

Honorable
Magistrado DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRAN.
Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia
Bogotá D.C.

Ref: Sustentación Alegatos de Conclusión
Rad: 68679-60-00-153-2020-00083
Procesado: **FREDY BENIGNO GOMEZ GALVIS**
Delito: Violencia intrafamiliar

ROBERTO SARMIENTO MOGOLLON, identificado con la Cedula de Ciudadanía No 8'733.773 de B/quilla, abogado con tarjeta profesional No 96.909 del Consejo superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado de la señora JESSY PAOLA CARREÑO MENESES (con poder presentado en precedencia), víctima en la presente causa, y dentro del término establecido por su Despacho, nos pronunciamos en el sentido de que la sentencia condenatoria pre acordada con el procesado y apelada por la defensa, únicamente con relación a la negación del sustituto penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena (artículo 63 C.P.) **debe ser casada parcialmente en cuanto a la privación de la libertad**

RECONOCIMIENTO Y ACTIVIDAD DE LA VICTIMA EN EL PROCESO PENAL.

La víctima esposa del procesado, para el presente caso, cumplió con todos los protocolos exigidos dentro del proceso penal, para obtener reconocimiento, para que se estableciera la verdad, justicia, reparación, perdón, aceptación de cargos y tratamiento psicológico como pareja buscando el fin constitucional cual era de que se haga justicia, pero se preservara el núcleo familiar. consciente de ello participa en cada etapa procesal con un fin primordial enseñarle a su esposo que ella merecía respeto, dignidad como mujer y compañera permanente por varios años, que no estaba dispuesta a renunciar a ello, siempre y cuando se sometiera a terapias intensivas sobre; como dejar esa agresividad como pareja, objetivo cumplido con la anuencia de las partes y demás sujetos procesales.

En ese orden de ideas, se cumplió el objetivo trazado por ellos (víctima y victimario), prueba de ello es que vuelve la convivencia 8 días después del insuceso, hasta el día de hoy sin ninguna complicación, terminando así, el procesado con pre acordar la responsabilidad penal a cambio de la variación de la conducta que si bien es cierto quedaba en el plano de las lesiones personales, no con eso se desdibujaba la gravedad de la misma.

Muy a pesar de haber llegado a un acuerdo entre las partes y de cumplir con todo aquello de la reparación a la víctima y de haberse sometido al tratamiento psicológico como pareja y teniendo en cuenta lo dura que es la ley actual en materia de violencia intrafamiliar, no fue posible obtener una preclusión o terminación favorable para el procesado, razón por la cual se optó por la figura del preacuerdo como forma de terminación anticipada, conllevando a una sentencia condenatoria admitida así por las partes y demás intervinientes especiales entre ellas la víctima y su representante, dando pie para que la señora juez impusiera la misma sobre la conducta y la pena acordada.

No hubiese habido inconformidad por parte de la víctima hasta ese estadio, sino fuera porque la señora juez decide que al imponer la pena al hasta ese momento procesado, le negaba el sustituto de la suspensión de la privación de la libertad (art 63 del C.P.), bajo los presupuestos de la prohibición establecida en el artículo 68 A del Código penal sustantivo, considerando la señor juez, que por mantenerse el núcleo fáctico de la imputación era necesario privar de la libertad intramuralmente al joven procesado, sin mirar las condiciones personales, laborales y sociales del

mismo, y mucho menos la afectación con esta medida a la víctima, quien a pesar de ser la denunciante, seguía fungiendo como esposa o compañera permanente o más aun dependiendo económicamente del ingreso de éste, por causa de la pandemia que nos agobia y como si fuera poco el abandono a que se van a ver obligadas sus hijas extramatrimoniales entre ellas una menor de edad dada su condición de padre y cabeza de familia frente a este último evento.

Resulta ponderado, analizar cada tópico con miras a adentrarnos que tan necesaria resulta imposición de la pena privativa de la libertad en estos eventos, obviamente sin desconocer los presupuestos de la misma, la prohibición del mecanismo sustitutivo, alternativa esta, en manos del juez de la causa, pero siempre fundada en la necesidad y proporcionalidad frente a cada caso concreto.

La señora juez al negar el sustituto manifestó;

“Teniendo en cuenta entonces que FREDDY BENIGNO GOMEZ GALVIS, no presenta antecedentes penales, por este solo hecho objetivo sería perfectamente posible concederle el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el delito por el que se emite la condena conserva el núcleo fáctico de imputación, es decir violencia intrafamiliar, sea preciso indicar, que se encuentra incluido en el inciso segundo del artículo 68 A del Código Penal, esto es violencia intrafamiliar, escapa de la concesión de los subrogados solicitados por la defensa.

Lo anterior acompasa con lo expuesto en la SU 479 de 2019, de cuyo presente se concluye que el acuerdo consiste en tomar como referente una norma penal menos gravosa, no es para que se emita la condena a la luz del referente jurídico que no se ajusta a los hechos, sino solamente para efectos de calcular la pena, luego la evaluación de la procedencia de los subrogados penales debe hacerse bajo la luz del delito condenado, que es en últimas el delito cometido por el acusado”.

Bajo estos parámetros argumentativos la señora juez decide negar el mencionado sustituto que consideramos que no está ajustado a los principios necesidad y proporcionalidad y de prevención especial positiva.

La pena, entendida como la consecuencia jurídica del delito, se impone a quien en un contexto penal se haya responsable y quien debe asumir la consecuencia de sus actos contrarios a la sociedad. Dicha pena se manifiesta, por lo general, a través de la privación de la libertad.

Teóricos del Derecho Penal se han encargado de soportar las finalidades que justifican su existencia, pasando por las teorías absolutas o retributivas, desde cuya perspectiva la pena se justifica así misma y existe únicamente con el propósito de “causarle un mal a quien ha cometido un mal” (Kant), es decir que, para quienes sostienen esta tesis, la pena se entiende como una suerte de retribución para hacer sufrir a quien ha hecho sufrir; o desde otra perspectiva, existe para reforzar la norma penal al ser la síntesis que viene a desconocer el delito (antítesis) y reafirmar la vigencia y validez de la norma penal (tesis), en lo que se conoce como la teoría de la negación de la negación de Hegel.

En estas teorías no parece haber discusiones sobre la necesidad de imponer una pena y, en efecto, hacerla efectiva, pero la teoría del delito, por su parte, sí hace aportes que han tenido una gran acogida en la mayoría de estados democráticos. Tenemos entonces de las teorías de la prevención que se manifiestan desde cuatro vertientes distintas a saber:

Prevención general positiva: la pena sirve para enviar un mensaje consistente y que recuerda que las leyes penales se cumplen y va dirigido a los miembros de la sociedad que no han delinquido.

Prevención general negativa: la pena sirve para enviar un mensaje de amenaza respecto del mal que puede causar y va dirigido a los miembros de la sociedad que no han delinquido, con el fin de que se abstengan de hacerlo.

Ahora bien, frente a la prevención especial positiva la finalidad de la pena es reeducar, resocializar reincorporar al delincuente en la sociedad, va dirigido precisamente a quien ha delinquido, como en el caso que nos ocupa y en cuanto a la prevención especial negativa su fin es apartar de la sociedad a quien ha cometido un delito, anularlo, inocuizarlo y va dirigido a quien ha delinquido.

En el caso colombiano, nuestro legislador parece que adoptó una suerte de teoría mixta. Si bien es aceptada entre los afectos a la teoría de la prevención combinando las finalidades generales y especiales, como, por ejemplo, la posición del profesor Roxin, en cuanto sostiene que “en el momento de la conminación penal, cuando el legislador crea la norma, opera la prevención general, cuando el juez impone la pena, operan la prevención general y especial y finalmente en el momento de la ejecución de la pena, opera la prevención especial”.

Esto nos deja entender que las teorías absolutas comparadas con las retributivas son incompatibles entre ellas, pues, precisamente, unas desconocen a las otras, o la pena es un fin en sí misma, o se usa con una finalidad que va más allá. Y es esa mezcla antitécnica y carente de estructura en la que se basa el legislador colombiano al indicar en el artículo 4º del Código Penal (L. 599/00): “La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado”.

“La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”.

Por lo anterior, según la legislación colombiana, todo discurso sirve para soportar la imposición de cualquier tipo de pena, excepto el de la prevención especial negativa, puesto que la misma Corte Constitucional lo ha considerado como incompatible en un Estado social y democrático de derecho. No obstante, no puede pasar inadvertido el mensaje del legislador cuando en el inciso final del artículo precedente indicó: El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan.

Esto quiere decir que para determinar la necesidad en la imposición de la pena, el juez debe estudiar las teorías de la prevención mientras omite, por supuesto, la prevención especial negativa por mandato constitucional, esto nos lleva a concluir que la pena en nuestro sistema debe tener un análisis subjetivo al momento de su imposición y bajo esta misma lógica el legislador penal ha creado los denominados subrogados penales, que en su máxima expresión se reconocen como la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

En principio, estos dos subrogados se encuentran limitados por criterios objetivos, como el monto de la pena impuesta o la pena mínima consagrada en la ley según sea el caso, pero a la vez invitan al juez a hacer un análisis subjetivo para ver si el acusado es merecedor de este beneficio, sin embargo, bajo esta misma lógica el legislador para el año 2007 quiso evitar que el los reincidentes recibieran dicho beneficio.

Así fue como nació el artículo original 68A del Código Penal, con una finalidad clara y lógica, la cual era evitar que una persona que en el pasado hubiera sido beneficiaria de un subrogado penal no pueda, ante una nueva condena, acceder de nuevo al mecanismo: no compatible con el caso nuestro –

“Exclusión de beneficios y subrogados.

No se concederán los subrogados penal eso mecanismos sustitutivos de la pena privativa de 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 esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores”.

La finalidad que planteaba la norma era evitar la reincidencia o asegurarse de que el reincidente no se viera beneficiado por el subrogado dos veces, esta finalidad es lógica y razonable, tiene sentido sancionar con severidad al reincidente.

Pero poco tiempo después el legislador incorporó una modificación en el artículo 68A que trajo consigo un listado de delitos que quedaban cobijados en la prohibición así: “(...)o cuando haya sido condenado por uno de los siguientes delitos: cohecho propio, enriquecimiento ilícito de servidor público, estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado, concusión, prevaricato por acción y por omisión, celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, lavado de activos, utilización indebida de información privilegiada, interés indebido en la celebración de contratos, violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, tráfico de influencias, peculado por apropiación y soborno transnacional.”

La modificación obedeció a un tema coyuntural, causado por la indignación pública ante unos ciudadanos condenados por delitos contra la administración pública que habían defraudado de manera significativa las arcas del Estado y que fueron beneficiarios del subrogado de la prisión domiciliaria.

Enseguida, se agregó el inciso segundo del artículo en mención, modificando el catálogo de delitos contenidos en la prohibición y cambiando la redacción, así: “Tampoco tendrán derecho a beneficios o subrogados quienes hayan sido condenados por delitos contra la Administración Pública, estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado, utilización indebida de información privilegiada, lavado de activos y soborno transnacional”.

Esta modificación trajo la infortunada redacción del legislador que indicó: “Tampoco (...) quienes hayan sido condenados por (...)”, en lugar de decir “quienes sean declarados penalmente responsables por (...)”, en su momento se discutió si la prohibición cobijaba a los que estuvieran siendo condenados por primera vez o, como lo pretendía el espíritu de la norma prohibitiva de subrogados, era una sanción al reincidente que hubiere sido condenado en el pasado por cualquiera de esos delitos.

Sumado a lo anterior, en el 2014, como aparente respuesta a la crisis carcelaria, el legislador creó la Ley 1709 del 2014, que modificó varios artículos de tres leyes distintas, entre ellas, los artículos 63 y 68A de la Ley 599 del 2000. El mensaje, por supuesto, fue contradictorio.

La ley pretendía contribuir a menguar la crisis carcelaria, pero en la realidad solo generó un problema mayor: si bien aumentó el parámetro objetivo de pena privativa de la libertad para la consecución de los subrogados, en paralelo aumentó de manera considerable el listado de delitos prohibidos de concesión de subrogados enlistados en el inciso segundo del artículo 68A.

Lo posición de la Corte Constitucional, en Sentencia C- 646 del 2016, fue indicar que el anterior era un problema de interpretación de la norma que correspondía a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y como era de esperarse, la Corte Suprema había acogido la tesis según la cual la prohibición cobija a quien esté siendo declarado penalmente responsable por una conducta enlistada en el inciso segundo del artículo 68A, independiente de sus antecedentes, así:

“Sin embargo, el legislador con base en su facultad de libre configuración y con sujeción a políticas criminales para enfrentar de manera más severa comportamientos delictivos de alto impacto social, estimó con posterioridad que la anterior prohibición no era suficiente, e incluyó determinadas conductas punibles frente a las cuales a pesar de que el sujeto activo no tuviera antecedentes penales, respecto de éstas tampoco resultaría procedente alguno de los beneficios o subrogados en cuestión, y con esa finalidad fueron expedidas las sucedáneas modificaciones hechas al comentado precepto mediante los artículos 28 de la Ley 1453 de 2011, 13 de la Ley 1474 de 2011 y, finalmente, 32 de la Ley 1709 de 2014, comportamientos entre los que se incluyó con la última reforma “los relacionados con tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y otras infracciones”. Esto ha servido de argumento para que los jueces se limiten a verificar que el delito se encuentra enlistado en la prohibición y nieguen automáticamente el subrogado sin hacer un análisis subjetivo de los aspectos familiares, económicos, culturales y de antecedentes de todo orden del ciudadano condenado para determinar si la pena cumpliría con su finalidad.

Esta posición sacrifica el sentido de los subrogados, los prohíbe por un único criterio y es el delito por el cual se condena, independiente de la pena impuesta, los aspectos subjetivos de cada caso y, lo más importante, la finalidad de la pena.

En un caso reciente, la Corte Suprema desechó, sin mayor análisis, la solicitud de inaplicación del artículo 68A, pedida por la defensa en uno de los cargos, de nuevo se da un espaldarazo a la peligrosa tesis de la prohibición del subrogado solo por el aspecto objetivo, relativo a la naturaleza del delito condenado.

Frente a esto conviene advertir que resulta innegable afirmar que en muchos casos podría bastar con la imposición de una pena sin que esta se materialice efectivamente (prevención general positiva), pues un delincuente primerizo puede aprender su lección en el curso del proceso y aportar a la sociedad desde un rol activo, que es la finalidad primordial de la pena (prevención especial positiva), pero con este tipo de interpretaciones se cierra la puerta a un condenado por primera vez, no reincidente, quien para el momento de la sentencia haya demostrado que cuenta con arraigo social y familiar activo, ya sea trabajando, estudiando o contribuyendo de alguna manera a la sociedad; que se encuentra arrepentido y que haya reparado a las víctimas y asumido las consecuencias de su actuar. Así, debería ser acreedor de un subrogado con la lamentable realidad de que únicamente por la naturaleza del delito por el que fuera hallado responsable todas estas consideraciones subjetivas no tendrían ningún peso. Esta posición, que parece ser la actual y desconoce el propósito por el cual la norma prohibitiva contenida en el artículo 68A apareció en el panorama jurídico. La finalidad que pretendía la Ley 1709 de 2014 así como la finalidad constitucional de la pena privativa de la libertad no puede ser otra distinta a la prevención especial positiva.

Por ahora, para contener las leyes nocivas que ya son leyes, corresponde a los operadores de la administración de justicia hacer un análisis a la luz de la Constitución y las normas rectoras, pues la necesidad de la imposición de la pena debe ser un imperativo para el juez y debe prevalecer sobre los aspectos objetivos, utilizar figuras como la excepción de constitucionalidad, donde los aspectos subjetivos del caso lo permitan y ojalá con estos planteamientos la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia replantee la que hasta ahora ha sido su posición, pues nada más deslegitimador del Derecho Penal mismo, que un Derecho Penal drástico que desconoce la dignidad de las personas y la posibilidad de darnos una segunda oportunidad.

Si no podemos empezar por revivir en la mente de nuestros jueces y funcionarios los ideales constitucionales de la necesidad de hacer efectiva la pena de prisión y omitirla en casos puntuales, ¿cómo podremos esperar que no prosperen estas medidas populistas? Que en últimas buscan llevarnos a la prevención especial negativa como único fin de la pena.

DEBER DEL JUEZ ARGUMENTAR NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD

Teorías sobre los fines de la pena Insistimos nuevamente, como lo hace Roxin, en que la pena es la mayor intervención en los derechos fundamentales de la persona que el ordenamiento jurídico le permite al Estado, por esta razón es indispensable preguntarse por el fundamento que tiene una intromisión de tal magnitud en tan importantes derechos. ¿Qué justifica la imposición de una pena? Más aún si es privativa de la libertad. Este es el interrogante que ha dado lugar a los diferentes planteamientos sobre sus fines, ya que dicho fundamento se ha pretendido encontrar en aquello que se busca con la sanción penal, lo cual se ha traducido en las distintas teorías sobre la necesidad de la pena.

En otras palabras, la cuestión sobre el fundamento de la imposición de la sanción privativa de la libertad ha dado lugar a la discusión sobre cuáles deben ser los fines que un Estado debe perseguir con ella, con lo cual se ha afirmado, que la pena será necesaria siempre que cumpla con su finalidad ya que ahí estará justificada.

Por esto, el análisis sobre la necesidad de la pena está ligado a los fines que a ella se le reconozcan. La primera exigencia que se formuló desde la teoría política para la imposición de una pena, dentro del proceso de formación de las bases filosóficas y políticas del Estado de derecho, fue la constatación de un daño social producido como consecuencia de la conducta a sancionar. Esto se genera gracias a la separación entre el derecho y la moral y como resultado de las teorías contractualistas que dieron fundamento al Estado moderno, las cuales explicaron su existencia en la necesidad de proteger la vida, la libertad o el patrimonio de las personas que se asocian entre sí, excluyendo de la potestad punitiva del Estado aquellas situaciones que solo pudieran ser tachadas de inmorales, herejes o pecaminosas.

Adicionalmente, también se exigió la proporcionalidad entre la magnitud de la pena y la magnitud del daño social causado con el delito, a lo que se suma el reconocimiento de la subsidiariedad del sistema penal como mecanismo de control social, ya que su intervención no estará justificada de existir otros medios de control menos gravosos que el punitivo. (Como en el caso nuestro).

“En muchos casos, el castigo de todo comportamiento socialmente dañoso sería desproporcionado a la significación del hecho y produciría más daños, en lugar de prevenirlos” (**Roxin, Claus, “Iniciación al derecho penal de hoy”, Secretariado de Publicaciones de Sevilla, 1981, p. 30**).

A partir de estas reflexiones, continuando con la tradición del derecho penal liberal cuyas bases fueron fuertemente cimentadas por la escuela clásica italiana, Roxin afirma “que solo le debe ser permitido al Estado recurrir a la pena, cuando se esté ante una conducta que implique un perjuicio insoportable para la coexistencia social y no sea posible recurrir a otras formas de control menos agresivas”.

El anterior es el fundamento que encuentra Claus Roxin para la imposición de la pena, el cual de hecho tiene soporte legal en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el texto constitucional —al establecer en el artículo 16 que todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, también como desarrollo de la idea de derecho penal de acto que trae el artículo 29 constitucional y el mismo derecho a la igualdad como en el propio Código Penal, al positivizar en el artículo 11 el principio de la antijuridicidad material.

“Platón señala: “Nadie impone una pena y se dirige contra quienes han cometido un delito, a no ser que se quiera vengar de forma poco razonable como animal. Quien, en cambio, pretenda penar a otro de una forma razonable, no le impondrá la pena por el injusto cometido, puesto que él no puede deshacer lo ya hecho, sino en razón del futuro, para que no vuelva a cometer ni el mismo injusto ni otro parecido”.

Por esta razón, la pena se determinaba no en función del delito sino en función del delincuente, así, si la persona podía ser corregida y necesitaba dicha corrección, la pena se orientaría en este sentido; si la persona a pesar de haber cometido el delito no requería corrección alguna, sería objeto entonces de intimidación a través de la pena, para que se abstuviera en el futuro de ese tipo de conductas; pero si la persona no era susceptible de corrección ni de intimidación, se buscaría su iniciación, excluyéndolo definitivamente de la vida en sociedad. Situación ésta, que no viene al caso tratándose de una pena mínima inferior a 4 años sin antecedentes penales y plenamente restituidos los perjuicios a la víctima quien es su esposa y compañera permanente.

Al igual que la anterior, esta teoría se refiere también a la prevención de delitos futuros, pero ya no concentrándose en el “delincuente” concreto, sino teniendo como destinatario a la comunidad en general, convirtiendo la sanción penal en algo así como un ejemplo que el Estado da a las personas que integran el conglomerado social, sobre las consecuencias que acarrea la comisión de un delito; se pretende con esto que la pena tenga un efecto disuasivo.

En ese orden de ideas, la señora juez en su providencia no tuvo en cuenta al negar dicho beneficio más allá que la interpretación que le diera a la sentencia SU 479 de 2019, la Corte Constitucional, donde se acumulan 2 tutelas que se analizan en dos casos que NO guardan similitud con el asunto sometido a este discernimiento, y por lo tanto no deberían ser referente puesto que no tienen efecto erga omnes y si bien es cierto tocan un tema fundamental como es el sistema de preacuerdo sin base fáctica, no se podían desconocer las condiciones personales, laborales y familiares del autor, el arrepentimiento, el haber indemnizado a la víctima y esta estar conforme con la decisión, situación que la señora juez ignoró y terminó afectándola más aún que el mismo daño causado puesto que en esas condiciones la señora JESSY PAOLA CARREÑO MENESES ha quedado al garete y desamparada perdiendo la objetividad la función de la pena privativa de la libertad, puesto que su esposo, el hoy en día condenado, no puede continuar suministrado los alimentos para su congrua subsistencia, ya que la víctima con motivo de la pandemia no labora y por el contrario se encuentra estudiando en la universidad en sangil, prueba de ello aportada a este petición, adicionalmente dos hijas extramatrimoniales siendo una de ellas menor de edad la cual tiene asignada la custodia provisional por la Comisaria de –familia de Barrancabermeja, y la otra niña estudiante universitaria, pero depende económicamente de su labor como es venta de carne al detal en el municipio de Villanueva en la plaza de mercado, una vez por semana.

Como entender que su privación de la libertad conlleva a una reflexión ciega y objetiva sin avistamiento de dichas condiciones personales, si es así, pierde todo objetivo la prevención especial positiva y no otra, puesto que la cabeza del procesado en este momento no debe servir como trofeo de guerra sino por el contrario verificar las condiciones personales y que sirva de ejemplo para restablecer el núcleo familiar. Cuando se considere que ese sea el objetivo y la función de la pena hemos llegado a garantizar los principios fundamentales establecidos en la constitución y la ley.

INCONFORMIDAD DE LA VÍCTIMA CON LA SENTENCIA DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA.

Es tal la inconformidad de la víctima con la decisión de primera y segunda instancia, que me confirió poder para que la representase, pues ella se encuentra en una encrucijada igual o peor que cuando fue víctima de maltrato, ya que no sabe qué rumbo tomar una vez se ejecute la sentencia y el señor FREDDY BENIGNO GOMEZ GALVIS, se presente para la ejecución de la pena.

El solo hecho de saber de su condición de desamparo y de rompimiento físico de la unión marital aunado a sus hijas que extramatrimonialmente tiene, y sus estudios que debe suspender y tener que convertirse en una víctima más que acudirá cada ocho (8), días a una visita conyugal tras las rejas, la tienen al borde de la locura.

Es esa incertidumbre la que mantiene a la familia Gómez Carreño, bajo el ojo de la lupa. Que vamos a hacer ahora que su esposo debe presentarse ante el juez de ejecución de penas, que va a pasar

con sus hijas, quien va a contribuir a los gastos de manutención entre otros, todo aquello se generó con la decisión abrupta de la señora juez de enviarlo a prisión.

Es importante honorable Magistrado, que, a la luz de la sentencia del 24 de junio del 2020, de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal que deja plasmado unos principios que debieron ser analizados por la primera y segunda instancia y que si los hubiera tenido en cuenta, otra habría sido la decisión. Permítame referirme a ellos.

“.....Así, podrá tenerse una mirada sistemática del ordenamiento jurídico, que permita comprender los límites de las concesiones en sede de preacuerdos. Lo anterior guarda armonía con las directrices emanadas de la Fiscalía General de la Nación sobre los criterios para la celebración de acuerdos, referidas ampliamente en la SU479 de 2019 para resaltar que para esos efectos debe considerarse (I) la naturaleza de los cargos, el grado de culpabilidad y el daño causado o la amenaza de los derechos constitucionales fundamentales, los intereses jurídicos protegidos, la ocurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes, las personales del imputado o acusado y su historial delictual, los derechos e intereses de las víctimas, el grado de afectación y la relación que tuviera con el imputado y acusado. (...) la actitud demostrada por el imputado o acusado de asumir responsabilidad por su conducta, el arrepentimiento el esfuerzo en compensar a la víctima, o cooperar en la investigación o en la persecución de otros delitos.”

Más adelante continua;

“En suma, aunque es claro que los fiscales deben tener un margen de maniobrabilidad para la concesión de beneficios en el contexto de los acuerdos, también lo es que el ordenamiento jurídico establece una serie de parámetros para la definición de los mismos, orientados a que estas formas de terminación de la acción penal no afecten el prestigio de la administración de justicia y, en general, se ajusten al marco constitucional y legal. Entre ellos cabe destacar: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo; (ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y (v) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes”. (Magistrada Ponente PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR SP2073-2020 Radicación N° 52.227 (Aprobado Acta N° 130) Bogotá D.C., (24) de junio de dos mil veinte (2020).

Del análisis concienzudo de la interpretación que la Corte suprema hace de la precitada sentencia, nos permite inferir que había razones suficientes y motivadas para que la señora juez promiscuo municipal de Villanueva Santander, concedieron la suspensión condicional de la ejecución de la pena al joven FREDDY BENIGNO GOMEZ GALVIS, y en ese orden se le garantizaban los derechos a la víctima y no como evidentemente lo hizo mediante providencia carente de argumento alguno sobre la necesidad y proporcionalidad de la pena. Ora como excepción de inconstitucionalidad del Artículo 68 A del C.P., o en su defecto la argumentación ponderada de no aplicabilidad.

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS A SU CARGO.

De las convivencias anteriores, el señor FREDDY BENIGNO GOMEZ GALVIS, procreó dos hijas cuyos nombres responden a MARIA ALEJANDRA GOMEZ SARMIENTO, mayor de edad y MARIA FERNANDA GOMEZ MUÑOZ, menor de edad (17años). Jóvenes estas que se encuentran estudiando y dependen económicamente del papá, que si llega a ser enviado a prisión van a verse menguados sus derechos fundamentales entre ellos la educación, a tener un núcleo familiar y finalmente su congrua subsistencia. Todos de raigambre Constitucional, más aún cuando hay una menor de por medio CONDICIÓN DE PADRE CABEZA DE FAMILIA.

De acuerdo al acta del 25 de abril de 2019, de la comisaria de familia de Barrancabermeja se le asignó custodia provisional de su menor hija MARIA FERNANDA GOMEZ MUÑOZ, al señor FREDDY BENIGNO GOMEZ GALVIS, quien contaba con 15 años de edad para la fecha, asumiendo este las

condiciones de padre cabeza de familia, a quien la tiene estudiando en el municipio de Villanueva y se encuentra actualmente cursando 9º grado en el COLEGIO ELISEO PINILLA RUEDA de Villanueva, BACHILLERATO TÉCNICO COMERCIAL.

Esta niña sería una de las más damnificadas, pues tendría que regresar a buscar su familia materna quien carece de condiciones para continuar con la manutención y estudios con todo lo que conlleva su afectación psicológica, desdibujando así el objetivo de la función social de la pena o prevención general positiva.

PETICION RESPETUOSA.

En ese orden y actuando en garantía de los derechos de las víctimas ya mencionadas de manera precedente, solicito muy respetosamente que se escuche el clamor de la defensa y demás intervinientes entre ellos el de la señora JESSY PAOLA CARREÑO MENESES y de manera oficiosa el de su menor hija MARIA FERNANDA GOMEZ MUÑOZ, y revoque parcialmente la sentencia en lo que atañe a la no concesión del subrogado penal y mantenga lo demás en firme.

DE LAS CAUSALES INVOCADAS POR LA DEFENSA.

La defensa invoca 2 causales para recurrir en casación como son violación directa de la ley sustancial y la causal segunda por violación del debido proceso.

Violación directa de la ley sustancial, por interpretación errónea constituyéndose así en un error de hermenéutica del juzgador acerca del significado y comprensión de la norma en cuanto a sus alcances.

Desde ya honorable magistrado, estamos de acuerdo con el planteamiento de la defensa, en el sentido que tanto la juez como el tribunal, incurrieron en la interpretación errónea de los artículos 38B y 63 del código penal colombiano, así como del 351-2 del Código de Procedimiento Penal, lo que dio lugar a que se le negara al procesado la suspensión condicional de la ejecución de la pena y/o la prisión domiciliaria.

Consideramos que la aplicación de la sentencia SU 479/19 al caso concreto resulta un una interpretación que no debe venir al caso y se lleva de por medio garantías de las víctimas por sobre todo las indirectas como son sus hijas quienes dependen económicamente del procesado, resultado violatorio del artículo 42 de la Constitución por ser los derechos de los niños niñas y adolescentes priman sobre los derechos de los demás.

Tanto la esposa como sus hijas suplican que tal privación resulta para ellos un desafuero y consideran que en vez de favorecerlas termina el derecho perjudicándolas.

Dice la demandante en su escrito que *“El derecho penal no solo busca castigar e imponer una sanción a quien realice una conducta punible, la evolución de este derecho hoy en día permite que se planteen alternativas que permitan una rehabilitación y resocialización de los condenados de manera que se puedan adaptar a la sociedad sin tener que ser privados de la libertad de manera física y que está siempre sea su última razón y no la primera como el caso que hoy nos ocupa”*.

En ese orden consideramos acertada la manifestación realizada por la defensa, basada en la necesidad de imponer o no una pena privativa de la libertad cuando sus efectos causan más daño que permitir la sustitución.

Ahora bien, con relación a la causal segunda.

Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.

Tanto para la señora juez como para el tribunal no tuvieron en cuenta los elementos materiales probatorios allegados al mismo, así como tampoco las condiciones personales laborales sociales y familiares del autor acompañados con la necesidad proporcionalidad y razonabilidad. todo lo anterior llevó a la vulneración del debido proceso.

Porque no oír a la víctima y su manifestación de convivencia y su estatus familiar ya reparado con el sometimiento del procesado a una aceptación de cargos y propuestas de cambios en su comportamiento como consecuencia del maltrato, será que el juez implacable en su sentencia no se conmueve con la reparación integral. Pareciera que no que en su afán de imponer justicia sanciona drásticamente olvidándose de las garantías fundamentales.

En este orden coadyuvo la pretensión de la defensa en el sentido de que se revoque parcialmente la sentencia y se conceda alguno de los mecanismos sustitutivos,

Gracias.

Con toda atención,



ROBERTO SARMIENTO MOGOLLON

C.C. No 8'733.773 de B/quilla.

T.P. No. 96909 del C. S. de la Judicatura.