El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia - 2ª instancia - 24 de marzo de 2017

Proceso: Penal - Confirma sentencia condenatoria

Radicación Nro. : 66001 63 00 616 2015 00042 01

Acusado: JOSÉ YESID GALEANO RAMÍREZ Y OTROS

Magistrado Sustanciador: JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**Temas: NIEGA SUBROGADO DE SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA DEL SENTENCIADO.** “[E]l antecedente penal que figura en el pasado judicial del señor Echeverri Ávila se generó en vigencia de la ley 1474 de 2011 la cual modificó el contenido del artículo 68A, dejando incólume lo relativo al término de 5 años exigido por el legislador para que una sentencia condenatoria sea tenida en cuenta como antecedente penal, lo que hace perfectamente aplicable a este caso concreto la prohibición contenida en dicha norma, siendo acertada la decisión del juzgador de primer grado de no conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena por prohibición expresa del artículo 68 A del Código Penal, por lo cual se impone la confirmación de la sentencia impugnada.”.

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA – RISARALDA

SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 0246 del veintidós (22) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Pereira, veinticuatro (24) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 8:32 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 63 00 616 2015 00042 01 |
| Procesado | Jhon Alexánder Echeverry Ávila |
| Delito | Fuga de presos |
| Juzgado de conocimiento | Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira |
| Asunto | Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia de primera instancia |

1. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor Jhon Alexánder Echeverry Ávila, contra la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2016 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira.

2.1 ANTECEDENTES

2.1 El supuesto fáctico es el siguiente:

*“La denuncia del INPEC, reportó que habiéndose practicado revista o control a la residencia del imputado, ubicada en la MZ. 10 CS 7 del Barrio Parque Industrial de esta ciudad, los días 09, 10 y 11 de junio de 2015, no se encontró al señor Echeverry ÁVILA, pese a que debía cumplir con la medida de aseguramiento de detención domiciliaria impuesta por el Juzgado 5º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esta sede, el 13 de enero del mismo año…”* (Folio 1).

2.2 El Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, el día 11 de octubre de 2016 llevó a cabo la audiencia preliminar de formulación de imputación, en la que la FGN le comunicó cargos al señor Jhon Alexánder Echeverry Ávila por el delito de fuga de presos previsto en el artículo 448 del CP. El señor Echeverry Ávila se allanó a la imputación (folio 2).

2.3 El Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira asumió el conocimiento de la presente causa (folio 3). El 30 de noviembre de 2016 se celebró la audiencia de lectura de sentencia (folio 4 a 7).

2.4 El fallo fue recurrido por el defensor del acusado.

3. IDENTIDAD DEL PROCESADO

Se trata de Jhon Alexánder Echeverry Ávila, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 1.088.253.324 de Pereira; nacido el 18 de septiembre de 1987 en esta ciudad, es hijo de Hernando y Francy Elena; grado de instrucción séptimo.

4. SOBRE LA DECISIÓN RECURRIDA

* Sobre la tipicidad objetiva el juez de primer grado adujo que el señor Jhon Alexánder Echeverry Ávila alteró el sistema de vigilancia electrónica y se evadió del lugar donde se encontraba en detención domiciliaria.
* La tipicidad subjetiva se acredita en la medida en la que el acusado voluntariamente se desprendió de su mecanismo de vigilancia electrónica y abandonó su residencia, incumpliendo así las obligaciones fijadas en el Código Penitenciario.
* Con el actuar del señor Echeverry Ávila se afecta la eficaz y recta administración de justicia.
* El investigado es una persona mayor de edad, cuenta con la capacidad mental para razonar sobre la acción que realizaba, que la misma era contraria a derecho y que el hecho de evadirse generaba una consecuencia, sin embargo no tuvo reparo alguno en evadirse.
* Al momento de dosificar la sanción expuso que la pena oscilaba entre 48 y 108 meses de prisión, y que como al acusado no le habían sido imputadas causales de mayor punibilidad, se movería en el cuarto mínimo, fijando la pena mínima del tipo penal investigado, es decir, 48 meses de prisión.
* En aplicación del artículo 351 del Código Penal, y ante la aceptación de cargos en el primer momento procesal la sanción impuesta fue rebajada en un 50% de la pena, quedando la misma en 24 meses de prisión.
* Impuso la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena privativa de la libertad.
* En cuanto a la concesión de subrogados penales refirió que la tesis presentada por el defensor del acusado no era aplicable al caso concreto ya que los hechos investigados dentro de la presente causa datan del 12 de junio del 2015, fecha para la cual el procesado contaba con un antecedente dentro de los 5 años anteriores, ya que el Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento el 31 de mayo 31 de 2013 había proferido un fallo en su contra. Para el efecto sustentó su decisión en el artículo 68 A del CP.
* Por lo anterior no le concedió al investigado la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria y se ordenó su captura.

5. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO

5.1 Defensa (Recurrente)

* Respecto a la pena impuesta no tiene reparo alguno.
* Su disenso radica en la no concesión de subrogados penales a favor del señor Echeverri Ávila.
* El recurso gira en torno a los planteamientos de la sentencia 31568 del 28 de octubre de 2009, que a su vez hace referencia a lo dispuesto que en la providencia con radicado 31063 del 8 de julio de 2009, en la que se señaló que el antecedente penal al que se hace mención en el artículo 68A debe de haber ocurrido en vigencia de la ley 32 de la ley 1142 del 2007.
* La Ley 1142 de 2007 tenía una restricción para otorgar el subrogado penal, cuando se tenía antecedentes 3 años después (sic) del nuevo delito. La Corte dijo que esos antecedentes solo se podían tener en cuenta después de la entrada en vigencia de la ley que dispuso tal restricción.
* Ese caso en particular puede ser traído analógicamente al asunto objeto de análisis, es decir, frente a las circunstancias que trae la ley 1709 de 2014.
* El juez de primer grado aceptó que el acusado cumplía 2 de los 3 requisitos para la suspensión condicional de la pena, ya que la pena impuesta era menor a los 4 años de prisión, y el delito por el cual era investigado no es de los contemplados en el artículo 68A del CP. El señor Jhon Alexánder Echeverri Ávila aparentemente no cumple con el tercer requisito exigido por la norma ya que debe existir una sentencia ejecutoriada para que se configure el antecedente penal, y el único antecedente que presenta el acusado es un fallo proferido el 31 de mayo de 2013 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito dentro del proceso radicado con el Nro. 66001 600 035 2013 00164 del 31 de mayo de 2013, la cual quedó ejecutoriada antes de la entrada en vigencia de la ley 1709 de 2014, la cual entró en vigencia el 20 de enero de 2014.
* De conformidad con el precedente en cita la sentencia que obra en contra del procesado no se puede tener como un antecedente, y por lo tanto el procesado cumple con el tercer requisito que exige la ley.
* El sentenciado tiene derecho al subrogado penal ya que cumple con la totalidad de los requisitos.
* La Corte hace esa inferencia porque cuando se comete un delito hay un pensamiento utópico de que se conoce la ley y todas sus consecuencias presentes y las que se derivan a futuro.
* En el año 2013 su representado no podía saber que una de las consecuencias futuras era que con la entrada en vigencia de la ley 1709 de 2014, se le iba a negar el subrogado penal porque tenía un antecedente penal dentro de los 5 años anteriores, y como no conocía los efectos de esa nueva ley no se le puede endilgar tal circunstancia. Por esto no se le puede tener en cuenta este antecedente y por ello tiene derecho al subrogado penal.
* Su representado como no cometió un delito contra la administración pública, y no tiene prohibiciones de leyes anteriores, en consecuencia considera que se debe modificar el fallo y conceder el subrogado a su representado,

5.2 Delegado de la FGN (no recurrente)

* El punto central de la censura de la defensa tiene que ver con ese tercer elemento para conceder el subrogado penal que hace referencia a la existencia de antecedentes penales.
* La argumentación realizada por el Juez de primera instancia se encuentra en concordancia con la ley y con el criterio generalizado de la judicatura, en el sentido de que la norma exige la existencia o no de antecedentes penales dentro de un rango prefijado por el legislador que es de 5 años, y así lo dijo claramente el A quo para negar dicho subrogado.
* Los antecedentes dentro de los 5 años anteriores son un condicionamiento que hace la ley independientemente de otros factores.
* La tesis del defensor público es respetable, pero la misma no se logra acreditar con la jurisprudencia que citó.
* Solicitó que se confirmara la decisión de primer nivel.

**6. CONSIDERACIONES**

**6.1. Competencia**

Esta colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

**6.2. Problema jurídico a resolver**

En atención al principio de limitación de la segunda instancia el problema jurídico se contrae a determinar si de acuerdo a los argumentos propuestos por el defensor del señor Jhon Alexánder Echeverry Dávila, al sustentar el recurso de apelación, es viable modificar la sentencia de primer grado y conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena al sentenciado, o si por el contrario, la negación de este subrogado debe ser confirmada.

6.3 El artículo 68 A del Código Penal fue adicionado por el canon 32 de la Ley 1142 de 2007, y ha sido modificado por el legislador en diversas oportunidades a través de las leyes 1453 de 2011, 1474 de 2011, 1709 de 2014 y 1773 de 2016.

6.4 Los hechos materia de investigación ocurrieron el 9 de junio de 2015, cuando el procesado se encontraba bajo detención domiciliaria, fecha en la cual se encontraba vigente la modificación establecida por la ley 1709 de 2014, que al tenor dispone lo 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.*

*“No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que ésta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.” (Subrayas no originales)*

*Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión, lesiones personales con deformidad causadas con elemento corrosivo; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal.*

*Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.*

*PARÁGRAFO 1o. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el artículo 38G del presente Código.*

*PARÁGRAFO 2o. Lo dispuesto en el primer inciso del presente artículo no se aplicará respecto de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares sean indicativos de que no existe la posibilidad de la ejecución de la pena.*

6.5 La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al hacer un estudio detallado sobre esta adición legislativa expuso lo siguiente:

*“…En tales condiciones, fácil es colegir que la finalidad del artículo 68 A del Código Penal radica en prohibir sólo las alternativas de libertad para aquellas personas que sean reincidentes en la comisión de delitos dolosos o preterintencionales dentro de los últimos cinco años.*

*En otras palabras, la teleología del artículo 68 A no es la de excluir las rebajas de penas consagradas, entre otros, en los allanamientos a los cargos y preacuerdos, puesto que si la expresión “no habrá lugar a otro beneficio” se entendiera de manera restrictiva, sin lugar a dudas en determinados eventos tal expresión también podría cobijar las circunstancias de atenuación punitiva a que tendría derecho el sentenciado por cumplirse en él los supuestos de hechos contenidos en la correspondiente norma penal para ese efecto por aspectos pos delictuales.*

*De manera que el artículo 68 A del Código Penal, adicionado por el artículo 32 de la Ley 1142 del 28 de junio de 2007, busca evitar que personas que tengan antecedentes penales dentro de los cinco años anteriores se le concedan subrogados penales, mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad y cualquier otro beneficio de carácter judicial o administrativo, salvo los de colaboración regulados por la ley, sin que tengan cabida las rebajas de pena por razón del allanamiento a los cargos o por los preacuerdos celebrados con la fiscalía en las taxativas oportunidades señaladas en la ley.*

*Ahora bien, en lo atinente al antecedente penal que hace mención el artículo 68 A, sin duda, éste debió haber ocurrido en vigencia del artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, esto es, que el fallo condenatorio dictado en contra del sentenciado hubiese sucedido con posterioridad al 28 de junio de 2007, pues de no ser así se estaría vulnerando el principio de favorabilidad, en tanto que se extendería los efectos de la norma cuando ésta no se encontraba vigente…” [[1]](#footnote-1)*  (Subrayas no originales)

6.6 En decisión de la misma fecha, esa Corporación expuso:

*“…Desde el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial, debe advertirse que el espíritu y texto del artículo 32 de la Ley 1142 de 2007 convertido en artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, está dado de manera inequívoca en la exclusión de beneficios y subrogados, para aquellas personas que hubiesen sido condenadas por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores, finalidad que por técnica legislativa se observa al estar integrada dicha norma dentro del Capítulo II del Código Penal el cual trata y regula los mecanismos sustitutos de la pena privativa de la libertad…”*

(…)

*“…Además de lo anterior, en el objetivo de comprender a cabalidad los alcances del artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, puede acudirse al querer del legislador. En efecto, como lo puso de presente la Fiscalía en la audiencia de sustentación, en los inicios de la presentación del proyecto de ley modificatorio del artículo 68 A ejusdem, la pretensión inicial en el Congreso de la República estuvo dada en la de excluir rebajas de pena, beneficios y subrogados a quienes hubiesen sido condenados por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores, propósito que se mantuvo hasta el 27 de septiembre de 2006 cuando se presentó ponencia para primer debate, pero luego en el informe para la segunda discusión, no se incluyó dentro de las prohibiciones lo relativo a las degradaciones punitivas, de donde se infiere que si la voluntad de aquel hubiese sido hacer extensiva la restricción a esos factores, pues así de manera expresa lo habría manifestado…” [[2]](#footnote-2)*

6.7 Tal como lo establece el artículo 248 de la Constitución Política de Colombia, únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales.

En torno a este punto la Honorable Corte Constitucional expresó:

*“…Ya definido lo que constituye antecedentes penales, se puede colegir que son dos las características esenciales que los delinean y determinan, compuestos por los denominados condena y sentencia, estableciendo un cuerpo interdependiente, donde la falta de un elemento significa la inexistencia del conjunto como tal. El primer elemento es la presencia de un castigo o más precisamente de una sanción producto de un delito o una infracción. Couture define la condena como la "determinación judicial de la conducta debida por un litigante, al que se impone la obligación de dar, hacer u omitir algo, bajo amenaza implícita y eventual de coacción". Se requiere así, que la conducta del sujeto tenga la capacidad suficiente para producir la reacción del Estado con el fín de imponerle una pena y que la movilización estatal sea de tal grado que genere dicha reacción y no se quede simplemente en los actos previos, v.gr. una etapa procesal con el lleno de los requisitos establecidos en las leyes procedimentales, pero sin un pronunciamiento, que fue precisamente lo acontecido en el caso sub-exámine…”*

*(…)*

*“…El artículo 248 de la Carta Magna exige además que las condenas proferidas en sentencia judicial sean definitivas, lo que quiere decir que se hayan agotado todas las instancias legalmente establecidas para que se pueda hablar de antecedentes, pues la sola sindicación y vinculación de un sujeto no los constituye per sé y significaría no solo el desconocimiento de la norma citada, la cual ha sido reproducida como principio rector en el artículo 12 del C.P.P., sino del derecho en virtud del cual "toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable” (art. 29 inc. 4 C.N.)…” [[3]](#footnote-3)*

6.8 Como viene de verse, es evidente que cuando el artículo 68 A hace relación al suceso ocurrido dentro de los cinco años anteriores, se refiere explícitamente a una sentencia condenatoria, no a los hechos que la suscitaron.

Tal como lo expuso el máximo tribunal de justicia ordinaria, la aplicación de la adición legislativa opera para antecedentes penales, surgidos después del veintiocho (28) de junio de dos mil siete (2007), entendiendo esos antecedentes como sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas. No de otra forma puede entenderse, pues equiparar la fecha de ocurrencia de unos hechos en los que se dice tuvo participación un ciudadano con un antecedente penal, violaría flagrantemente el derecho constitucional fundamental al debido proceso, en tanto se desconocería la presunción de inocencia que cobija a quienes se encuentran involucrados en un proceso penal, mientras un Juez de la República no haya declarado judicialmente su responsabilidad.

6.9 El artículo 29 de la Constitución Política el cual consagra el derecho fundamental al debido proceso, señala lo siguiente:

***ARTICULO 29.****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.*

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

6.9.1 En el caso que ocupa la atención de la Colegiatura, el Juzgado Tercero Penal Municipal de Pereira, mediante sentencia de fecha treinta y uno (31) de mayo de dos mil trece (2013) condenó a Jhon Alexánder Echeverry Ávila a la pena principal de 15 meses y 22 días de prisión, por el ilícito de hurto calificado, hechos ocurridos el trece (13) de enero de ese año.[[4]](#footnote-4)

Lo anterior significa que el antecedente penal que figura en el pasado judicial del señor Echeverri Ávila se generó en vigencia de la ley 1474 de 2011 la cual modificó el contenido del artículo 68A, dejando incólume lo relativo al término de 5 años exigido por el legislador para que una sentencia condenatoria sea tenida en cuenta como antecedente penal, lo que hace perfectamente aplicable a este caso concreto la prohibición contenida en dicha norma, siendo acertada la decisión del juzgador de primer grado de no conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena por prohibición expresa del artículo 68 A del Código Penal, por lo cual se impone la confirmación de la sentencia impugnada.

Por lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR el fallo proferido por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira, en cuanto fue objeto de apelación.

SEGUNDO. Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

**MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ**

**Secretaria**

1. Sentencia del 8 de julio de 2009. Proceso rad. 31.063. M.P. Jorge Luís Quintero Milanés. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia del 8 de julio de 2009. Proceso Rad. 31531. M.P. Yesid Ramírez Bastidas [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia T- 023 de 1993. M.P. Jaime Sanin Greiffestein [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 29 a 31 cuaderno principal [↑](#footnote-ref-4)