



SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001 60 00000 2012 00331
Imputado	Froilán de Jesús Ortiz Gallego
Delito	Peculado por apropiación en la modalidad de continuado
Hechos	Años 2010 y 2011
Denuncia penal	29 marzo 2011, por Jenny del Carmen Tamayo Montoya y Juan Carlos Gómez, del IDEA, Antioquia
Juzgado <i>a quo</i>	Veintidós (22) Penal del Circuito de Medellín
Asunto	Se resuelve recurso de apelación contra sentencia de condena por trámite anticipado dictada el 3 mayo 2016 (f. 287-293, co-1)
Consecutivo	SAP-S-2016-52
Aprobado por acta	Nº 350 de 26 octubre de 2016
Audiencia de lectura	Viernes 4 de noviembre de 2016; Hora: 8:20 am; S-2
Decisión	Se confirma sentencia de condena
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO

Medellín, Antioquia, treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

1.- ASUNTO

Se dicta sentencia de segunda instancia en el proceso adelantado en contra del ciudadano FROILAN DE JESUS ORTIZ GALLEGO; también fue condenada la señora TATIANA MARITZA VELEZ VAHOS

2.- IDENTIFICACION DE LOS ACUSADOS (Arts. 128, 288-1° y 337-1 CPP)

2.1 Es el ciudadano FROILAN DE JESUS ORTIZ GALLEGO, de mayoría, identificado con la cédula de ciudadanía N° 98'451.053; hijo de FABIOLA y TIBERIO; nacido el 6 abril 1969 en Betania, Antioquia; residente en la Carrera 46-CC N° 76-Sur.46.

2.2 Es la ciudadana TATIANA MARITZA VELEZ VAHOS, de mayoría, identificada con la cédula de ciudadanía N° 43'604.715; hija de GENOVEVA y GUSTAVO ANTONIO; nacido el 16 agosto 1976; residente en la Carrera 64-A N° 94-B-47.

3.- HECHOS, ACTUACIÓN PROCESAL, IMPUGNACION

En septiembre de 2010 en una fiesta social de Amor y Amistad, se reunieron JAIME ANDRES JARAMILLO BOTERO, FROILAN DE JESUS ORTIZ GALLEGO y TATIANA MARITZA VELEZ VAHOS, y planearon la forma de obtener provecho económico gracias a la vulnerabilidad en los procesos administrativos en IDEA de Antioquia; consistieron los hechos en falsificaciones de cheques para su posterior reclamación, como en efecto así se hizo. El implicado JAIME ANDRES JARAMILLO BOTERO, aceptó cargos, razón por la cual se ordenó ruptura de unidad procesal; luego los otros dos procesados también aceptaron cargos.

El implicado FROILAN DE JESUS ORTIZ GALLEGO fue declarado insubsistente de su lugar de trabajo el 4 marzo 2011.

Se dictó sentencia de condena por el Juzgado 22 Penal del Circuito de Medellín el 3 mayo 2016 (f. 287-293, co-1). A TATIANA MARITZA VELEZ VAHOS se le condenó a 44 meses de prisión y multa de \$57'667.000, mientras que a FROILAN DE JESUS ORTIZ GALLEGO, se le condenó a 54 meses 22 días de prisión y multa de \$21'160.000, con las accesorias de rigor. Se negaron subrogados penales.

La abogada defensora del ciudadano FROILAN DE JESUS ORTIZ GALLEGO, doctora FIRLAY ESTELLA CALLE SANCHEZ, interpuso y sustentó recurso de apelación (f. 315-333, co-1). Solicita readecuación de la pena y subrogado penal.

4.- ARGUMENTOS DE DECISION DE LA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala dará respuesta los planteamientos de la censora.

4.1 El delito por el cual se procede y el Art. 14 Ley 890 de 2004

El Art. 397 del CP, vigente para la época de los hechos, expresa:

ARTICULO 397. PECULADO POR APROPIACION. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.

Norma modificada por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, publicada en el Diario Oficial No. 45.602, de 7 de julio de 2004, el cual establece en su versión original:

“ARTÍCULO 14. Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. En todo caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2° de la presente ley”.

Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-238 de marzo 15 de 2005.

Se imputó al ciudadano FROILAN DE JESUS ORTIZ GOMEZ la comisión del reato de peculado por apropiación en cuantía de \$63'480.000,oo.

Para el año 2011 el salario mínimo legal mensual vigente es de \$535.600, es decir, que la tipicidad se encuentra dentro del primer inciso, en la medida que el valor de lo apropiado supera los 50 smlmv (\$26'780.000) e inferior a los 200 smlmv (\$107'120.000) para el año 2011.

La sanción con el incremento del Art. 14 Ley 890 de 2004 es de 96 meses a 270 meses de prisión, y multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

La abogada defensora olvidó el incremento del Art. 14 de la Ley 890 de 2004, razón por la cual sus guarismos parten de 72 meses, y por supuesto los incrementos posteriores son equivocados.

4.2 La sanción que corresponde por la modalidad del delito continuado

Expresa el canon 31 del Código Penal:

“Artículo 31.- Concurso de conductas punibles.
[...]

Parágrafo. En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte¹.

Este aumento de la tercera ($\frac{1}{3}$) parte de la pena, según jurisprudencia “*sólo incide en la dosificación punitiva pero no tiene cabida para determinar el lapso de prescripción*”².

¹ El aparte subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-551 de mayo 30 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

² Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de junio 18 de 2008, Radicado 28.562, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

El aumento es “*en una*” proporción de la tercera ($\frac{1}{3}$) parte de “*la pena correspondiente al tipo respectivo*”. Se aumenta tanto la pena de prisión así como la de multa y las demás principales y accesorias que correspondan.

En este caso en particular, se tienen dos opciones matemáticas para proceder a la imposición de sanción. La primera, indica que se puede incrementar la tercera ($\frac{1}{3}$) parte de la pena tanto en el extremo mínimo como en el extremo máximo de la sanción primigenia; la segunda, es que una vez establecida la pena en concreto ésta se incrementa en una tercera ($\frac{1}{3}$) parte de la sanción³.

Con cualquiera de los dos sistemas matemáticamente el resultado deberá ser igual.

Aunque por supuesto será más ortodoxo el incremento de los extremos mínimo y máximo de conformidad con el Art. 60 numeral 1° del Código Penal en tanto la pena se aumenta “*en una proporción determinada*”.

La Sala de Casación Penal de la Corte, por ejemplo, ha utilizado el segundo sistema, es decir, una vez individualizada la pena:

“De cara a este incremento punitivo, la Sala debe precisar que el fenómeno del delito continuado se debe concebir dentro de la sistemática de la dosificación punitiva de acuerdo con su verdadera naturaleza, esto es, no como un modificador de los límites punitivos, sino como instrumento apto para tasar la pena de manera proporcional al daño causado con la conducta, buscando en todo caso, una mayor severidad de la sanción, sin que su acreditación modifique la descripción típica, con la virtualidad de ampliar su contenido, pues la modalidad del delito continuado además de ser común para distintas conductas punibles, en su estructura normativa no da lugar a la afectación o modificación de la forma como cada tipo penal específico describe un comportamiento”⁴.

Posición reiterada en sentencia de 30 noviembre de 2011, Radicado 36.901, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán y luego en el radicado SP4161-2014 (34.047) de 2 abril de 2014, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, en un caso de peculado por apropiación continuado cometido por secuestro de bienes.

Hasta ahora se tiene que la sanción con el incremento del Art. 14 Ley 890 de 2004 es de 96 meses a 270 meses de prisión, y multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, que se debe incrementar en una tercera parte en su mínimo y en su máximo.

La pena entonces será prisión de 128 meses a 360 meses de prisión, como lo hizo el *a quo*, (f. 291 vto. co-1), pero no hizo el incremento de la tercera parte de la multa, lo cual es una irregularidad que no se puede subsanar por el *ad quem* en la medida que la defensa es apelante única (Art. 31 de la Carta).

³ Saray Botero, Nelson. Dosificación Judicial de la Pena. Tercera edición. Capítulo VII, Editorial Leyer, 2015

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 27 julio de 2011, Rad. 35.656, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán

Es que la sanción de multa en esta clase de delitos es “*equivalente al valor de lo apropiado*”⁵, pero esta sanción no es “*pétrea*” sino que es movable o “*variable*” como ya lo ha reconocido la Sala Penal de la Corte⁶, así que esa cuantía, conceptualizada en “*el valor de lo apropiado*”, es, se reitera, “*variable*”, esto es, que se puede aumentar o disminuir⁷.

El primer incremento que tiene la sanción de multa es el correspondiente al artículo 14 de la Ley 890 de 2004, pero solamente en la tercera parte, esto es, simplemente se afecta esa cuantía con el menor de los aumentos, equivalente a una tercera parte, “*que es el criterio de máximo beneficio y menor intervención penal que rige la aplicación de las reglas establecidas en el artículo 60 del código penal*”⁸. Este es el criterio de la Corte, precisamente adoptado en CSJ SP de 16 mayo de 2012, rad. 36.208.

Como la defensora parte de una pena mínima de 72 meses de prisión, sin el incremento del Art. 14 Ley 890 de 2004, es que los totales son diversos al del señor juez de la causa.

4.3 Determinación de la pena en el primer cuarto de movilidad

Explica la censora que se debe imponer la sanción dentro del límite mínimo legal del primer cuarto seleccionado.

Los cuartos de movilidad en este asunto, son así:

El factor es de 58 (360-128 = 58).

AMBITOS DE MOVILIDAD			
Cuarto mínimo	Segundo ámbito	Tercer ámbito	Cuarto máximo
128 meses a 186 meses	186 meses 1 día a 244 meses	244 meses 1 día a 302 meses	302 meses 1 día a 360 meses

El ámbito de movilidad seleccionado es el mínimo.

Esto dijo el juez de instancia para no imponer el mínimo legal dentro del primer cuarto seleccionado: “*se trató de un delito donde se ha mostrado de manera excesiva el daño al bien jurídico de la Administración Pública, es decir, los procesados idearon la forma de apoderarse del dinero de la entidad pública valiéndose de su condición de funcionarios públicos y a través de la utilización como instrumentos para el delito a terceras personas, procediendo además a suplantar a otros para lograr su cometido, lo que además demuestra en ellos una gran capacidad delictiva para la obtención del dinero ya que no sólo se trató de un simple apoderamiento de dineros públicos sino que para ello debió haberse hecho*

⁵ CSJ SP, 11 noviembre 2015, rad. 44.915

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencias de 5 julio de 2007, Rad. 23.405; de 5 noviembre de 2008, Rad. 22.995 y, por ejemplo en caso de complicidad, abril 7 de 2010, Rad. 25.504

⁷ Saray Botero, Nelson. Dosificación Judicial de la Pena. Tercera edición. Capítulo XXII, Editorial Leyer, 2015

⁸ Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal. Sentencia de primera instancia, Rad. 2009-30228 de 9 marzo 2011, M.P. Jhon Jairo Gómez Jiménez; confirmada por la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de segunda instancia de 16 mayo de 2012, Rad. 36.208, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán

un ejercicio de premeditación consistente en artimañas para lograr su propósito, mostrando con ello un grado de dolo superior a lo comúnmente conocido en esta clase de delitos” (f. 292,co-1).

El canon 61 del Código penal, establece:

ARTICULO 61. FUNDAMENTOS PARA LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA. Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva.

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.

<Inciso adicionado por el artículo 3 de la Ley 890 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y la defensa.

El juzgador de instancia tuvo en cuenta los factores legales: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto, los cuales se motivaron adecuadamente.

Señalado el ámbito de movilidad en los términos del artículo 61 del Código Penal, la pena no necesariamente ha de ser el límite mínimo del segmento escogido.

En función de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, la pena puede ser mayor e incluso puede ser el techo máximo del respectivo ámbito seleccionado.

Cuando el juez se aparta del límite mínimo del cuarto seleccionado debe indicar expresa y claramente las razones de la decisión y fundamentarlo en los criterios legales que se estudiarán seguidamente, pues ello determina la legitimidad de la pena⁹.

⁹ CSJ AP de 24 julio de 2013, rad. 41.041

Es que en tanto mayor sea la injerencia en el derecho fundamental a la libertad, más altas son las exigencias argumentativas para justificar una intromisión más intensa en la esfera *ius fundamental* del condenado; el aumento inmotivado o carente de fundamento de pena es inconstitucional¹⁰.

Los criterios del juzgador son ajustados a la legalidad, razón por la cual se ha de confirmar la providencia por este aspecto.

Se impuso pena de 164 meses de prisión y multa de \$63'480.000.

Por razón por allanamiento se rebajó en la mitad, para un total de pena de 82 meses de prisión y multa de \$31'740.000.

4.4 Rebaja de pena por reintegro

Por reintegro se rebajó la tercera parte (Art. 401.3 CP), lo cual no fue objetado por la defensa.

La sanción quedó en 54 meses 22 días de prisión y multa de \$21'160.000.

Los guarismos del juez son correctos y no hay lugar a su modificación.

4.5 Subrogado penal y prisión domiciliaria

También cuestiona la censora la negativa del subrogado penal (f. 329 co-1).

El *iudex a quo* tuvo en cuenta las normas vigentes para el momento de los hechos, pero no las normas posteriores para determinar algún aspecto de favorabilidad penal, como lo pregona la defensora.

Este ejercicio se hará por la segunda instancia.

➤ Subrogado penal

Las normas en conflicto son las siguientes:

Art. 63 del Código Penal	Art. 29 Ley 1709 de 20 enero de 2014
<p>Artículo 63. Suspensión condicional de la ejecución de la pena. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los</p>	<p>Artículo 29. Modifícase el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:</p> <p>Artículo 63. Suspensión de la ejecución de la pena. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:</p>

¹⁰ CSJ SP 27 febrero de 2013, rad. 33.254

<p>siguientes requisitos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años. 2. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena. <p>La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.</p> <p>Inciso adicionado por la Ley 890 de 2004, artículo 4º, adición que entra a regir a partir de enero 1º de 2005. Su concesión estará supeditada al pago total de la multa. (Nota: El artículo 4º de la Ley 890 de 2004 fue declarado exequible por los cargos analizados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-194 del 2 de marzo de 2005, Providencia confirmada en la Sentencia C-823 de 2005. Esta última Providencia declaró exequible condicionalmente apartes de la norma).</p> <p>El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad concurrentes con ésta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, se exigirá su cumplimiento.</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años. 2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2º del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo. 3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena. <p>La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.</p> <p>El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad accesorias a esta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política se exigirá su cumplimiento.</p>
--	---

Por razones objetivas no procede el subrogado bajo ninguna de las dos normas transcritas, pues la pena de prisión impuesta es de 54 meses 22 días de prisión.

➤ **Prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión**

La prisión domiciliaria está regulada en el Art. 38 de la Ley 599 de 2000, modificado luego por el Art. 22 de la Ley 1709 de 20 enero de 2014 y con requisitos impuestos en el Art. 23 que adicionó el Art. 38-B a la Ley 599 de 2000.

Las normas son del siguiente tenor:

Art. 38 Ley 599 de 2000

Art. 23 Ley 1709 de 20 enero de 2014

<p>Artículo 38. La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurren los siguientes presupuestos: (Nota: Este inciso fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-581 de 2001, en relación con los Cargos analizados en la misma.).</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos. 2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena. 3. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones: <ol style="list-style-type: none"> 1) Cuando sea del caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia. 2) Observar buena conducta. 3) Reparar los daños ocasionados con el delito, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo. 4) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello. 5) Permitir la entrada a la residencia a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y 	<p>Artículo 23. Adiciónase un artículo 38B a la Ley 599 de 2000, del siguiente tenor:</p> <p>Artículo 38B. Requisitos para conceder la prisión domiciliaria. Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos. 2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000. 3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado. <p>En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.</p> <ol style="list-style-type: none"> 4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones: <ol style="list-style-type: none"> a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial; b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia; c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;
--	--

<p>la reglamentación del INPEC.</p> <p>Inciso 2º modificado por la Ley 1453 de 2011, artículo 1º. El control sobre esta medida sustitutiva será ejercido por la autoridad judicial que conozca del asunto o vigile la ejecución de la sentencia, con apoyo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, organismo que adoptará mecanismos de vigilancia electrónica o de visitas periódicas a la residencia del penado, según su competencia legal, entre otros, y que serán indicados por la autoridad judicial, para verificar el cumplimiento de la pena, de lo cual informará al despacho judicial respectivo.</p>	<p>d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.</p>
--	---

No se cumple con el factor objetivo para la primera de las normas.

En principio se podría considerar más favorable la segunda de las disposiciones, pero existe prohibición expresa del Art. 68-A del Código Penal.

El canon 68-A de la Ley 599 de 2000, modificado por el Art. 32 de la Ley 1709 de 2014, reza:

Artículo 32. Modifícase el artículo 68A de la Ley 599 de 2000 el cual quedará así:

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 que 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 recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión, lesiones personales con deformidad causadas con elemento corrosivo; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares;

apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal. (Se subraya).

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

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

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

Se trata aquí de un delito doloso contra la Administración Pública: El peculado por apropiación.

Así las cosas, no haya lugar a subrogado penal ni prisión domiciliaria.

5.- CONCLUSIÓN

Se ha de confirmar la sentencia objeto de censura en su integridad.

6.- DECISION

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN, SALA DE DECISION PENAL, administrando Justicia en nombre de la República y autoridad de la ley, **(i) CONFIRMA** en su integridad la sentencia de condena en contra del ciudadano FROILAN DE JESUS ORTIZ GALLEGGO, de condiciones civiles y naturales ya conocidas, por las razones expuestas; **(ii)** contra esta decisión procede casación.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001 60 00000 2012 00331
Imputado	Froilán de Jesús Ortiz Gallego
Delito	Peculado por apropiación en la modalidad de continuado
Hechos	Años 2010 y 2011
Denuncia penal	29 marzo 2011, por Jenny del Carmen Tamayo Montoya y Juan Carlos Gómez, del IDEA, Antioquia
Juzgado <i>a quo</i>	Veintidós (22) Penal del Circuito de Medellín
Asunto	Se resuelve recurso de apelación contra sentencia de condena por trámite anticipado dictada el 3 mayo 2016 (f. 287-293, co-1)

NELSON SARAY BOTERO

Magistrado

JORGE ENRIQUE ORTIZ GOMEZ

Magistrado

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

Magistrado