REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
SALA DE DECISIÓN PENAL
MAGISTRADO PONENTE
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, quince (15) de diciembre de dos mil once (2011).

Aprobado por Acta No. 0861
Hora: 12:00 p.m

1.- VISTOS

Desata la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del señor **ÁLVARO LUIS GALLEGO JIMÉNEZ** contra el auto interlocutorio proferido por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, por medio del cual le negó la libertad condicional a su representado.

2.- PROVIDENCIA

El Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de esta ciudad condenó al señor **ÁLVARO LUIS GALLEGO JIMÉNEZ** a la pena privativa de la liberta de 40 meses y 26 días, como responsable de las conducta punibles de *concierto para delinquir* con fines de extorsión y *hurto calificado y agravado*.

Mediante memorial **GALLEGO JIMÉNEZ** solicitó al mismo despacho la concesión de la libertad condicional, para lo cual argumentó que reúne los requisitos exigidos para ello en el artículo 64 del Código Penal.

El funcionario de primera instancia resolvió negativamente la petición debido a que si bien el condenado cumple con el requisito objetivo por haber descontado las dos terceras partes de la pena impuesta y su conducta dentro del establecimiento de reclusión ha sido “ejemplar”, el análisis de la conductas punibles por las que fue sentenciado no le es favorable, y tampoco se acreditado el pago de la multa.

3.- RECURSO

La defensora de **GALLEGO JIMÉNEZ** interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación. Como el primero fue resuelto en forma adversa a sus intereses, las diligencias fueron remitidas a esta Corporación para desatar la alzada.

Argumenta la togada que su prohijado acreditó el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 64 para acceder al beneficio solicitado.

Considera que no puede valorarse dos veces la gravedad de la conducta, pues ello ya fue tenido en cuenta en el momento de imponer la pena y no puede ahora ser un factor que haga más gravosa la situación de su representado.

No se valoró por el a quo la reparación a las víctimas que hizo su defendido y es un aspecto que no puede dejarse de lado, por cuanto la Corte Constitucional estableció en sentencia C-823 de 10-08-05 que la insolvencia del condenado para hacer el pago de la reparación no impedirá el subrogado de la libertad condicional.

Respecto de la multa como pena principal que acompaña la de prisión estima debe tenerse en cuenta lo decidido en la providencia C-185 del 16-03-11, en la que se determina que el no pago previo de la multa no impide la concesión del “subrogado de la vigilancia electrónica”.

4.- Para resolver, SE CONSIDERA

Tiene competencia la Colegiatura para conocer de este asunto de conformidad con lo establecido 20 y 34.6 de la Ley 906 de 2004, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la defensa-.

5.- DECISIÓN

Uno de los motivos de censura por parte de la recurrente es el hecho de haberse tenido en cuenta en la valoración del aspecto subjetivo la gravedad de la conducta, toda vez que en su sentir ello ya fue objeto de ponderación al momento de imponer la pena.

Frente a ese argumento, debe decir el Tribunal que el funcionario de primera instancia estaba facultado para valorar la gravedad de las conductas cometidas, elemento que fue introducido en el artículo 64 del Código Penal a través del artículo 5º de la Ley 890 de 2004, y que tiene su razón de ser en el sistema de pesos y contrapesos diseñado en el estatuto que actualmente impera en nuestro distrito judicial, el cual propugna, de una parte, por la participación del imputado o acusado en la definición de su situación procesal, ofreciéndosele la oportunidad de aceptar los cargos que se le imputan a cambio de una sustancial rebaja en la pena que se impone, como fue precisamente lo acaecido en el presente evento; y de otra, busca que frente a conductas graves la sanción no se torne en una simple formalidad y antes bien, se materialicen los fines que la orientan en cuanto a la prevención general y especial, resocialización del delincuente y retribución justa.

En conclusión, el proceso penal actual privilegia en extremo el derecho a la libertad en el período de investigación y juzgamiento, pero, una vez vencido en juicio el acusado y quebrada la presunción de inocencia, la regla debe ser el cumplimiento total de la sanción intramural para aquellos casos en los cuales la sociedad requiere que se hagan efectivos los fines que le son propios.

En lo que hace con el caso bajo estudio, miradas con detenimiento las particularidades de los ilícitos por los cuales fue condenado el ahora interno, observa la Sala que con éstas se afectaron muy gravemente los viene jurídicos de la Seguridad Pública y del patrimonio económico, ya que éste hacía parte de una organización delincuencial dedicaba al hurto de automotores, y que además exigían dinero a los propietarios de los rodantes a cambio de su devolución.

En esas condiciones, la Sala concluye, en consonancia con lo decidido por el señor Juez de primer grado, que las conductas desplegadas son sumamente graves y por ello no hay lugar a conceder el beneficio solicitado para el condenado **GALLEGO JIMÉNEZ**.

La otra razón de inconformidad de la impugnante, tiene que ver con la multa, toda vez que considera que ésta no puede ser un obstáculo para que su prohijado acceda a la libertad condicional.

La pena de multa consagrada en el artículo 39 del Código Penal es una carga que impone el Estado a favor del erario público al responsable de un hecho delictivo. Para dicha sanción pecuniaria el legislador estableció dos opciones con el fin de que se cumpla con su pago: (i) la amortización mediante trabajo social contemplada en el articulo 39 numeral 7º del Código Penal; y (ii) la amortización a plazos contemplada en el numeral 6º artículo 39 del código penal.

Cuando la pena de multa es única se puede dar la amortización de está con trabajo, pero no sucede lo mismo con la multa impuesta como sanción, dado que el juez, por mandato legal, no puede dejar de imponerla, ni siquiera mediando la excusa de una penuria económica como en el presente caso. Diferencia sustancial con el sistema español que en buena parte sirvió de referente a nuestra codificación, tanto en lo atinente a las multas como en los arrestos de fin de semana en caso de incumplimiento, en donde los artículos 51 y 53.4 del Código Penal establecen expresamente que la multa se puede eliminar cuando medie una "medida sustitutiva de insolvencia".

La lectura de las Sentencias de Constitucionalidad C-194/05 y C-823/05, también nos permite concluir, que uno es el efecto del no pago de los perjuicios y otro diferente el del no pago de la multa. Mientras la no cancelación del daño a la víctima admite justificación por insolvencia en la aludida norma, frente a la multa ese fenómeno es irrelevante. Obsérvese lo concluido en la decisión C-823:

> **"OCTAVO.-** Declarar **EXEQUIBLES** por los cargos analizados las expresiones "y de la reparación a la víctima" contenidas en el primer inciso del artículo 64 del Código Penal tal como quedó modificado por el artículo 5° de la Ley 890 de 2004, en el entendido que en caso de demostrarse ante el juez de ejecución de penas -previa posibilidad de contradicción por la víctima y el Ministerio Público- la insolvencia actual del condenado, el no pago previo de la reparación a la víctima no impedirá la concesión excepcional del subrogado de libertad condicional.(el subrayado es nuestro)"

En esos términos, la exigencia indemnizatoria no genera efectos negativos sobre la situación del sentenciado en cuanto las derivaciones del cumplimiento o incumplimiento de tal condición estaría supeditada a la demostración de la carencia de recursos; pero no acontece así respecto de la obligación de cancelar la multa, como requisito *sine qua non* para

conceder la libertad condicional y el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena (arts. 63 y 64 C.P., modificados por los arts. 4º y 5º de la Ley 890/04). De esa manera quedó plasmado, quiérase o no, en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la interpretación dada por la Corte Constitucional a tal asunto, al declarar su exequibilidad mediante la sentencia C-194 de 2005, cuya parte resolutiva pertinente es del siguiente tenor:

> **"CUARTO.** Por los cargos analizados en esta providencia, declarar **EXEQUIBLE** la expresión y "En todo caso su concesión estará supeditada al pago total de la multa", contenida en el artículo 5º de la Ley 890 de 2004, que modificó el artículo 64 del Código Penal, en los términos del artículo 39 del Código Penal".

En conclusión, se desmorona de esa forma el argumento de la impugnante en el entendido de que se le deba dar aplicación en el presente caso a la demostración de insolvencia del procesado, por cuanto no puede tener el alcance que desea y su aplicabilidad se circunscribe única y exclusivamente a los perjuicios ocasionados con el delito, no así a la sanción de multa acompañante de la pena de prisión, como se anotó en precedencia de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales citados, los cuales, contrariamente a lo expuesto por la togada, fueron ratificados en la sentencia C-185 del pasado 16 de marzo, en los siguientes términos:

> "Por último conviene recordar brevemente tres puntos, para aclarar el alcance de la presente sentencia. En primer lugar, el hecho de que la Corte haya encontrado inconstitucional la exigencia de la multa para acceder a la vigilancia electrónica cuando el recluso no está gozando del beneficio de la prisión domiciliaria, no tiene nada que ver con el hecho de que la multa se deba pagar por parte del condenado. De hecho, es una obligación pagarla, pues la inconstitucionalidad fue circunscrita al evento de su exigencia como condición para el mecanismo sustituto en cuestión.
>
> En segundo lugar, **la presente sentencia no sugiere necesariamente un cambio de jurisprudencia, pues la exigencia de la multa para acceder a la**

> **libertad condicional y a la ejecución condicional de la pena, se refiere a casos distintos**. La libertad condicional, es justamente eso, otorgar la libertad (art. 64 C. Penal); y la suspensión condicional de la ejecución de la pena, es también eso precisamente, la suspensión de la pena (art. 63 C. Penal). Mientras que la vigilancia electrónica es el cumplimiento de la pena privativa de libertad fuera de la cárcel pero con monitoreo electrónico del INPEC. Siendo sustitutos distintos, los criterios para evaluar su conformidad constitucional, aunque podrían ser los mismos teniendo en cuenta que las razones presentadas en el caso presente podrían ser aplicables al análisis de la exigencia del pago de la multa para acceder a otros subrogados, no necesariamente deben serlo, pues si el juez de control de constitucionalidad logra establecer una diferencia razonable, tal como se demostró, la perspectiva de análisis no tiene por qué coincidir en el estudio de constitucionalidad de todos los subrogados.
>
> Y en tercer lugar, **la presente sentencia tampoco implica nada en relación con el valor jurisprudencial de lo decido en sentencias C-194, C-665 y C-823 de 2005, en el sentido que la presente providencia no altera, por supuesto, la configuración de la Cosa Juzgada derivada de lo decidido en ellas, pues siendo sustitutos distintos regulados en normas distintas y estudiados en su constitucionalidad en momentos distintos, los aspectos constitucionales desprendidos de su alcance a este respecto son distintos**".-negrillas excluidas del texto-

Sea como fuere -se itera- con el pronunciamiento de la Corte Constitucional quedó claro que sin el pago de la multa no hay posibilidad de subrogado alguno; pero además, que la cancelación efectiva de la multa debe hacerse antes y no después de posibilitarse la concesión del beneficio liberatorio.

Con fundamento en lo anterior, la Magistratura comparte los argumentos esbozados por el juez a quo para no acceder a la petición de la recurrente; por tanto, la decisión de primera instancia será confirmada.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, **CONFIRMA** el auto interlocutorio proferido por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad, que fue objeto de alzada.

CÓPIESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

El Secretario de la Sala,

JAIRO ALBERTO LÓPEZ MORALES