz de los principios constitucionales de legalidad y favorabilidad y por lo tanto habrá casos en donde no procederá la regla de efecto general inmediato de las normas procesales (cfr. C. Const. Sentencia C-619 del 14 de jun. 2001).

Para que concurra la aplicación del principio de favorabilidad de la ley sustancial o procesal penal y la retroactividad o ultractividad como fenómenos de aplicación de la Ley en el tiempo deben concurrir como presupuestos (i) la existencia de una sucesión normativa en el tiempo o coexistencia de legislaciones; (ii) la regulación del mismo supuesto de hecho pero con consecuencias diversas y (iii) la existencia de una disposición permisiva o favorable respecto de otra norma.

Cuando se verifique la concurrencia de los presupuestos expuestos, el juez de conocimiento en cada caso en particular determinará cuál es la norma más beneficiosa o favorable al procesado. La aplicación del principio de favorabilidad de una norma penal no puede preverse en abstracto sino que depende de las circunstancias particulares del caso. (cfr. CSJ, Cas. Penal, 03 de sep. 2001, Rad. 16837 y C. Cons. Sentencia C-619 del 14 de jun. 2001, C-581 de 2001).

Dada la naturaleza del principio de favorabilidad como derecho fundamental, de aplicación inmediata y carácter intangible, su aplicación procede en todo momento y corresponde establecer al juez competente de cada etapa procesal su procedencia (cfr. Sentencia C-371 del 11 de may 2011).

2.- Del tránsito legislativo del subrogado penal de prisión domiciliaria a partir de la expedición del Código Penal (Ley 599 de 2000).

La prisión domiciliaria permite al condenado cumplirla la pena privativa de la libertad en su lugar de residencia o morada.

Antes de la expedición de la Ley 1709 de 2014 que modificó el art. 38 del Código Penal, el Juez de Conocimiento al proferir sentencia debía verificar los requisitos contemplados en el art. 38 para conceder la sustitución de la pena prisión por la domiciliaria, esto es (i) que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de 5 años de prisión o menos; (ii) que el desempeño personal, laboral o social del sentenciado permita al Juez decidir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena y (iii) que se garantice mediante caución el cumplimiento de las obligaciones allí contenidas.

Con la expedición de la Ley 1709 de 2014 se incrementó el término objetivo para conceder el beneficio de prisión domiciliaria; no se valora el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado para en su lugar adoptar el criterio de arraigo familiar y social del condenado; pero se excluye de este beneficio a quienes incurran en los delitos del art. 68 A, de tal forma que no en todos los casos la nueva normativa es más favorable al procesado porque establece un requisito objetivo de exclusión:

“ARTICULO 38. LA PRISION DOMICILIARIA COMO SUSTITUTIVA DE LA PRISION. <Artículo modificado por el artículo 22 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión consistirá en la privación de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el Juez determine.

El sustituto podrá ser solicitado por el condenado independientemente de que se encuentre con orden de captura o privado de su libertad, salvo cuando la persona haya evadido voluntariamente la acción de la justicia.

PARÁGRAFO. La detención preventiva puede ser sustituida por la detención en el lugar de residencia en los mismos casos en los que procede la prisión domiciliaria. En estos casos se aplicará el mismo régimen previsto para este mecanismo sustitutivo de la prisión.

ARTÍCULO 38B. REQUISITOS PARA CONCEDER LA PRISIÓN DOMICILIARIA. <Artículo adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

- 1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la Ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.*
- 2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.*
- 3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.*

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

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

a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;

b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe

asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;

c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;

d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad”.

Además precisó la Corte Suprema de Justicia que en los casos en los que el Juez ha omitido pronunciarse en la sentencia de primera y/o segunda instancia sobre la prisión domiciliaria, corresponde al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, conforme al art. 38, efectuar el pronunciamiento respectivo y si es del caso estudiar la posible sustitución de la pena intramural por la domiciliaria¹⁵.

De otro lado durante la ejecución de la pena aparecen otras dos figuras jurídicas en virtud de las cuales se da la sustitución de la pena intramuros por la domiciliaria.

El primero es el instituto de la sustitución de la pena a que se refiere el art. 461 del C. de P.P. contenido en la Ley 906 de 2004 que remite al art. 314 ibídem, únicamente a los eventos contenidos en los numerales 2º al 5º. Esta sustitución es potestad del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de

¹⁵ Providencia de octubre 19 de 2006. M.P. Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Casación 25724.

Seguridad y se deben examinar todas las hipótesis contempladas en el art. 314 referidas a la edad del condenado, enfermedad grave, embarazo o alumbramiento y la condición de madre o padre cabeza de familia, en hechos surgidos con posterioridad a la ejecutoria del fallo.

En segundo lugar con la expedición de la Ley 1709 de 2014, se adicionó al Código Penal el art. 38 G en virtud del cual *"La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del condenado cuando haya cumplido la mitad de la condena y concurran los presupuestos contemplados en los numerales 3 y 4 del artículo 38B del presente código, excepto en los casos en que el condenado pertenezca al grupo familiar de la víctima o en aquellos eventos en que fue sentenciado por alguno de los siguientes delitos: genocidio; contra el derecho internacional humanitario; desaparición forzada; secuestro extorsivo; tortura; desplazamiento forzado; tráfico de menores; uso de menores de edad para la comisión de delitos; tráfico de migrantes; trata de personas; delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; extorsión; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; terrorismo; usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas; financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada; administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada; financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso restringido, uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, salvo los contemplados en el artículo 375 y el inciso 2o del artículo 376 del presente código."* (Subraya la Sala).

Es decir, este último instituto legal fue creado con la Ley 1709 de 2014 y su procedencia está restringida, pues el legislador excluyó de este beneficio a quienes incurran en los punibles enlistados en esa misma norma, como extorsión y concierto para delinquir, agravado; entre otros.

Dentro de la competencia legislativa del Congreso está el diseño de la política criminal penitenciaria que alberga la facultad para otorgar beneficios o subrogados penales y sus restricciones, dependiendo de la gravedad del ilícito cometido y el grado de afectación o daño que con las conductas delictivas se ocasionen al bien común y a la sociedad.

La exclusión de beneficios y subrogados "es una decisión del poder legislativo que busca hacer efectivo el derecho a la justicia de las víctimas y, en un sentido más amplio, garantizar el cumplimiento del reproche social en contra de quien ha cometido una conducta que afecta, de forma grave, bienes jurídicos especialmente valiosos desde la perspectiva constitucional, como la vida, la dignidad humana, la seguridad personal y la integridad física"¹⁶.

De manera que no en todos los casos la nueva normativa es más favorable al procesado, pues dependiendo de la naturaleza jurídica del punible podrá ser beneficiado o no, de acuerdo con la política criminal que adopte el legislador al momento de crear la norma.

3.- Del caso concreto.

De conformidad con los principios de legalidad y favorabilidad consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política "*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o*

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-073 del 10 de febrero de 2010.

tribunal competente y con la 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”, reiterado en el art. 6° del Código Penal.

Para establecer si Domingo Eduardo Gándara es destinatario de los beneficios y subrogados penales contemplados en la ley, la Sala analizará las normas vigentes para la época en que incurrió en los punibles por los que fue condenado y establecerá si existe tránsito normativo favorable a sus intereses para otorgar el subrogado deprecado.

Domingo Eduardo Gándara Romero descuenta pena acumulada por los delitos de homicidio agravado y concierto para delinquir agravado cometidos entre el 2004 y 2007¹⁷ y por el punible de extorsión por hechos ocurridos en el 2004, 2005 y hasta agosto de 2006, como a continuación se ilustra.

En la causa penal 2015-00068, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Cartagena en sentencia anticipada proferida el 21 de julio de 2016, condenó a Domingo Eduardo Gándara Romero por el punible de concierto para delinquir agravado por pertenecer a las autodefensas campesinas Bloque Héroes de los Montes de María entre 2004 y 2006, ejerciendo como auxiliar de finanzas en el sector de Cartagena, como se desprende del acta de formulación de cargos para sentencia anticipada del 21 de enero de 2015 suscrita por el enjuiciado y la Fiscal asignada, entre otros¹⁸. Negó la prisión domiciliaria porque el delito de Concierto para delinquir agravado “*se encontraba inmerso dentro de la lista*

¹⁷ Conforme a lo expuesto por La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá el 25 de mayo de 2011 y el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Cartagena en sentencia anticipada proferida el 21 de julio de 2016 (Fls. 37 al 48)).

¹⁸ fols.199 al 203 C. Fiscalía noticia criminal 13907

que consagra el artículo 68A de la ley 599 de 2000 y en consecuencia consideró que su concesión era “incuestionable”. Decisión que no fue impugnada¹⁹.

La Sala advierte que los hechos ocurrieron en el 2004 a 2006 y que el artículo 68 A no estaba vigente para la época, pues fue adicionado a la Ley 599 de 2000 con la expedición de la Ley 1142 de 2007 (art. 32), que comenzó a regir el 28 de junio de 2007, lo que significa que el Juez de conocimiento se equivocó cuando negó la prisión domiciliaria con fundamento en la prohibición contenida en el art. 68A.

No obstante tampoco era procedente la prisión domiciliaria como sustitutiva de prisión contemplada en el art. 38 del Código Penal vigente para hechos ocurridos con anterioridad a la expedición de la Ley 1142 de 2007 que modificó el artículo original de la Ley 599 de 2000, que consagraba como requisito objetivo que la sentencia se impusiera por conducta punible cuya pena mínima prevista fuera de 5 años de prisión o menos, pues la pena para el delito de concierto para delinquir agravado dispuesto en el inciso 2º del art. 340, modificado por el art. 8 de la Ley 733 de 2002 que rigió la situación jurídica de Domingo Eduardo Gándara, era de 6 a 12 años de prisión.

Dentro del otro proceso acumulado, radicado 2009-00015, en la sentencia de segunda instancia, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá el 25 de mayo de 2011, señaló que durante 2006 y 2007 se conformó un grupo criminal emergente en los espacios dejados por los desmovilizados de las autodefensas en Cartagena y otros municipios, empresa criminal a la que le atribuyeron 18 homicidios cometidos en la

¹⁹ Fols. 37 al 47 C - Juzgado Segundo Penal del Circuito Espeluzado de

capital bolivarense entre julio de 2006 a febrero de 2007 y también extorsiones como se acreditó con el informe 202 SIJIN DEATA de agosto 28 de 2006, siendo Domingo Eduardo Gándara condenado por los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo y heterogéneo con extorsión y Concierto para Delinquir Agravado y modificó la sentencia anticipada proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Bogotá para imponer una menor a Domingo Eduardo Gándara con ocasión al reconocimiento del beneficio de rebaja de pena por aceptación de cargos para el delito de Concierto para delinquir.

No se pronunció sobre la prisión domiciliaria como sustitutiva de prisión de que trata el art. 38 del C.P, pues este aspecto no fue impugnado y el Juez de primera instancia en su decisión refirió que Domingo Eduardo Gándara fue condenado por una pena mayor a la establecida en el art. 38 del C.P para conceder el sustituto penal, puesto que la pena impuesta en la sentencia superaba los 5 años.

Entonces la Sala precisa que Domingo Eduardo Gándara Romero no fue acreedor del sustituto de prisión domiciliaria, de acuerdo con las normas vigentes para la época de los hechos delictuales, porque los punibles objetos de condena contemplan una pena mínima mayor a 5 años, exigencia normativa establecida en el art 38 del C.P. como fue explicado y no existe tránsito legislativo favorable a sus intereses para otorgar el subrogado deprecado.

Cuando Domingo Eduardo Gándara Romero incurrió en los delitos de homicidio agravado, concierto para delinquir agravado y extorsión, el art. 11 de la Ley 733 de 2002 que prohibió las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, los beneficios y subrogados administrativos y judiciales para los delitos de terrorismo, secuestro, secuestro extorsivo,

extorsión y conexos, había sido derogado tácitamente por las Leyes 890 y 906 de 2004 que normaron lo concerniente a los institutos de libertad condicional, suspensión condicional de la pena, prisión domiciliaria, sustitución de la ejecución de la pena por prisión domiciliaria, rebaja de pena por sentencia anticipada y redención de pena por trabajo y estudio, aspectos sobre los que operó la derogatoria.

El artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, que reprodujo la prohibición contenida en el art. 11 de la Ley 733 de 2002 para los delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, tampoco estuvo vigente para la época en que Domingo Eduardo Gándara Romero incurrió en el delito de extorsión, pues entró a regir el 29 de diciembre de 2006 y el punible se cometió antes de septiembre de ese año, como lo afirman el Juez de primera instancia y el abogado recurrente.

Sobre la prohibición adicional a los condenados por delitos de homicidio, lesiones personales bajo modalidad dolosa, contra la libertad, integridad y formación sexual, así como secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescente contenida en el art. 199-8 de la Ley 1098 de 2006, que empezó a regir 6 meses después de su promulgación, es decir el 8 de mayo de 2007, Domingo Eduardo Gándara Romero no es destinatario de esta normatividad porque no fue condenado por delitos cuyas víctimas fueran menores de edad, como se advierte de la lectura de las sentencias acumuladas proferidas contra él.

Así mismo la prohibición contenida en el art. 68 A, adicionada por el art. 32 de la Ley 1142 de 2007 y modificada por los artículos 13 de la Ley 1474 de 2011, 32 de la Ley 1709 de 2014, 4 de la Ley 1773 de 2016 y 6 de la Ley 1944 de 2018 tampoco rige la situación jurídica del interno por tratarse de

normas desfavorables a sus intereses, expedidas con posterioridad a la comisión de los punibles por los cuales fue procesado.

Lo expuesto permite colegir que Domingo Eduardo Gándara Romero puede ser destinatario de beneficios y subrogados penales cuyo acceso no este limitado de manera especial por el legislador como puede ser la libertad condicional, contrario a lo que sucede con la ejecución de la pena privativa de la libertad en el lugar residencia del interno, pues dicho sustituto penal introducido al ordenamiento jurídico con la expedición de la Ley 1709 de 2014, contiene una cláusula especial de exclusión, en la medida en que prohíbe su otorgamiento a los procesados por los delitos de extorsión y concierto para delinquir allí enlistados, entre otros.

De otra parte, la Sala advierte que Domingo Eduardo Gándara Romero podría ser destinatario del sustituto penal de la prisión domiciliaria contemplada en el art. 38 G del C.P, adicionado por el art. 28 de la Ley 1709 de 2014, porque si bien es cierto el legislador excluyó de este beneficio a los condenados por los punibles de extorsión y concierto para delinquir agravado por los que descuenta pena, no lo es menos que no lo prohibió para los delitos de homicidio agravado, por lo que por reatos de esta naturaleza sería posible su otorgamiento.

Dicho de otra manera, la concesión de este instituto sería procedente cuando se haya cumplido la mitad de la pena impuesta para el delito o delitos de homicidio que lo permiten y la totalidad de las impuestas para los delitos de extorsión y concierto para delinquir agravado que lo impiden.

Del examen de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Bogotá el 30 de septiembre de 2010 se establece que por el delito de homicidio agravado se impusieron trescientos treinta y

seis (336) meses (o 28 años); por el concurso de homicidios doscientos cuatro (204) meses (o 17 años); por el concurso de extorsiones sesenta (60) meses (o 5 años) y por el delito de concierto para delinquir agravado treinta y seis (36) meses (o 3 años).

De otra parte, por el concurso de delitos de extorsión se impuso la pena de multa de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes y para el de concierto para delinquir agravado la de mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para un total de pena a imponer de seiscientos treinta y seis (636) meses de prisión equivalentes a cincuenta y tres (53) años y multa de mil setecientos (1700) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Respecto de la rebaja de pena por sentencia anticipada se señaló que Domingo Eduardo Gándara Romero tenía derecho al descuento punitivo por los delitos de homicidio agravado y concierto para delinquir agravado razón por la que le otorgó una rebaja de pena equivalente a quince (15) años por el delito de homicidio agravado y por el concurso de homicidios y de un (1) año para el delito de concierto para delinquir, lo que significa que otorgó una rebaja total de 16 años de prisión imponiendo en definitiva treinta y siete (37) años de prisión. Además disminuyó la multa impuesta por el delito de concierto para delinquir agravado de mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales en una tercera parte equivalente a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo que en definitiva impuso treinta y siete (37) años de prisión y multa de mil doscientos (1200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la providencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 25 de mayo de 2011 que desató el recurso de apelación interpuesto contra la decisión anterior, esa colegiatura señaló que la pena máxima imponible

para la época era de cuarenta (40) años de prisión (o 480 meses) y además advirtió que también procedía la rebaja de pena para el delito de extorsión por lo que aplicando la rebaja de una tercera parte a los cuarenta (40) años terminó imponiendo veintiséis (26) años, ocho (8) meses y mil doscientos (1200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Eso significa que realizadas las correspondientes equivalencias, a Domingo Eduardo Gándara Romero se le condenó a veintidós (22) años, siete (7) meses y veintitrés (23) días por los delitos de homicidio; a dos (2) años, seis (6) meses y seis (6) días por el de extorsión y a un (1) año, seis (6) meses y un (1) día por el delito de concierto para delinquir agravado.

De otra parte el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Cartagena mediante sentencia anticipada del 21 de julio de 2016 condenó a Domingo Eduardo Gándara Romero por el delito de concierto para delinquir agravado a la pena de siete (7) años, seis (6) meses (o 90 meses) y multa de dos mil quinientos (2500) salarios mínimos legales mensuales vigentes; y le aplicó el 50% de rebaja de pena por sentencia anticipada fijando la de prisión en tres (3) años, ocho (8) meses (o 44 meses) y la de multa en mil doscientos cincuenta (1250) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El juzgado sexto de ejecución de penas y medidas de seguridad de Tunja mediante Providencia del 19 de julio de 2017 acumuló jurídicamente las penas y para ello partió de la condena más grave de trescientos veinte (320) meses de prisión y le aumentó por el otro delito de concierto para delinquir agravado la mitad de la condena, esto es veintidós (22) meses para un total de trescientos cuarenta y dos (342) meses de prisión equivalentes a veintiocho (28) años seis (6) meses. Además acumuló aritméticamente las multas de 1200 y 1250 salarios mínimos legales

mensuales vigentes para un total de 2450 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Recapitulando, el sentenciado debe cumplir la mitad de la pena impuesta por el delito de homicidio de veintidós (22) años, siete (7) meses y veintitrés (23) días equivalente a once (11) años, tres (3) meses y veintisiete punto cinco (27.5) días y la totalidad de la penas impuestas para los delitos de extorsión de dos (2) años, seis (6) meses, seis (6) días; concierto para delinquir agravado de un (1) año, seis (6) meses y dos (2) días y además veintidós (22) meses por la pena acumulada por el delito de concierto para delinquir agravado. En síntesis deberá cumplir 14 años, 38 meses y 5.5 días.

El procesado descuenta pena desde el 21 de febrero de 2007, lo que significa que actualmente²⁰ lleva privado de su libertad doce (12) años nueve (9) meses y trece (13) días y ha redimido cuarenta y dos (42) meses y cuatro punto dieciocho (4.18) días, según el recuento efectuado en el interlocutorio 1100 del 27 de noviembre de 2018 equivalentes a tres (3) años, seis (6) meses y cuatro punto dieciocho (4.18) días, lo que significa que en total ha purgado dieciséis (16) años, tres (3) meses y diecisiete punto dieciocho (17.18) días, cumpliéndose así el requisito objetivo.

Como quiera que aún no se ha demostrado el arraigo familiar y social del condenado, ni tampoco se ha constituido, en el evento de resultar necesario, caución para el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el numeral cuarto del artículo 38 B del código penal adicionado por la Ley 1709 de 2014, artículo 23, se regresarán las diligencias al juzgado de origen para que el a quo se pronuncie en oportunidad y a la mayor brevedad sobre el otorgamiento de dicho Instituto.

²⁰ Hoy 4 de diciembre de 2019

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la providencia de primera impugnada y en su lugar declarar que el requisito objetivo contemplado en el artículo 38 G del código penal adicionado por la Ley 1709 de 2014, artículo 28, está satisfecho, por los argumentos aquí expuestos.

SEGUNDO. Una vez examinados y acopiados los requisitos a que se refieren los numerales 3 y 4 del artículo 38B de adicionado por la Ley 1709 de 2014, artículo 23, el juzgado de primera instancia deberá pronunciarse nuevamente y a la mayor brevedad sobre el otorgamiento del Instituto.

TERCERO. Por Secretaría notifíquese personalmente de esta decisión al Agente del Ministerio Público, al sentenciado Domingo Eduardo Gándara Romero y su apoderado judicial.

CÓPIESE, NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

EDGAR KURMEN GÓMEZ
Magistrado

LUZ ÁNGELA MONCADA SUÁREZ
Magistrada

JOSÉ ALBERTO PABÓN ORDÓÑEZ
Magistrado

PEDRO PABLO VELANDIA RAMÍREZ
Secretario