

PRINCIPIO DE LEGALIDAD - APLICACIÓN RETROACTIVA FAVORABLE: Opera frente a la coexistencia de normas.

SUSTITUTO DE PRISIÓN DOMICILIARIA - APLICACIÓN DE LAS NORMAS VIGENTES A LA FECHA DE OCURRENCIA DE LOS HECHOS: Adopción de las modificaciones establecidas en la Ley 1709 de 2014 y no del texto original del art 38 del Código Penal.

SUSTITUTO DE PRISIÓN DOMICILIARIA CONFORME EL ART 38B DEL CÓDIGO PENAL – REQUISITOS: Su otorgamiento se encuentra condicionado a la aplicación del art 68A del C.P.

No obstante se considera que la decisión objeto de apelación contravino el Principio de Legalidad, al aplicarse frente al estudio de la prisión domiciliaria, una norma que había perdido vigencia, en tanto que para el momento de los hechos no operaba la presencia de un tránsito legislativo que lleve a considerar la excepción legal de la aplicación del precepto retroactivo por considerarlo este favorable para la situación del penado, siendo lo procedente aplicar lo regulado por el art 38B introducido por la Ley 1709 de 2014 y no el contenido del art 38 del C.P. en su texto original, no hay lugar a la concesión del referido sustituto, teniendo en cuenta que no se cumple con los requisitos para ello, pues su estudio no solamente debe sujetarse a las previsiones del art 38B del C.P., sino también a lo dispuesto en el inciso 1° del art 68A *ibídem*; y si bien el delito por el cual se procede no se encuentra en el listado taxativo del inciso 2° del art 68A del Estatuto de las Penas, el procesado si presenta antecedentes penales dentro de los 5 años anteriores a la conducta punible por la que está siendo juzgado, aspecto que toca lo concerniente a la reincidencia delictiva; razón suficiente para confirmar la negación del sustituto de la prisión domiciliaria, pero conforme a los planteamientos que se exponen por la Corporación. /

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto

Sala de Decisión Penal

Magistrado Ponente	:	Franco Solarte Portilla
Asunto	:	Apelación sentencia condenatoria
Delito	:	Concierto para delinquir agravado
Condenadas	:	DLUO
Radicación	:	520016000000-201700240-02 NI 27196
Aprobación	:	Acta N° 2019 – 002 (Enero 22 de 2019)

San Juan de Pasto, enero veintiocho de dos mil diecinueve

Vistos

Resuelve el Tribunal el recurso de alzada interpuesto y sustentado por la defensa del señor DLUO, en contra de la sentencia calendada a 23 de julio de 2018, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de

Pasto, que lo condenó en calidad de autor a título de dolo por la comisión del delito de concierto para delinquir simple a una pena de 48 meses de prisión y multa equivalente a 1350 SMLMV, además de la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo periodo de la privativa de la libertad; igualmente le negó el subrogado de la suspensión condicional de la pena y el sustituto de la prisión domiciliaria.

Los hechos

La investigación desarrollada por la Fiscalía que tuvo sus inicios en el mes de marzo de 2017, permitió obtener información sobre la actividad delictiva que se venía desarrollando desde hace 3 años atrás por varias personas que intervenían desempeñando roles definidos dentro de una organización delincuenciales conocida como “Los Piyayas”, dedicada a la venta y comercialización de sustancias estupefacientes, que tenía como centro de operación el municipio de La Unión, Nariño; pues el ilegal producto era inicialmente adquirido en la localidad de Mercaderes, Cauca, para luego ser distribuido en menores cantidades a consumidores y lugares dedicados al expendido ubicados en aquella municipalidad nariñense.

Conforme a los datos suministrados por fuente humana se logró la desarticulación de la estructura criminal, ya que al obtenerse la identificación de sus miembros se consolidaron sus capturas y posterior vinculación a la actuación procesal, entre otros¹ del señor DLUO, alias “cartera”, quien fue señalado de ser uno de los encargados del manejo del microtráfico de narcóticos especialmente de bazuco y marihuana en cualquiera de sus

¹ A esta misma investigación se vinculó a los señores BMRT, GOTR, KFGT, JBCM, JSCS y HBL, alias “Torete”, reconocido como el cabecilla de la organización criminal.

presentaciones común o cripy, en lugares públicos como discotecas y otros sectores reconocidos en la localidad de La Unión, Nariño.

Resumen de la actuación cumplida

Ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de La Unión, Nariño, el 1° de diciembre de 2017 se llevaron a cabo las audiencias preliminares en las que se decretó la legalidad del procedimiento de allanamiento y registro a inmueble, así como de la captura realizada por orden judicial, del señor DLUO, entre otros².

En la misma fecha la Fiscalía formuló imputación en contra del prenombrado por el punible de concierto para delinquir agravado, en modalidad dolosa a título de coautor, oportunidad en la que el imputado no se allanó a los cargos, culminando la diligencia con la imposición de la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en el centro carcelario de esa municipalidad.

En fecha 6 de febrero de 2018 la Fiscalía radicó en el centro de servicios judiciales de los Juzgados Penales del Circuito Especializados de esta ciudad, acta de preacuerdo en la que pactó como único beneficio la eliminación del agravante específico descrito en el inciso 2° del artículo 340 del Código Penal, a cambio de la aceptación de responsabilidad del señor UO por la comisión del delito de *concierto para delinquir simple* en modalidad dolosa y en calidad de coautor, pactándose una pena definitiva de 48 meses de prisión y las penas accesorias correspondientes, sin que se vislumbre la

² La Fiscalía obtuvo las órdenes de captura en contra de los integrantes de la organización delictiva el 22 de noviembre de 2017, emitidas por el Juzgado Promiscuo Municipal de El Contadero, Nariño.

posibilidad de ser acreedor al subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por reportar antecedentes penales³.

Surtido lo anterior, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de esta ciudad que le correspondió por reparto dar trámite a la acusación presentada por el ente persecutor, llevó a cabo el 16 de marzo del año anterior audiencia de verificación de preacuerdo, en la que se impartió aprobación al mismo, dando paso al trámite de individualización de pena, escenario en el que el defensor del señor DLUO procedió a solicitar se reconozca a favor de su prohijado el sustituto de la prisión domiciliaria, pedimento que al ser negado por la Juez de conocimiento conllevó a la interposición del recurso de apelación a cargo del apoderado judicial del acusado; por consiguiente la Judicatura procedió a decretar la ruptura de la unidad procesal, en tanto que se continuó con la actuación procesal por la mayoría de los procesados y acto seguido concedió la impugnación aludida ante esta Corporación.

Sea del caso mencionar que de manera posterior en razón a que el Juzgado de conocimiento concedió la alzada en el *efecto devolutivo*, procedió a proferir sentencia condenatoria en contra del señor UO el 23 de julio de 2018, la que se atuvo a los términos pactados y consolidando la decisión de negar el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, al igual que el sustituto de la prisión domiciliaria, por lo tanto nuevamente el apoderado del sentenciado manifestó su descontento e interpuso el recurso de alzada.

³ Los términos del acuerdo mencionado fueron extensivos a los demás imputados, salvo lo relacionado con la aplicación del subrogado penal contemplado en el artículo 63 del Código Penal, en tanto que se advirtió en el acto que los señores: BMRT, GOTR, KFGT, JBCM, JSCS y HB, tendrían derecho a su reconocimiento, por carecer de antecedentes penales, además de reunirse los requisitos previstos en la norma en cita.

Es preciso aclarar que la primera de las impugnaciones remitidas a esta Colegiatura no se decidió de fondo, puesto que el libelista desistió de la misma⁴, derivado ello de haber impugnado la sentencia bajo iguales argumentos a los que otrora alentaba su interés en la audiencia de verificación de preacuerdo y trámite del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal; de ahí que se encuentre el asunto en el trámite respectivo para valorar lo que en derecho corresponda, sobre la manifestación de descontento en contra del fallo adverso a los intereses del encartado.

Del fallo impugnado

El Juez de conocimiento se destinó en principio a detallar los aspectos fácticos, identificación del procesado como el trámite procesal impartido, para entonces hacer una remembranza de los términos del preacuerdo y en ese orden destacar que se arrimó a la actuación abundante material probatorio para configurar la concurrencia de los elementos de la responsabilidad penal atribuida al encausado, sin que se avizore causal alguna que impida adelantar el reproche penal ahora endilgado y aceptado por éste.

Acreditó además la participación dolosa del sentenciado en los acontecimientos delictivos, ya que se pudo configurar que éste obró con conciencia y voluntad en la ejecución de la conducta penal acusada, pues se demostró su intención libre de realizarla, con lo cual estableció de manera suficiente la calificación jurídica de los hechos y por consiguiente la atribución delictiva realizada por el ente acusador.

⁴ Mediante auto del 29 de agosto del año que pasó, se aceptó el desistimiento al recurso de alzada presentado por el doctor Fabio Sebastián Acosta Ortega, en calidad de defensor público del sentenciado.

Para el proceso de imposición de la pena se acogió a la sanción pactada por las partes, que correspondió a 48 meses de prisión y multa equivalente a 1350 SMLMV por la comisión del delito de concierto para delinquir simple; siguió entonces con la valoración de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, haciendo referencia al artículo 63 del Código Penal del que enumeró los requisitos que lo contienen, advirtiendo que para el caso del señor DLUO, si bien se podría predicar la concurrencia del factor objetivo por la pena impuesta, sumado a que la condena no fue por uno de los punibles enlistados en el artículo 68A *ibídem*, descartó su concesión por tenerse acreditada la existencia de antecedentes penales por igual reato al ahora reprochado.

Con relación a la prisión domiciliaria el Juzgador de instancia citó la normatividad contemplada en el texto original del artículo 38 del Código Penal, conforme al cual dedujo que el elemento objetivo se encontraba satisfecho ya que la pena mínima impuesta al procesado era de 4 años, no obstante desechó el aspecto subjetivo traído en la norma, tras considerar que el apoderado del ajusticiado no lo había demostrado suficientemente, de ahí que en aplicación del artículo 230 de la Carta Política que consagra la independencia judicial, argumentó que no se daban las condiciones para asegurar que el penado no pondrá en peligro a la comunidad y no evadirá el cumplimiento de la pena, por lo tanto concluyó negar el otorgamiento de este beneficio.

La sustentación del recurso

La defensa del sentenciado apeló la decisión proferida por el *a quo* que negó a su prohijado el beneficio del sustituto de la prisión domiciliaria, pues

consideró que las razones en las que se basó el Juzgador para sustentar su dicho, recayó en dos circunstancias que las enunció como: “(i) *una interpretación normativa negativa o desfavorable* y (ii) *una aplicación normativa incorrecta*”, las que argumentó así:

(i) Con relación a la primera situación enunciada, dijo que desde la individualización de la pena reclamó a favor de su prohijado la concurrencia de los requisitos contemplados en el artículo 38B del Código Penal, sin embargo el Juez de la Sentencia de manera deliberada adujo que conforme al inciso primero del artículo 68A *ibídem*, no concederá la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión por la existencia de antecedentes penales por delito doloso dentro de los 5 años anteriores, dejando así de valorar los requisitos que trae la norma específica, aspecto que adujo va en detrimento de las garantías de su representado.

Al margen de ello sostuvo que si bien lo aplicado es una razón para la negación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena contenida en el artículo 63 del Estatuto de las Penas, porque así lo contempla la ley, tal aspecto no se encuentra relacionado en la norma que instituye la prisión domiciliaria, ya que en ella no se hace referencia a la necesidad de ausencia de antecedentes penales, por lo cual el Juez debió limitarse a la verificación de que la pena sea menor de 8 años, que no se trate de delitos contemplados en el inciso segundo del artículo 68A *ibíd* y del arraigo del procesado, imponiendo a su vez el cumplimiento de las obligaciones correspondientes al condenado, aspectos que sí son aquí cumplidos.

Reforzó su dicho en el sentido de resaltar que el espíritu del legislador respecto a la regulación de los subrogados penales mencionados, se encaminó precisamente a distinguir con claridad que la valoración de los

antecedentes penales tiene razón de ser cuando se trate de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ya que la persona que resulte beneficiada de ello queda en libertad, mientras que para el mecanismo sustitutivo de la pena de prisión por domiciliaria, se modificaron los presupuestos teniendo en cuenta la política criminal del país ante el hacinamiento de los establecimientos carcelarios, en razón de crear alternativas jurídicas válidas para que la sanción penal pueda ser otorgada en la residencia del sentenciado; de ahí que afirmó que hacer una interpretación *in malam partem*⁵, que fueron los términos fijados por el operador judicial, es apuntar a un criterio peligrosista, propio de un derecho penal de autor.

(ii) Como segundo argumento señaló que el Juez de instancia al momento de estudiar el subrogado penal invocó el contenido del artículo 63 del Código Penal, aduciendo requisitos del texto original como también los introducidos por la Ley 1709 de 2014, generando con ello una mixtura de normas que se denomina doctrinalmente *lex tertia*, figura que a la vez se encuentra prohibida por la jurisprudencia, ya que no es posible estimar la conjunción favorable de normas para con ello generar una tercera norma, lo que entonces tachó como vulnerador de los derechos del procesado.

Se afincó luego en la cuestión de la prisión domiciliaria de la cual señaló que el Juzgador en lugar de atender los presupuestos que señala el articulado que la regula, dedujo las exigencias para su concesión en una norma que ya ha sido modificada, desconociendo con ello la regulación que actualmente rige este tipo de mecanismos sustitutivos de la pena de prisión y peor aún sin contemplar la fecha de ocurrencia de los hechos, conforme a los cuales era menester aplicar lo previsto por la Ley 1709 de 2014.

⁵ Contrario al reo.

A partir de ahí estableció que al aplicarse una norma descontextualizada al tema, generó que se haya realizado una valoración equivocada de los presupuestos que alientan el sucedáneo reclamado y de la labor encomendada al defensor, ya que la Judicatura se justificó en criticar la ausencia de acreditación de aspectos subjetivos del penado que en últimas no tenía el deber de demostrar, si en cuenta se tiene que el artículo 38B del Código Penal no los contempla como elementos para su concesión.

Por lo expuesto, solicitó se revoque el numeral tercero del fallo proferido por el Juzgado de primera instancia y en su lugar se proceda a la concesión del sustituto de la prisión domiciliaria a favor del señor DLUO.

Consideraciones de la Sala

Competente como es la Corporación para conocer de la alzada en este caso presentada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, corresponde entonces dilucidar el siguiente problema jurídico:

¿Debe ser acreedor el sentenciado del sustituto de la prisión domiciliaria a voces del artículo 38B del Código Penal como lo alega su apoderado judicial, o por el contrario fue acertado el análisis jurídico adelantado por el Juez de Conocimiento al negar la concesión del sucedáneo en mención al acudir para su valoración a la aplicación de los presupuestos contemplados en el texto original del artículo 38 del Código Penal, sin avizorar las modificaciones establecidas por la Ley 1709 de 2014?

En consideración al tema objeto de censura es preciso hacer algunas referencias frente al principio de legalidad, el que conforme lo previenen las

normas constitucionales⁶ que lo consagran y las sustantivas y adjetivas que lo describen en el escenario penal⁷, este axioma se traduce en que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes; es decir, se deberá dar aplicación a las reglas de juego que se encontraban operantes en la fecha de ocurrencia de los hechos; son estos los predicados que la jurisprudencia del alto Tribunal en la materia ha sostenido:

“2. Para empezar, es del caso recordar que, el principio de legalidad es un presupuesto del Estado social y democrático de derecho y constituye un límite al ejercicio del poder, en la medida que garantiza que todo precepto jurídico, capaz de regular el comportamiento humano, esté previamente definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley.

Trasladando tales previsiones al ámbito penal, se tiene que dicho postulado abarca la obligación de configuración legislativa previa y expresa frente a la tipificación del delito y sus consecuencias jurídicas (nullum crimen sine praevia lege y nulla poena sine praevia lege, respectivamente) como respecto del juez natural y las reglas sustantivas y de procedimiento pertinentes (nemo iudex sine lege y nemo damnetur nisi per legale indicum, en su orden).

Dicha garantía se erige en un mecanismo indispensable para salvaguardar al ciudadano de la injerencia indebida, arbitraria e imprevisible del poder punitivo del Estado que pudieran afectar o amenazar las libertades públicas, de tal suerte que propende por la protección de la seguridad jurídica y la igualdad de todas las personas ante la ley.”⁸ (Subrayas fuera de texto).

Bajo ese criterio debemos así mismo tener presente que uno de los componentes que conforman el mentado postulado es la figura entendida como la aplicación retroactiva favorable en materia penal, que se configura como una excepción en el evento en que de la coexistencia de normas se pueda interpretar que la ley posterior resulta más benéfica, en contraste a aquella vigente en el momento del acontecer delictivo; otra opción es que,

⁶ Artículo 29 de la Carta Política

⁷ Artículos 6° Código Penal y Ley 906 de 2004.

⁸ CSJ, SP982-2018, Rad. 51.163, 4 abr 2018, M.P. Éyder Patiño Cabrera.

habiendo un desarrollo normativo posterior, el mismo no resulte favorable a los particulares intereses que puede tener el procesado o sentenciado.

Ahora bien, recordemos que en el caso que ocupa nuestra atención el principal reproche que alienta la impugnación del representante judicial del condenado, se centra en que en la sentencia proferida por el Juez Segundo Penal del Circuito Especializado de Pasto, en el acápite de los *“mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad”*, se analizó lo concerniente a la prisión domiciliaria trayendo a colación el contenido del artículo 38 del Código Penal en su texto original, sin que se mencione argumento alguno que determine la invocación de esta normativa, si en cuenta se tiene que para la época de la ocurrencia de los hechos (desde aproximadamente el mes de marzo de 2014 hasta el 2017)⁹, el subrogado aludido ya se encontraba regulado por el artículo 38B introducido por la Ley 1709 de 2014, cobijando la aplicación de esta norma al caso frente al tiempo de finalización de los acontecimientos delictivos, por tratarse de una conducta penal de comisión permanente¹⁰.

Lo descrito nos permite establecer sin dudar, que en la decisión objeto de estudio se contravino el mencionado principio, en tanto que para el momento del acontecer delictivo no operaba la presencia de una tránsito legislativo que lleve a considerar la excepción legal de la aplicación del precepto retroactivo por considerarlo este favorable para la situación del penado, aspectos que desde ya nos llevan a asegurar que erró el Juzgador de primer nivel al evocar

⁹ Se tiene que de acuerdo a los actos de investigación que se consolidaron en el mes de marzo de 2017 cuando se tuvo acceso a la fuente humana, se supo de la existencia de la banda criminal dedicada a la venta de sustancia estupefaciente en el municipio de La Unión y sectores aledaños, desde hacía aproximadamente 3 años atrás, lográndose luego de la recopilación de la información la captura de los involucrados en diciembre de 2017, según se describe en el informe ejecutivo y de campo del 10 de marzo y 8 de noviembre de 2017, respectivamente. Ver a folios 256 a 218 cuaderno de EMP.

¹⁰ En el delito de concierto para delinquir descrito en el artículo 340 del Código Penal, la permanencia es uno de los elementos que lo caracterizan, pues así lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia C-334 de 2013.

una regla que ha perdido vigencia, para analizar lo concerniente a la figura de la prisión domiciliaria en los términos alegados por la defensa.

Ahora que, a pesar de la configuración de ese dislate, sí deberá la Sala dar contestación anticipada al interrogante planteado en el problema jurídico, en el sentido de informar desde ya que se deberá confirmar la negación del sustituto de la prisión domiciliaria, pero conforme a los planteamientos que se exponen por la Corporación, de acuerdo a lo siguiente:

Con el fin de llevar a cabo el análisis respectivo al pedimento elevado por la defensa, se hace necesario traer a colación el contenido del artículo 38B del Código Penal, que a la letra reza:

“Artículo 38B. Requisitos para conceder la prisión domiciliaria.
Artículo adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014. 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 alegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.
- 4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:*
(..)”

De la lectura anterior se tiene que son tres los requisitos que deben cumplirse para determinar la procedencia o no del sucedáneo referido, los cuales tienen un carácter netamente objetivo: el primero de ellos está referido a la pena mínima que contemple la ley en la conducta punible reprochada, que debe ser de 8 años de prisión o menos. Para efectos de atender la complacencia o no de este presupuesto, la Corte Suprema de Justicia aclaró que en los escenarios en los que se parta de una declaración de responsabilidad fruto de

un preacuerdo, el monto de la sanción deberá ser aquella que corresponda a la tipificación del delito pactado, tal como establece el siguiente precedente:

“Acerca del alcance del concepto de «conducta punible» en dicho contexto, la Sala en un caso que recoge un supuesto de hecho semejante al de ahora, señaló lo siguiente (CSJ SP, 9 mar. 2016, rad. 45181):

(...)

*Si bien en el citado precedente se excluyen los efectos de la «sentencia anticipada» para determinar la pena en orden a establecer si concurre el requisito objetivo previsto en el numeral 1º del artículo 38B del estatuto punitivo (pena de 8 años de prisión o menos para el delito por el que se procede), **por igual se advirtió que tratándose de «preacuerdos» se debía tener en cuenta la tipificación fruto de esa aceptación de culpabilidad consensuada.***

Tal postura obedece, como ya lo ha precisado esta Corporación, a que en términos del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, dicha aceptación de culpabilidad se entiende que es la acusación, contrario sensu a como ocurre en la Ley 600 de 2000 (sentencia anticipada), en donde «la reducción de la pena no surge a consecuencia de una tipificación más favorable, sino que la rebaja en la sanción se hace teniendo como punto de partida la imputación jurídica que corresponda, que procesalmente puede ser la señalada en el acta de aceptación de cargos respectiva, o en la resolución que resuelve la situación jurídica, cuando es necesario definirla, o en la acusación; dependiendo del momento en que se produce la referida aceptación (art. 40)»¹¹.

De modo que frente a la Ley 906 de 2004, y en lo que toca con la manifestación de culpabilidad pre acordada bajo una tipificación más favorable, el concepto «conducta punible», para efectos de establecer la pena que se debe tener en cuenta cuando se analiza la concesión del sustituto de la prisión domiciliaria, es la pactada en el preacuerdo.»¹² (Subrayado y negrilla de la Sala.)

Conforme a lo dicho, podemos verificar que en el asunto que nos concierne el señor UO fue acusado a través de preacuerdo¹³, quedando entonces el reproche penal por el delito de concierto para delinquir simple, pactándose a su vez una pena de 48 meses de prisión, o lo que es igual a 4 años; en ese

¹¹ CSJ SP16907-2016, 23 nov. 2016, rad. 46684.

¹² CSJ SP 18912-2017, 15 dic. 2017, radicado 46930.

¹³ El que consistió en la eliminación del agravante específico del delito imputado, es decir, del concierto para delinquir agravado pasó a endilgarse la misma conducta pero en categoría simple.

orden se infiere que se cumple con el primer elemento para el estudio del artículo 38B del Código Penal.

En lo que toca al segundo requisito, destinado a que no se trate de uno de los delitos enlistados en el inciso segundo del artículo 68A del Código Penal, vemos con acierto que tal precepto también se complace en tanto que el reato descrito en el artículo 340 inciso 1° del Código Penal, no está excluido.

Pese a lo anterior, debemos sí tener en cuenta la previsión normativa que describe el artículo 68A en el inciso 1° *ibídem*, puesto que la Ley 1709 de 2014, so pena de regular la figura de la prisión domiciliaria en los términos introducidos en el artículo 38B antes mencionados, con el cual se eliminó la valoración del factor subjetivo de los elementos que establecía la anterior normatividad¹⁴, entendiéndose ello como una forma de flexibilizar la política criminal en aras de que las penas privativas de la libertad dentro de establecimientos carcelarios fueran la última medida, empero a voces de la voluntad del legislador, sí tuvo en cuenta aspectos importantes cuando se trata de valorar la reincidencia delictiva, tal como lo contempló en el inciso 1° del artículo 68A del Código Penal, siendo del caso retomar lo dicho por el Tribunal de cierre en la materia, así:

“Es sabido que uno de los objetivos de la Ley 1709 de 2014 fue el de que se utilizaran las «penas intramurales como último recurso», tal y como lo advirtió la entonces Ministra de Justicia y del Derecho en la exposición de motivos ante la Cámara de Representantes. Por eso se propuso y aprobó la eliminación de criterios subjetivos para la concesión de los subrogados y sustitutos penales en determinadas circunstancias, pero excluyendo de esos beneficios la reincidencia y determinados delitos (art. 68A), con el fin de guardar coherencia con los mecanismos judiciales de lucha contra determinadas formas de criminalidad ya previstos en otros estatutos legales (la corrupción en la Ley 1474 y la delincuencia común en la Ley 1453, ambas de 2011).”

¹⁴ Texto original del artículo 38 del Código Penal.

En el caso de la prisión domiciliaria, es claro que la eliminación del requisito subjetivo que imponía la evaluación del comportamiento previo del condenado, para pronosticar si representaba un peligro para la comunidad o si evadiría el cumplimiento de la pena, es una respuesta al propósito de esa política criminal, pues al tiempo que se efectuó tal supresión, pasando a exigirse únicamente la demostración del arraigo familiar y social, se condicionó el otorgamiento del sustituto a la aplicación del artículo 68A mencionado.¹⁵ (Resaltado fuera de texto)

Así, a pesar de que el artículo 38B del Código Penal no hace referencia expresa de la negación del beneficio de prisión domiciliaria por el hecho de tener antecedentes penales, es de conocimiento público que con anterioridad la Ley 1142 de 2007, que adicionó el artículo 68A al Estatuto Punitivo Colombiano¹⁶, estableció que la reincidencia delictiva en las conductas tipificadas en el mencionado código es causal suficiente para no ser beneficiario del sustituto penal, criterio que ya ha hecho tránsito en la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia:

“Tal intelección de la norma se apuntala exclusivamente en la muy particular exégesis del memorialista, y para advertir la manifiesta carencia de fundamento de la misma impera recordar que al Código Penal (Ley 599 de 2000) le fue adicionado el artículo 68 A por el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, cuyo sentido original fue el de proscribir la concesión de beneficios y subrogados penales (entre ellos el de la prisión domiciliaria) a todo aquél que hubiese sido condenado por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco años anteriores a la conducta punible por la que estuviese siendo juzgado. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Es decir que la reincidencia fue el criterio objetivo que tuvo en cuenta el legislador para establecer esa prohibición, y desde tal perspectiva la norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-425 de 30 de abril de 2008.

¹⁵ CSJ, SP18912-2017, Rad. 46930, 15 nov 2017, M.P. Fernando León Bolaños Palacios.

¹⁶ Artículo 68A. Exclusión De Los Beneficios y Subrogados Penales. <Artículo modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores. (...)

Sin embargo, el legislador con base en su facultad de libre configuración y con sujeción a políticas criminales para enfrentar de manera más severa comportamientos delictivos de alto impacto social, estimó con posterioridad que la anterior prohibición no era suficiente, e incluyó determinadas conductas punibles frente a las cuales a pesar de que el sujeto activo no tuviera antecedentes penales, respecto de éstas tampoco resultaría procedente alguno de los beneficios o subrogados en cuestión, y con esa finalidad fueron expedidas las sucedáneas modificaciones hechas al comentado precepto mediante los artículos 28 de la Ley 1453 de 2011, 13 de la Ley 1474 de 2011 y, finalmente, 32 de la Ley 1709 de 2014, comportamientos entre los que se incluyó con la última reforma “los relacionados con tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y otras infracciones” (es decir, los previstos en el Capítulo Segundo, del Título XII, Libro Segundo del Código Penal)”¹⁷

De lo anterior debemos entonces analizar que en el caso de marras resulta necesario extraer que si bien la conducta punible de concierto para delinquir simple por la cual fue condenado el penado no se encuentra en el listado taxativo del inciso 2° del artículo 68A del Estatuto de las Penas, ello no es suficiente para considerar sin más que el encartado es candidato para ser beneficiario del sustituto penal tal como lo alega la defensa, ya que habrá de recordarse que tal como lo sostiene la jurisprudencia en cita, se olvida el citado representante judicial que el señor DLUO presenta antecedentes penales dentro de los 5 años anteriores por la comisión dolosa del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, punible por el que fue condenado a purgar prisión de 21 meses¹⁸, aspecto que entonces toca lo concerniente a la reincidencia delictiva¹⁹, la que sí fue tomada en cuenta por el legislador para negar el otorgamiento de los subrogados penales contemplados actualmente por el Código Penal, razón más que suficiente para establecer que son estos los motivos legales que alientan el hecho de

¹⁷ CSJ, Sala Penal, 13 abr de 2016, rad. 44718.

¹⁸ Sentencia condenatoria del día 23 de febrero de 2016, proceso 5239960005212015-80018, ver a folio 235 del expediente.

¹⁹ Aspecto que fue el que justamente diferenció el tratamiento de la concesión de los subrogados penales con los demás condenados dentro del mismo proceso, como son: Kevin Fernando Guerrero Tulcán, Juan Sebastián Chávez Solarte, Jesús Bernardo Cerón Martínez, Héctor Benavides López, Gresi Odalis y Brenda Mileidy Rodríguez Toro, ya que estos fueron beneficiarios de la aplicación del contenido del artículo 63 del Código Penal, correspondiente a la suspensión de la ejecución de la pena, según sentencia condenatoria adiadas a 24 y 15 de mayo del año 2018.

que dentro del *sub judice*, no es posible el otorgamiento del deprecado beneficio a favor del sentenciado.

Al punto se muestra como necesario entonces aclarar que para efectos de valorar las circunstancias que exige la ley para conceder o no el sustituto de la prisión domiciliaria, deberá no solamente sujetarse a las previsiones del artículo 38B del Código Penal, sino también a lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 68A *ibidem*, constituyéndose ello en un conjunto de presupuestos de inexorable observancia; aspecto último que dicho sea de paso, no acontece en lo concerniente a la verificación de los requisitos del subrogado penal de la suspensión de la ejecución de la pena, en tanto que el punto relacionado con los antecedentes penales del procesado se encuentra inmerso en la normatividad legal que regula el sucedáneo citado²⁰, sin que sea menester remitirse a la regla ya mencionada.

De lo descrito se puede deducir con suficiencia que las motivaciones plasmadas en la sentencia de primer grado no se acompañan con los fundamentos jurídicos traídos a colación para valorar la complacencia o no del susodicho beneficio, lo que entonces nos lleva a concluir que si bien fue debidamente negado el sucedáneo descrito, la decisión a proferir en esta instancia será la de confirmar el punto de censura alegado por el libelista, pero por las razones traídas a colación en este proveído, eso sí, haciendo un llamado de atención a la primera instancia para que en lo sucesivo no incurra en este tipo de dislates en las providencias a proferir.

Decisión

²⁰ Artículo 63 inciso 3° del Código Penal.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Confirmar el numeral tercero del fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pasto, pero por las razones expuestas dentro del presente proveído.

Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que contra ella procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá ser presentado dentro de los 5 días siguientes a su notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

Cópiese y Cúmplase.

Franco Solarte Portilla
Magistrado

Blanca Lidia Arellano Moreno
Magistrada

Silvio Castrillón Paz
Magistrado

Miguel Ángel Sánchez Acosta
Secretario