



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ DEL GUAVIARE SALA ÚNICA

PREACUERDO/PROCEDENCIA DE SUBROGADOS Y SUSTITUTOS PENALES- para establecer su procedencia, el juez debe guiarse por la pena que está determinada a la conducta reprochada, en los términos que fue imputada y/o acusada, y no por la conducta modificada por vía de preacuerdo.

En otras palabras, en punto de determinar la procedencia de subrogados y sustitutos penales corresponde determinarse por la pena que está determinada a la conducta reprochada, en los términos que fue imputada y/o acusada, y no por la conducta modificada por vía de preacuerdo.

“(….)para la eventual sustitución de la pena en establecimiento carcelario, por prisión domiciliaria, no solamente se requiere demostrar que un implicado es padre o madre cabeza de familia, en la concepción jurídica del término; sino, además, descartar la presencia de antecedentes por delitos dolosos de aquellos excluidos; y acreditar que el desempeño personal, laboral, familiar o social del infractor permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o con incapacidad mental permanente.

PRISIÓN DOMICILIARIA/PADRE CABEZA DE FAMILIA- para acceder a la prisión domiciliaria como sustituto, se debe acreditar entre otros que, el sentenciado tiene personas a cargo, que dependen económicamente de él y efectivamente cumple con sus obligaciones.

En consecuencia, ya sea por mandato constitucional o específico precepto legal, en ningún caso será posible desligar del análisis para la procedencia de la detención en el lugar de residencia o de la prisión domiciliaria para el padre o madre cabeza de familia, aquellas condiciones personales del procesado que permitan la ponderación de los fines de la medida de aseguramiento, o de la ejecución de la pena, con las circunstancias del menor de edad que demuestren la relevancia de proteger su derecho, a pesar del mayor énfasis o peso abstracto del interés superior que le asiste¹⁴

[...]

que, para pregonarse titular de esta condición especial que da cabida a la prisión domiciliaria, debe acreditarse: (i) que el sentenciado tiene personas a cargo, que dependen económicamente de él, (ii) que realmente cumple con sus



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ DEL GUAVIARE SALA ÚNICA

obligaciones de apoyo, cuidado y manutención; (iii) que no tiene alternativa económica, (iv) que su desempeño personal, laboral, familiar o social indiquen que no va a poner en riesgo la víctima o la comunidad y, (v) que la medida permite cumplir los fines de la pena.”

[...]

Tampoco se puede simplemente inferir que el sentenciado realmente cumpliera con sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención respecto de sus hijos, esposa y madre o, que no tuviera una alternativa económica, requisitos también exigidos por la ley y jurisprudencial para acceder al sustituto de la pena intramural.”

JUSTICIA ORDINARIA Y RECLUSIÓN DE PERSONA INDÍGENA- se debe tener en cuenta que en los casos en donde el indígena deba cumplir la pena en un establecimiento penitenciario y/o carcelario perteneciente al sistema ordinario, éste último debe procurar que no se afecte la cultura de este sujeto respetando sus usos y costumbres.

“Para resolver el asunto, esta Corporación resalta que, si bien en algunos eventos -como el que nos ocupa- los indígenas pueden ser juzgados por la justicia ordinaria, ello no implica que puedan juzgarse conforme a las mismas reglas que las personas que no integran la cultura mayoritaria por cuanto existen garantías especiales para aplicar por los jueces ordinarios en estos casos desde que el sujeto activo sea un indígena.

Una de esas garantías es la obligación de adelantar un estudio de las circunstancias específicas de la cultura indígena, ya que de no ser así se afectaría la integridad étnica y cultural de esta parte de la población.

[...]

Sin embargo, encuentra la sala que, se debe tener en cuenta que en los casos en donde el indígena deba cumplir la pena en un establecimiento penitenciario y/o carcelario perteneciente al sistema ordinario, éste último debe procurar que no se afecte la cultura de este sujeto respetando sus usos y costumbres.

[...]



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



Tribunal Superior
San José del Guaviare

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ DEL GUAVIARE SALA ÚNICA

De esta manera, teniendo en cuenta que la pena tiene una función resocializadora y que, frente a los indígenas debe permitirles reintegrarse a su comunidad y no a que desemboquen de manera abrupta en la cultura mayoritaria, se exhortará al señor Juez Promiscuo del Circuito de Inírida – Guainía a que, disponga lo pertinente para que la orden de captura contra Israel Moyano Mirabal esté dirigida a que, en la medida de las posibilidades cumpla la pena dentro de su comunidad indígena Porvenir o, en su defecto, sea sometido a un tratamiento apropiado y conforme a sus condiciones especiales, procurando preservar sus usos y costumbres.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ DEL GUAVIARE

SALA ÚNICA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente:

CÉSAR FERNANDO MERCADO DURÁN

Aprobado por Acta N°. 82

San José del Guaviare, veintiuno (21) de noviembre de dos mil veinticuatro (2024).

Radicado	94001600064420220004501 (2023 00221)
Procesado	Isael Moyano Mirabal.
Delito	Fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones.
Decisión	Resuelve apelación sentencia.

I. ASUNTO POR DECIDIR.

Procede la Sala a pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado, en contra de la sentencia condenatoria emitida el 26 de junio de 2023 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Inírida – Guainía mediante la cual condenó a Isael Moyano Mirabal como autor de la comisión del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones.

II. ANTECEDENTES.

2.1. Fácticos¹.

Los hechos fueron sintetizados así en el escrito de

¹ Carpeta C01 Principal, Archivo 01, Expediente Digital.

acusación:

*“El día 8 de abril de 2022 a eso de las 23:00 horas, en la calle 30 con cerrera 4ª Barrio Primavera, frente al establecimiento de razón social Tabaco y Ron, zona urbana del municipio de Inírida (Guainía) **ISAEL MOYANO MIRABAL** portaba un revolver marca TAURUS BRASIL CAL 38 SPECIAL color café cacha color negro sin número de serial, con 6 cartuchos CAL 38 compatibles con el arma, los cuales fueron incautados, por no tener permiso o autorización para la tenencia o porte de armas de fuego (...).”*

2.2. Procesales.

Conforme el expediente, el 9 de abril de 2022², ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Inírida, Guainía, la delegada fiscal formuló imputación a Isael Moyano Mirabal como posible autor, en la modalidad consumada del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones, cargo que no fue aceptado por el imputado.

Presentado el escrito de acusación, luego de varios aplazamientos, el 21 de abril de 2023³ en el marco de la respectiva audiencia de formulación de acusación, ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Inírida, Guainía, la delegada de la Fiscalía, informó haber llegado a un acuerdo con el procesado, consistente en la aceptación de responsabilidad por el mencionado delito (art. 365 C.P.), en los términos en que le fueron imputados por el ente investigador, es decir, en calidad de autor.

El acuerdo se realizó a cambio de que se le impusiera la pena de 54 meses de prisión, correspondiente al cómplice (art. 30 del Código Penal). El preacuerdo fue aprobado por el

² Carpeta C02 Garantías, Archivo 02, Expediente Digital, Minuto 1:39:40 en adelante.

³ Carpeta C01 Principal, Archivo 21, Expediente Digital.

juzgador de primera instancia en la misma diligencia.

En consecuencia, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Inírida, Guainía emitió sentencia el 26 de junio de 2023⁴, por considerar que estaban dados los presupuestos legales para condenar a Israel Moyano Mirabal, por tanto, declaró penalmente responsable al acusado como autor del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones, diligencia en la que la defensa interpuso el recurso de alzada, que sustentó el día 4 de julio de 2023.

El proceso fue remitido a este Tribunal para que resolviera el recurso de alzada, correspondiéndole por reparto al Despacho 01 de esta Corporación.

El 26 de septiembre de 2023⁵, el Despacho 01 de esta magistratura, propuso ante la Corte Constitucional, conflicto positivo de jurisdicciones, conforme a lo deprecado por el Gobernador y el Secretario General del Resguardo Indígena Paujil- Comunidad del Porvenir, quienes solicitaron impartir justicia a Israel Moyano Mirabal por ser miembro de esa tribu multicultural.

El 14 de febrero de 2024⁶, la Corte Constitucional declaró que esta corporación era la autoridad competente para conocer de la investigación que se adelantaba en contra de Israel Moyano Mirabal.

III. DECISIÓN APELADA⁷.

⁴ Carpeta C01 Principal, Archivo 21, Expediente Digital.

⁵ Carpeta C03 Segunda Instancia, Archivo 09, Expediente Digital.

⁶ Carpeta C03 Segunda Instancia, Archivo 22, Expediente Digital

⁷ Carpeta C01 Principal, Archivo 26, Expediente Digital.

El Juez Promiscuo del Circuito de Inírida - Guainía, condenó en sentencia fechada 26 de junio de 2023 a Isael Moyano Maribal a 54 meses de prisión, como autor del delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones, igualmente como pena accesoria impuso la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual a la pena principal, así como el término de 14 meses de la privación a la tenencia y porte de armas.

En la misma decisión el fallador de primer grado, no concedió el subrogado de suspensión de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria deprecada por la defensa del acusado y procedió a librar orden de captura de manera inmediata en contra del sentenciado, por último, ordenó remitir las citadas diligencias al Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Villavicencio, para que ejerciera la vigilancia de la pena impuesta al condenado.

La defensa interpuso recurso de apelación frente al proveído anunciado y solicitó sustentarlo dentro de la oportunidad deprecada en el artículo 179 del compendio procesal penal.

IV. RECURSO DE ALZADA.

4.1. Defensa como recurrente⁸.

Fincó su alzada por escrito frente a la negativa del *a quo*

⁸ Carpeta C01 Principal, Archivo 30, Expediente Digital.

para conceder la prisión domiciliaria al sentenciado considerando que, el señor Isael Moyano Mirabal es miembro de la comunidad indígena Porvenir desde hace 25 años, en condiciones de pobreza extrema, quien trabaja de manera informal y está a cargo del sostenimiento de su núcleo familiar conformado por su esposa, cuatro (4) hijos y su madre, una adulta mayor. Lo anterior, dado su contexto social y cultural, en el que la figura paterna es la única proveedora del hogar y la figura materna, si bien esta presente, tiene un rol pasivo dentro de la familia.

Indicó que, aunque el delito por el que se procede contempla una pena mínima que supera los ocho (8) años de prisión, el señor Moyano Mirabal fue condenado en calidad de cómplice, con una punibilidad mínima igual a 54 meses, con lo que se cumple el requisito objetivo dispuesto por el legislador en el numeral 1º del artículo 38B. Lo anterior, aunado al hecho de que se trata de un infractor primario, carente de antecedentes penales y que la conducta por la que se procede no está excluida por el artículo 68A del Código Penal.

En ese orden de ideas, solicitó que se revocara el numeral cuarto de la sentencia condenatoria de primera instancia.

4.2. Partes no recurrentes.

Pese al traslado efectuado, en constancia secretarial de fecha 10 de julio de 2023, las demás partes en esta contienda penal no se pronunciaron.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

5.1 Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer de la apelación presentada por la defensa en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Inírida, Guainía en virtud de lo establecido en los artículos 34-1 y 42 del Código de Procedimiento Penal⁹.

En consonancia con el principio de limitación, el estudio a realizar se condicionará a los puntos esbozadas en el recurso de alzada y a aquellos inescindibles a estos¹⁰.

5.2. Problema Jurídico.

Le corresponde a esta colegiatura definir si fue acertado o no el fallo impugnado, al no conceder la prisión domiciliaria a favor de Isael Moyano Mirabal.

Le corresponde a esta colegiatura definir en primer lugar, si fue acertado o no el fallo impugnado al negar la prisión domiciliaria prevista en el artículo 38B C.P. al señor Isael Moyano Mirabal, considerando la pena mínima prevista en la ley para la conducta punible por la que se procede y no la pena que le correspondió tras la aplicación del beneficio concedido por vía de preacuerdo.

En segundo lugar, dadas las particularidades del caso concreto corresponde establecer si el sentenciado Isael

⁹ Mediante el artículo 1° del Acuerdo PCSJA22-12028 del 19 de diciembre de 2022, el Consejo Superior de la Judicatura creó el Distrito Judicial de San José del Guaviare, conformado por los circuitos judiciales de San José del Guaviare, Inírida y Mitú. Los artículos 3° y 4° ejusdem crearon el Tribunal Superior de San José del Guaviare y su Sala Única.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, sentencia SP3419-2021.

Moyano Mirabal cumple con requisitos para acceder a la sustitución de la pena de prisión por la condición de cabeza de hogar.

Con ese propósito la Sala: (i) puntualizará los términos del acuerdo celebrado entre el ente acusador y el acusado, (ii) traerá el argumento expuesto por el juez de primera instancia al negar la concesión de la prisión domiciliaria, (iii) estudiará la jurisprudencia sobre la modificación de la calificación jurídica de la conducta punible por vía de preacuerdo; (iv) la normatividad aplicable a la sustitución de la pena por la condición de padre o madre cabeza de familia y, (v) posteriormente resolverá el caso concreto.

(i) Los términos del acuerdo celebrado entre el ente acusador y el acusado.

El 21 de abril de 2023, fecha en la que se iba a llevar a cabo la audiencia de formulación de acusación, la Fiscalía puso en conocimiento que se había celebrado un preacuerdo con el procesado y su defensa, el cual sometían a aprobación por parte del juez de primera instancia.

El aludido preacuerdo consistió en que el señor Isael Moyano Mirabal aceptaba los hechos tal y como los había narrado la Fiscalía y de igual manera la calificación jurídica como autor, que le dio el ente acusador y, como contraprestación por aceptar su responsabilidad, la delegada de la Fiscalía le reconocía que su actuar estuvo conforme al inciso 3°, es decir, una forma de participación a título de cómplice.

En los términos descritos con anterioridad, aclarando

que el beneficio concedido únicamente era aplicable para efectos de dosificar la pena, el preacuerdo fue aprobado por el *a-quo*, quien, por lo tanto, condenó a Isael Moyano Mirabal como autor del ilícito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y le impuso la pena privativa de la libertad que corresponde al cómplice, igual a cinco (5) años de prisión.

Teniendo en cuenta que, la pena impuesta supera los cuatro (4) años de prisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 C.P. al sentenciado se le negó la suspensión condicional de la pena y, considerando que la pena mínima prevista en la ley para la conducta por la que se procede supera los ocho (8) años, en virtud de lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 38B *ibidem*, también se le negó la prisión domiciliaria.

Como se indicó en acápite anteriores, contra el quantum de la pena la defensa no manifestó inconformidad, sin embargo, frente a la negativa de conceder la prisión domiciliaria interpuso recurso de alzada, considerando que su prohijado cumple los requisitos que para tal efecto exige el legislador.

Insistió la censora en que el procesado, era indígena, padre de cabeza de familia, quien tenía a su cargo su núcleo familiar compuesto por 4 hijos, su esposa y su madre, circunstancias que a juicio de la defensa fueron debidamente probadas con:

(a) El certificado del resguardo Puinave y Piapoco, el cual señaló que el procesado y su compañera permanente, hacían parte del censo de la comunidad desde hace 25 años.

(b) La identificación de la compañera permanente y de la progenitora del procesado y,

(c) Los registros civiles de nacimiento de los hijos.

Resultando diáfano que la prisión domiciliaria no fue objeto del acuerdo y, por tanto, su concesión quedó sometida a discreción del juzgador.

(ii) Argumento expuesto por el juez de primera instancia.

El *a quo*, después de verificar la legalidad del preacuerdo celebrado entre las partes y encontrar el debido respeto por las garantías fundamentales y el acierto en la estructura procesal propia del sistema acusatorio, emitió en contra del procesado el correspondiente fallo condenatorio en calidad de autor de la conducta reprochable de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

Así pues, según acordado entre las partes el juez de primera instancia impuso al procesado una pena de cinco (5) años de prisión sujeta al principio de legalidad, analizó la procedencia de subrogados y sustitutos penales y de dicho análisis, determinó que frente a la prisión domiciliaria, no se cumplía el requisito objetivo establecido en el numeral 1 del artículo 38B del Código Penal, dado que, la conducta que se le atribuyó al acusado, conllevaba una pena mínima de nueve (9) años de prisión, que excede el límite mínimo de ocho (8) años fijado para otorgar dicho sustituto.

En torno a la posición de padre cabeza de hogar del procesado, el juez destacó que no todas las personas que

estén a cargo del hogar podían ser consideradas automáticamente como padres o madres cabeza de familia, pues para el *a quo* la condición de indígena del procesado y el hecho de tener hijos y una esposa a su cargo, no eran suficientes para justificar la prisión domiciliaria, expuso que si bien era cierto, la responsabilidad de cuidar a la familia era importante, existían alternativas como el apoyo de otros familiares para garantizar el bienestar de sus dependientes mientras cumplía la pena.

Insistió en que, ni la condición de infractor primario ni la imprudencia como causa de los hechos, era suficiente para justificar la concesión de la prisión domiciliaria.

(iii) Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la modificación de la calificación jurídica de la conducta punible por vía de preacuerdo.

La jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en torno a la institución jurídica de los preacuerdos ha discutido cuál es el ilícito o el nivel de participación por el que debe emitirse la sentencia, con sus efectos en cuanto a la concesión de subrogados y sustitutos penales, es decir, se ha cuestionado si debe ser por el punible objeto de imputación y/o acusación, o por el delito pactado vía preacuerdo, más exactamente en aquellas negociaciones donde se realizan modificaciones a la calificación jurídica.

Al respecto, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria ha puesto de presente:

“(...)La imposibilidad de asignar a los hechos una calificación jurídica disonante con la adecuación típica que efectivamente corresponde a los hechos, como cuando se reconoce una circunstancia de menor

punibilidad sin ninguna base fáctica, se justifica en que: i) en tales casos se incurre en una trasgresión inaceptable del principio de legalidad; ii) esos cambios de calificación jurídica sin base factual pueden afectar los derechos de las víctimas, como cuando se asume que el procesado actuó bajo un estado de ira que no tiene soporte fáctico y probatorio, y iii) este tipo de acuerdos pueden desprestigiar la administración de justicia, principalmente cuando se utilizan para solapar beneficios desproporcionados.

25. En contraposición, la Sala (CSJ SP2295-2020, rad. 50.659) ha clarificado que, **si bien las partes pueden utilizar como herramienta de negociación una calificación jurídica diversa a la que legalmente correspondiente, ello ha de verse reflejado, en estricto sentido, en la imposición de la sanción penal o fijación de la condena, donde se concreta el beneficio, pero no en la declaratoria de responsabilidad penal.**

26. Adicionalmente, en la CSJ SP3002-2020, rad. 54.039, dentro de los puntos a verificar por el juez de conocimiento a la hora de aplicar el examen sobre la legalidad del acuerdo presentado en esos términos, entre otros aspectos la Corte recalcó que “las partes no tendrían que presentar evidencias que den cuenta, siguiendo con el mismo ejemplo, de que el procesado es cómplice y no autor, ya que la alusión a la norma penal más favorable -para efectos de calcular la pena, evaluar subrogados penales, etcétera, según los términos del convenio-, constituye, precisamente, el beneficio por someterse a la condena anticipada. Todo bajo el entendido de que la condena se emitirá por la calificación jurídica que corresponda -autor, según este ejemplo-, así para los fines de la pena se tome como referencia una norma penal diferente (...)”¹¹.

“(...) En ese orden, concierne a la Fiscalía preacordar sobre el supuesto de que el delito que se atribuye tiene una base fáctica, probatoriamente sustentada y que la referencia a una calificación jurídica menos restrictiva, pero carente de cualquier fundamentación, lo es solo para efectos punitivos, de modo que el procesado comprenda con claridad que la calificación jurídica del punible objeto de imputación o acusación no sufre en esas condiciones variación alguna y que, salvo el pacto a que se haya llegado sobre la pena, la sentencia lo será respecto de la ilicitud materia de aquellos actos, con sus anejas consecuencias.

En esa misma línea debe ser el rol del juzgador, no en fijar una calificación jurídica según su criterio, sino en advertir que el acuerdo lo sea en esos términos y que en torno a ellos el acusado tenga la claridad necesaria; por lo mismo no debe aprobar aquellos pactos que tozudamente varíen la calificación jurídica sin que medie una base fáctica”¹².

(iv) Normatividad aplicable a la sustitución de la pena por la condición de padre o madre cabeza de familia.

La noción jurídica de cabeza de familia está contenida

¹¹ AP3131-2024.

¹² SP359-2022.

en el artículo 2° de la Ley 82 de 1993 “Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia”, modificado por el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008, la norma establece:

“Es Mujer Cabeza de familia quien, siendo soltera o casada, ejerce la jefatura del hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, psíquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

El derecho de la mujer cabeza de familia, consistente en purgar la pena privativa de la libertad en su residencia, está contenido en el artículo primero de la Ley 750 de 2002, “*por la cual se expiden normas sobre el apoyo de manera especial, en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario a la mujer cabeza de familia*”, que expresa:

“Artículo 1°. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer cabeza de familia, en el lugar de su residencia o en su defecto en el lugar señalado por el juez en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

Que el desempeño personal, laboral, familiar o social de la infractora permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente.

La presente ley no se aplicará a las autoras o partícipes de los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro, desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos.”

Si bien en principio este beneficio solo estaba consagrado para las mujeres, ante la discriminación que ello significaba, la sentencia SU-389 de 2005 precisó que, para predicar dicha condición respecto del padre, este debe acreditar:

(i) Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que

realmente sea una persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento; que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas.

(ii) Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños.

(iii) Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que le asiste de acreditar los mismos requisitos formales que la Ley 82 de 1993 le impone a la madre cabeza de familia para demostrar tal condición

Como se observa, para la eventual sustitución de la pena en establecimiento carcelario, por prisión domiciliaria, no solamente se requiere demostrar que un implicado es padre o madre cabeza de familia, en la concepción jurídica del término; sino, además, descartar la presencia de antecedentes por delitos dolosos de aquellos excluidos; y acreditar que el desempeño personal, laboral, familiar o social del infractor permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o con incapacidad mental permanente.

Con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), en materia de detención domiciliaria y sustitución de la prisión en establecimiento carcelario, en atención a la calidad de madre o padre cabeza de familia, se abrió la posibilidad de aplicar el numeral 5° del artículo 314 y el artículo 461, respectivamente, de esa reglamentación¹³.

Aparentemente, para conceder la detención domiciliaria, el numeral 5° del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, sólo exige la demostración de la calidad de madre o padre cabeza de familia; y al parecer esta norma prescindió de considerar el desempeño personal, laboral, familiar o social, el peligro para la comunidad y la evasión, a que alude

¹³ STP2239-2023

el artículo 38 del Código Penal (Ley 599 de 2000), cuando se trata de prisión domiciliaria en general. Por su parte, el artículo 461 de la Ley 906 de 2004, relativo a la “sustitución de la ejecución de la pena”, establece que el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad podrá ordenar la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva (artículo 314 ibidem).

Empero, la Sala de Casación Penal, en Sentencias como la proferida el 22 de junio de 2011 (radicación 35943), dejó claro que la aplicación favorable de los artículos 314 y 461 de la Ley 906 de 2004, no se puede interpretar en el sentido de que estas normas derogaron o dejaron sin efectos al artículo 1° de la Ley 750 de 2002; y, por lo tanto, para conceder la sustitución por domiciliaria, no es suficiente acreditar la calidad de cabeza de familia, sino que deben analizarse otra serie de variables relacionadas con los antecedentes y el comportamiento personal, familiar y social del implicado.

En consecuencia, ya sea por mandato constitucional o específico precepto legal, en ningún caso será posible desligar del análisis para la procedencia de la detención en el lugar de residencia o de la prisión domiciliaria para el padre o madre cabeza de familia, aquellas condiciones personales del procesado que permitan la ponderación de los fines de la medida de aseguramiento, o de la ejecución de la pena, con las circunstancias del menor de edad que demuestren la relevancia de proteger su derecho, a pesar del mayor énfasis o peso abstracto del interés superior que le asiste¹⁴.

¹⁴ Ibidem

(v) El caso concreto.

En ese orden de ideas, de cara al primer problema jurídico planteado se extracta que, el preacuerdo celebrado en el asunto que nos convoca, consistió en la aceptación por parte del procesado de su responsabilidad penal como autor del delito previsto en el artículo 365 del Código Penal y a cambio de ello, la aplicación de la pena en calidad de cómplice, términos concordantes con la postura jurisprudencial estudiada en precedencia toda vez que, si bien al sentenciado se le condenó en calidad de autor, la pena de cinco (5) años que se impuso fue el resultado de la tasación en calidad de cómplice, esto es, con la disminución contenida en el artículo 30 de la ley 599 del 2000.

Luego, en esas condiciones, aparece acertada la decisión del juez de primera instancia al señalar que en el caso concreto NO se cumple el requisito objetivo establecido en el numeral 1° del artículo 38B del Código Penal para conceder la prisión domiciliaria, pues, conforme lo estudiado, si bien las partes pueden utilizar como herramienta de negociación una calificación jurídica diversa a la que legalmente corresponde, ello se ve reflejado únicamente en la imposición de la pena, pero no en la declaratoria de responsabilidad penal ni en con sus efectos en cuanto a la concesión de subrogados y sustitutos penales.

En otras palabras, en punto de determinar la procedencia de subrogados y sustitutos penales corresponde determinarse por la pena que está determinada a la conducta reprochada, en los términos que fue imputada y/o acusada, y no por la conducta modificada por vía de preacuerdo.

Aclarado lo anterior, recuérdese que el requisito objetivo establecido por el legislador para acceder a la prisión domiciliaria como sustituto de la pena intramural, consiste en que el mínimo de la pena previsto en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos, de manera que, como quiera que la conducta punible prevista en el artículo 365 C.P. contempla una pena principal de prisión que oscila entre nueve (9) y 12 años de prisión, encuentra esta corporación ajustada a legalidad la decisión de primera instancia en el sentido de negar al sentenciado la prisión domiciliaria en cumplimiento del mandato contenido en el numeral 1° de artículo 38B C.P.

Ahora, con relación al segundo problema jurídico planteado, como punto de partida resulta pertinente mencionar que, las justificaciones de sustitución de la pena intramural, obedecen a criterios especiales, basados en exigencias constitucionales de protección reforzada en relación con determinados sujetos merecedores de especial protección, entre los que el legislador previó los siguientes: el adulto mayor de 65 años, la mujer lactante o que va a dar a luz, las personas en estado grave por enfermedad y, el padre o la madre cabeza de hogar.

Con relación a estos últimos, hemos precisado que no se trata de una causal de sustitución absoluta para la que baste acreditar el vínculo filial entre padres y dependientes, sino que, para pregonarse titular de esta condición especial que da cabida a la prisión domiciliaria, debe acreditarse: (i) que el sentenciado tiene personas a cargo, que dependen económicamente de él, (ii) que realmente cumple con sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención; (iii) que no tiene alternativa económica, (iv) que su desempeño personal,

laboral, familiar o social indiquen que no va a poner en riesgo la víctima o la comunidad y, (v) que la medida permite cumplir los fines de la pena.

Al respecto, en primera instancia se sostuvo que, si bien se acreditó el vínculo entre el señor Isael, su esposa e hijos, y su pertenencia a la comunidad indígena Porvenir, no ocurrió lo mismo con los demás requisitos, pues, existen alternativas como el apoyo de otros familiares. Aunado a ello se resaltó que la condición de infractor primario no exige al sentenciado del cumplimiento de la pena intramural.

En contraposición, en sede de apelación la defensa alegó que el señor Isael Moyano Mirabal es el único proveedor de su núcleo familiar, situación que no es demostrable, pero, que se puede inferir dado el contexto social y cultural en que viven, pues, son una familia completamente indígena donde la actividad económica se desarrolla a través de la figura paterna o el líder del núcleo, en este caso el sentenciado, y la esposa se dedica estrictamente a labores domésticas que, si bien le pueden generar algún recurso, no será de igual proporción al aportado por el sentenciado.

Para resolver el asunto, esta Corporación resalta que, si bien en algunos eventos -como el que nos ocupa- los indígenas pueden ser juzgados por la justicia ordinaria, ello no implica que puedan juzgarse conforme a las mismas reglas que las personas que no integran la cultura mayoritaria por cuanto existen garantías especiales para aplicar por los jueces ordinarios en estos casos desde que el sujeto activo sea un indígena.

Una de esas garantías es la obligación de adelantar un

estudio de las circunstancias específicas de la cultura indígena, ya que de no ser así se afectaría la integridad étnica y cultural de esta parte de la población, aspecto que fue reconocido por la Corte Constitucional mediante la Sentencia T-778 de 2005 así:

“Como lo ha dispuesto la jurisprudencia, es necesario efectuar excepciones culturales a reglas generales cuando dicha excepción responda a la aplicación de un mandato constitucional y esa aplicación no vulnere un derecho individual o valor constitucional considerado de mayor peso. En el apartado 4.4 de esta providencia se estableció que éstos son el respeto al derecho a la vida, la prohibición a la tortura, la responsabilidad individual por los actos, la proporcionalidad de la pena a la gravedad de la falta, todo ello desde el punto de vista de la cosmovisión propia de cada pueblo indígena”.

Frente a lo anterior, en algunas circunstancias las condiciones específicas de una cultura indígena pueden afectar el estudio de los elementos de la norma, y de allí que la demostración de la cosmovisión propia del pueblo indígena respectivo, sea un elemento estructural de las decisiones que deben adoptarse por parte de la justicia ordinaria.

Bajo esos derroteros, en el caso concreto no existe espacio a la duda frente a la conformación del núcleo familiar del señor Israel Moyano, pues, los documentos de identificación aportados al instructivo demuestran el vínculo filial entre sus miembros y las obligaciones alimentarias y de cuidado que le son inescindibles. Sin embargo, con relación a esos patrones culturales propios de su pertenencia a una comunidad indígena aludidos por la defensa, según los cuales la mujer no puede trabajar y generar ingresos que garanticen el sostenimiento de su núcleo familiar o recibir la ayuda de familiares o parientes, no se aportó elemento de convicción alguno.

Esta corporación no está poniendo en duda que el

sentenciado y su familia pertenezcan a la comunidad indígena Porvenir y que por lo tanto su cosmovisión sobre el mundo sea diferente, pues, sobre ello si hay una base probatoria en la que sustentan la identidad étnica aludida, ni el hecho de que el señor Isael Moyano Mirabal como padre de sus hijos y esposo de la señora Ana Melena Bautista, generara los ingresos que destinaba a la manutención de su núcleo familiar, pero, no puede inferir de los escasos elementos aportados, las características culturales de la comunidad indígena a la que pertenecen, ni la dependencia económica que como consecuencia de las anteriores propone la defensa.

Tampoco se puede simplemente inferir que el sentenciado realmente cumpliera con sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención respecto de sus hijos, esposa y madre o, que no tuviera una alternativa económica, requisitos también exigidos por la ley y jurisprudencial para acceder al sustituto de la pena intramural.

Todo lo anterior debió ser objeto de prueba durante el traslado del artículo 447 C.P.P., en observancia de las disposiciones, y no vagamente mencionado en sede de apelación, como sucedió en el caso concreto. Lo dicho, aunado al hecho de que, en su postulación, la señora defensora no hizo alusión al cumplimiento de los fines de la pena.

En esos términos y en respuesta al segundo problema jurídico planteado, tampoco resulta procedente conceder al sentenciado la prisión domiciliaria, razón por la que se confirmará la decisión de primera instancia.

Sin embargo, encuentra la sala que, se debe tener en cuenta que en los casos en donde el indígena deba cumplir la pena en un establecimiento penitenciario y/o carcelario perteneciente al sistema ordinario, éste último debe procurar que no se afecte la cultura de este sujeto respetando sus usos y costumbres. Respecto a este último aspecto, la Corte Constitucional ha considerado:

“Es importante aclarar que, independientemente de que la falta cometida sea o no juzgada por la jurisdicción especial una vez la persona haya sido juzgada y condenada por la jurisdicción ordinaria, es esencial que el cumplimiento de la pena o medida preventiva se tenga en cuenta la cosmovisión indígena, sus costumbres, sus prácticas, y la finalidad de la pena para el miembro de la comunidad. De este modo, se plantea la necesidad de que en la ejecución de la condena, se opte por soluciones que favorezcan el cumplimiento de la orden del juez de un modo que respete y no atente contra las costumbres y la conciencia colectiva de los indígenas, para lo cual resulta imperioso armonizar de manera efectiva los mandatos de la justicia y el respeto por la diversidad cultural”¹⁵.

De esta manera, teniendo en cuenta que la pena tiene una función resocializadora y que, frente a los indígenas debe permitirles reintegrarse a su comunidad y no a que desemboquen de manera abrupta en la cultura mayoritaria, se exhortará al señor Juez Promiscuo del Circuito de Inírida – Guainía a que, disponga lo pertinente para que la orden de captura contra Israel Moyano Mirabal esté dirigida a que, en la medida de las posibilidades cumpla la pena dentro de su comunidad indígena Porvenir o, en su defecto, sea sometido a un tratamiento apropiado y conforme a sus condiciones especiales, procurando preservar sus usos y costumbres.

VI. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Única del Tribunal

¹⁵ Sentencias de la Corte Constitucional T-239 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-1294 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-549 de 2007, M.P. Jaime Araújo Rentería; T-1026 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-097 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo

Superior de San José del Guaviare, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de junio de 2023, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Inírida, Guainía, conforme las motivaciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Esta decisión se notifica en estrados y en contra de ella procede el recurso extraordinario de casación.

TERCERO: En firme la decisión devuélvanse las diligencias al juzgado de origen para el trámite subsiguiente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CÉSAR FERNANDO MERCADO DURÁN

Magistrado

(Firma electrónica)

FÉLIX ANDRÉS SUÁREZ SAAVEDRA

Magistrado

Con aclaración de voto



LADY JOHANA HERNÁNDEZ PIMENTEL
Magistrada

Firmado Por:

Cesar Fernando Mercado Duran
Magistrado
Sala Única
Tribunal Superior De San Jose Del Guaviare - Guaviare

Lady Johana Hernandez Pimentel
Magistrada
Sala Única
Tribunal Superior De San Jose Del Guaviare - Guaviare

Félix Andrés Suárez Saavedra
Magistrado
Tribunal Superior De San Jose Del Guaviare - Guaviare
Firma Con Aclaración De Voto

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **c42cefd145109626270fa19ca16543991176329a5220ab28b3178152d2aa2b9f**

Documento generado en 21/11/2024 08:21:51 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>