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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: PERMISO ADMINISTRATIVO DE HASTA 72 HORAS / REQUISITOS / DELITOS EXCLUIDOS / HURTO CALIFICADO / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD / NO APLICA PARA CONCEDER EL BENEFICIO POR ESTAR LA PERSONA CONDENADA POR OTRO DELITO QUE SÍ LO PERMITE.**

… el permiso administrativo para salir del establecimiento carcelario hasta por 72 horas sin vigilancia, se basa en esencia en el presupuesto de la función resocializadora de la pena, para permitir que el sujeto infractor de la norma penal tenga la oportunidad de reincorporarse a la sociedad civil mediante un proceso que le permita precisamente converger de a poco a la vida en comunidad y no solo limitarse a cumplir una condena intramural.

Para acceder a ese beneficio es menester cumplir con los requisitos objetivos, previstos en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993…

En este caso la negativa para acceder a lo pretendido se fundamentó en la prohibición contenida en el artículo 68A del C.P., respecto de los beneficios administrativos, toda vez que el punible de hurto calificado se encuentra excluido del tal prerrogativa.

La citada disposición, adicionada por la ley 1142 de 2007 y modificada por el artículo 32 de la ley 1773 de 2016, y actualmente por el artículo 60 de la Ley 1944 de 2018, establece la exclusión de beneficios y subrogados penales para un listado de delitos dentro de los cuales se encuentra la conducta de hurto calificado, que es una de las conductas por las que fue condenado el señor JEER.

… en relación a la aplicación de la ley más permisiva, debe tomarse en su integridad la normatividad escogida, es decir, no es viable tomar apartes de una ley determinada para invocar ese, pues se debe aplicar todo el corpus normativo que regula el caso.

En este caso la pretensión del recurrente se centra en considerar que con base en el principio de favorabilidad se le puede otorgar al señor JEER el permiso administrativo de hasta 72 horas, por cumplir con los requisitos objetivos, atendiendo que uno de los punibles por los cuales fue condenado (artículo 365 del CP), no está enlistado entre aquellos excluidos de beneficios judiciales o administrativos de que trata el artículo 68A del CP.

Al observar la petición incoada por el apoderado judicial se puede determinar que hay una equivocada invocación del principio de favorabilidad…

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Pereira, doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020)

Acta Nro. 246

Hora: 2:30 p.m.

1. **ASUNTO A DECIDIR**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor JEER, contra el auto emitido el 17 de enero de 2019 mediante el cual el Juzgado 1o de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, le negó al sentenciado el beneficio administrativo de hasta 72 horas, por los delitos de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas.

1. **ANTECEDENTES**

2.1 El señor JEER fue condenado a la pena de 8 años y 8 meses de prisión, el 03 de junio de 2015, por el Juzgado Penal del Circuito de Lérida, (Tolima).

2.2 La ejecución del referido fallo le correspondió al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira (Risaralda).

1. **LA SOLICITUD DE PERMISO POR 72 HORAS**

El sentenciado elevó solicitud ante el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, con el fin de que se le otorgara el beneficio administrativo de permiso hasta por 72 horas, de acuerdo al artículo 147 de la Ley 65 de 1993.

1. **SOBRE LA DECISIÓN RECURRIDA**

4.1 Mediante auto proferido el 17 de enero de 2019 por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medida de Seguridad, denegó la solicitud incoada bajo los siguientes argumentos:

* El permiso de hasta 72 horas deprecado está regulado por el artículo 147 de la Ley 65 de 1993 y el procesado cumple con esos requisitos.
* Sin embargo, el artículo 68A del CP, modificado por la Ley 1709 de 2014, dispuso una serie de exclusiones de beneficios y subrogados penales, en concreto el de beneficios administrativos para aquellos condenados por el delito de hurto calificado, entre otros que aparecen enlistados en esa norma.
* Ante la existencia de expresa prohibición legal de que trata el artículo en cita concluyó que no es posible acceder a la pretensión del beneficio administrativo de 72 horas.

**5. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO**

5.2 Defensa (Recurrente)

* Se refirió a los fines de la pena y expuso lo relacionado con el de la prevención general en relación a que su aplicación hace que los ciudadanos desistan o se inhiban de cometer hechos punibles. De igual forma analizó dos perspectivas de dicha prevención, la cual es positiva (demuestra que el derecho penal opera) y negativa (pretende evitar la comisión de un hecho delictivo).
* Respecto del caso concreto consideró que se debe otorgar el beneficio administrativo solicitado en favor del procesado, con fundamento en el artículo 147 de la ley 65 de 1993, al reunir los requisitos objetivos de esa norma.
* Uno de los delitos por los cuales fue condenado el señor JEER, concretamente el de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones no está contemplado entre aquellos para los cuales existe la prohibición de concesión del beneficio solicitado.
* No se trata de degradar el delito sino de ponderar lo permitido y lo prohibido, toda vez que lo más favorable al condenado es que se acceda al permiso solicitado.

**6. CONSIDERACIONES LEGALES.**

6.1. Competencia

Esta Colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.6 de la Ley 906 de 2004.

6.2. Problema jurídico a resolver

En atención al principio de la limitación de la doble instancia se contrae a resolver si le asistió razón al *A quo* al negar la solicitud del beneficio administrativo de hasta 72 horas para salir del centro carcelario sin vigilancia al señor JEER, por razón de la prohibición expresa de que trata el artículo 68A de la ley 599 de 2000.

6.3 En este caso el argumento principal del juez de primer grado se fundamentó en la exclusión de beneficios y subrogados penales según lo previsto en el inciso 2º del artículo 68A del C.P., en el entendido que el delito de hurto calificado (artículos 239 y 240 C.P.), por el cual fue condenado el solicitante en concurso con el de porte ilegal de arma de fuego, se encuentra enlistado como una aquellas conductas respecto de las cuales se prohíbe conceder entre otros, beneficios judiciales o administrativos.

6.4 Solución al problema jurídico propuesto:

6.4.1 En primer lugar se debe tener en cuenta que el permiso administrativo para salir del establecimiento carcelario hasta por 72 horas sin vigilancia, se basa en esencia en el presupuesto de la función resocializadora de la pena, para permitir que el sujeto infractor de la norma penal tenga la oportunidad de reincorporarse a la sociedad civil mediante un proceso que le permita precisamente converger de a poco a la vida en comunidad y no solo limitarse a cumplir una condena intramural.

Para acceder a ese beneficio es menester cumplir con los requisitos objetivos, previstos en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993, así:

*“Artículo 147: La Dirección del Instituto Penitenciario y Carcelario podrá conceder permisos con la regularidad que se establecerá al respecto, hasta de setenta y dos horas, para salir del establecimiento, sin vigilancia, a los condenados que reúnan los siguientes requisitos:*

*1. Estar en la fase de mediana seguridad.*

*2. Haber descontado una tercera parte de la pena impuesta.*

*3. No tener requerimientos de ninguna autoridad judicial.*

*4. No registrar fuga ni tentativa de ella, durante el desarrollo del proceso ni la ejecución de la sentencia condenatoria.*

*5. Haber descontado el setenta por ciento (70%) de la pena impuesta, tratándose de condenados por los delitos de competencia de los Jueces Penales de Circuito Especializados*. (*Modificado por el artículo 29 de la Ley 504 de 1999).*

*6. Haber trabajado, estudiado o enseñado durante la reclusión y observado buena conducta, certificada por el Consejo de Disciplina.*

*Quien observare mala conducta durante uno de esos permisos o retardare su presentación al establecimiento sin justificación, se hará acreedor a la suspensión de dichos permisos hasta por seis meses; pero si reincide, cometiere un delito o una contravención especial de policía, se le cancelarán definitivamente los permisos de este género.”*

6.4.2 En este caso la negativa para acceder a lo pretendido se fundamentó en la prohibición contenida en el artículo 68A del C.P., respecto de los beneficios administrativos, toda vez que el punible de hurto calificado se encuentra excluido del tal prerrogativa.

6.4.3 La citada disposición, adicionada por la ley 1142 de 2007 y modificada por el artículo 32 de la ley 1773 de 2016, y actualmente por el artículo 60 de la Ley 1944 de 2018, establece la exclusión de beneficios y subrogados penales para un listado de delitos dentro de los cuales se encuentra la conducta de hurto calificado, que es una de las conductas por las que fue condenado el señor JEER.

*“Artículo 68A: Exclusión de los beneficios y subrogados penales. 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 se esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.*

*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 recaiga 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 (…)”.*

La actual redacción de la norma, modificada conforme a lo antes dicho contiene la misma restricción frente al delito de hurto calificado.

6.4.4 El recurrente considera que pese a que dicho delito se encuentra excluido de los beneficios judiciales o administrativos, el punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones sí goza de dicho favor y como el señor JEER también fue condenado por esta conducta punible, se le debe otorgar ese permiso, en virtud del principio de favorabilidad en materia penal.

6.4.5 El citado principio se encuentra consagrado en el artículo 29 de la CP y significa en lo esencial que si en un momento determinado coexisten dos normas penales, se dará aplicación a la más favorable. En ese sentido se ha dicho lo siguiente en la jurisprudencia pertinente sobre el tema:

*“[…] el principio de favorabilidad constituye un elemento fundamental del debido proceso que no puede desconocerse. El carácter imperativo del inciso segundo del artículo 29 de la Carta no deja  duda al respecto.*

*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.*

*La retroactividad, por el contrario, significa que cuando la nueva ley contiene previsiones más favorables que las contempladas en la ley que deroga, la nueva ley se aplicará a los hechos delictivos ocurridos con anterioridad a su vigencia.*

*Sobre este punto debe la Corte señalar que tratándose de la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, no cabe hacer distinción entre normas sustantivas y normas procesales,  pues el texto constitucional no establece diferencia alguna que permita un trato diferente para las normas procesales […]” (Corte Constitucional Sentencia C- 592/05).*

6.4.6 Por su parte el artículo 6º de la ley 599 de 2.000 dispone lo siguiente:

*“[…] La Ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable, ello también rige para los condenados […]”*

6.4.7 Frente a la norma anteriormente citada, debe decirse que en lo relacionado con el principio de favorabilidad en relación a la aplicación de la ley más permisiva, debe tomarse en su integridad la normatividad escogida, es decir, no es viable tomar apartes de una ley determinada para invocar ese, pues se debe aplicar todo el *corpus* normativo que regula el caso.

6.4.8 En este caso la pretensión del recurrente se centra en considerar que con base en el principio de favorabilidad se le puede otorgar al señor JEER el permiso administrativo de hasta 72 horas, por cumplir con los requisitos objetivos, atendiendo que uno de los punibles por los cuales fue condenado (artículo 365 del CP), no está enlistado entre aquellos excluidos de beneficios judiciales o administrativos de que trata el artículo 68A del CP.

6.4.9 Al observar la petición incoada por el apoderado judicial se puede determinar que hay una equivocada invocación del principio de favorabilidad, pues de accederse a su petición de aplicarse la norma invocada por el censor, se estaría creando una *Lex tertia* para el caso concreto, fragmentado el artículo 68A del C.P.

Sobre el tema se cita CSJ SP AP2510-2019 del 26 de junio de 2019, M.P. Eyder Patiño Cabrera, donde se dijo lo siguiente:

*“[…] Lo importante es que identificada una previsión normativa como precepto, cualquiera sea su conexión con otras, se aplique en su integridad, porque, por ejemplo, no sería posible tomar de la antigua ley la calidad de la pena y de la nueva su cantidad, pues un tal precepto no estaría clara y expresamente consagrado en ninguno de los dos códigos sucesivos, razón por la cual el juez trascendería su rol de aplicador del derecho e invadiría abusivamente el ámbito de la producción de normas propio del legislador. A esta distinción de preceptos para efectos exclusivos de favorabilidad (ella supone una ficción), de modo que hipotéticamente puedan separarse en su aplicación, contribuye, verbigracia, el espíritu del artículo 63 del estatuto vigente, según el cual el juez podrá suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad y exigir el cumplimiento de las otras (multa e inhabilitación), sin que por ello se convierta en legislador o renegado de la respectiva disposición sustantiva que obliga la imposición de las tres penas como principales y concurrentes, pues la decisión judicial no es norma sino derecho aplicado.*

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

6.4.10 En consecuencia, bajo los argumentos esgrimidos anteriormente, de ninguna manera es procedente dar aplicabilidad al principio de favorabilidad en el caso *sub examen,* toda vez que hay mandamiento expreso en el artículo 68A de la ley 599 de 2.000 que prohíbe cualquier beneficio administrativo para quienes hayan cometido algún delito de los que allí se encuentran incluidos entre los cuales está el de hurto calificado, por lo cual esta Sala considera que le asistió razón al juez de primer grado al negar la pretensión formulada en favor del sentenciado y por lo tanto se confirmará la decisión de primera instancia.

En razón a lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira del 17 de enero de 2019, en lo que fue objeto de impugnación.

SEGUNDO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado