



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



SIGCMA

Ubicación 6826
Condenado MARCELINA CUNDUMI DIAZ
C.C # 66737185

CONSTANCIA TRASLADO REPOSICIÓN

A partir de hoy 4 de Abril de 2023, quedan las diligencias en secretaria a disposición de quien interpuso recurso de reposición contra la providencia 206-2023 del TRECE (13) de MARZO de DOS MIL VEINTITRES (2023), NIEGA PRISION DOMICILIARIA POR MADRE CABEZA DE FAMILIA por el término de dos (2) días de conformidad a lo dispuesto en el Art. 189 inciso 2° del C.P.P. Vence el día 5 de Abril de 2023.

Vencido el término del traslado, SI ☒ NO ☐ se presentó sustentación del recurso.

EL SECRETARIO(A)


ANA KARINA RAMIREZ VALDERRAMA

Ubicación 6826
Condenado MARCELINA CUNDUMI DIAZ
C.C # 66737185

CONSTANCIA TRASLADO REPOSICIÓN

A partir de hoy 10 de Abril de 2023, quedan las diligencias en secretaria a disposición de los demás sujetos procesales por por el término de dos (2) días de conformidad a lo dispuesto en el Art. 189 inciso 2° del C.P.P. Vence el 11 de Abril de 2023.

Vencido el término del traslado, SI ☐ NO ☐ se presentó escrito.

EL SECRETARIO(A)


ANA KARINA RAMIREZ VALDERRAMA



recurso

Radicación: 11001-31-04-016-2012-00782-00
Nº interno: 6826
Condenado: MARCELINA CUNDUMI DIAZ
Delito: PECULADO POR APROPIACIÓN
Auto Interlocutorio Número: 206-2023
Decisión: NIEGA PRISIÓN DOMICILIARIA MADRE CABEZA DE FAMILIA

**JUZGADO ONCE DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE BOGOTÁ
D.C.**

Calle 11 No. 9-24 Piso 8° - Teléfono: 2847287

Bogotá D.C. trece (13) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Materia de la decisión

Emitir pronunciamiento acerca de la procedencia del sustituto de la prisión domiciliaria por cabeza de familia consagrado en la Ley 750 de 2002 y mecanismo sustitutivo de prisión por medio de vigilancia electrónica, atendiendo la solicitud elevada por la defensa y el informe de asistencia social allegado.

Actuación

En sentencia del 22 de septiembre de 2017, el Juzgado 16 penal del circuito de Bogotá condenó a a **Marcelina Cundumi Díaz** titular de la cédula de ciudadanía No. 66737185 a la pena principal de 74 meses de prisión, multa de (\$506.138.323,13) a la pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal en calidad de determinadora responsable de los delitos de peculado por apropiación agravado; siéndoles negado el subrogado penal del suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Mediante providencia del 24 de enero de 2019 el Tribunal Superior Del Distrito Judicial Bogotá - Sala Penal resolvió confirmar la sentencia impugnada.

En decisión del 18 de noviembre de 2020 la Corte Suprema de Justicia- Sala de casación penal dispuso no casar la sentencia del 24 de enero de 2019 proferida por el Tribunal que confirmó la sentencia del A-Quo respecto de **Marcelina Cundumi Díaz**.

Adicional a ello se dispuso imponer a los condenados **Peña González y Cundumi Díaz** la pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas de manera vitalicia

Con auto del 28 de julio de 2021, este Despacho ordenó librar orden de captura No.306 en contra de la sentenciada **Marcelina Cundumi Díaz**, la cual no se ha hecho efectiva a la fecha.

Fuente normativa del sustituto de la prisión domiciliaria por ser madre cabeza de hogar.

El artículo 1° de la Ley 750 de 2002 establece:



JUZGADO ONCE DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE BOGOTÁ D.C.

Calle 11 No. 9-24 Piso 8° - Teléfono: 2847287

"(...)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 o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos.(...)"

El artículo 461 de la Ley 906 de 2004 bajo el título de "sustitución de la ejecución de la pena" refiere:

«El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva.»

A su vez, el artículo 314 del Código Procedimental Penal, modificado por la Ley 1142 de 2007, regula la sustitución de la detención preventiva en el curso procesal, la cual procede en aquellos eventos en los que su aplicación cumpla las finalidades que comporta la medida de aseguramiento.

«Sustitución de la detención preventiva: La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes eventos:

(...)

5. Cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor o que sufre incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio.»

En el parágrafo del artículo 314 del Código Procedimental Penal, señala:

PARÁGRAFO. <Parágrafo modificado por el artículo 5 de la Ley 1944 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> No procederá la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, por detención domiciliaria cuando la imputación se refiera a los siguientes delitos: Los de competencia de los jueces penales del circuito especializados o quien haga sus veces, tráfico de migrante (C. P. artículo 188); acceso carnal o actos sexuales con incapaz de resistir (C. P. artículo 210); violencia intrafamiliar (C. P. artículo 229); hurto calificado (C. P. artículo 240); hurto agravado (C. P. artículo 241, numerales 7, 8, 11, 12 y 15); abigeato (C. P. artículo 243); abigeato agravado (C. P. artículo 243-A); estafa agravada (C. P. artículo 247); uso de documentos falsos relacionados con medios motorizados hurtados (C. P. artículo 291); fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de uso personal, cuando concurra con el delito de concierto para delinquir (C. P. artículos 340 y 365), o los imputados registren sentencias condenatorias vigentes por los mismos delitos; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas (C. P. artículo 366); fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares (C. P. artículo 367); peculado por apropiación en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales (C. P. artículo 397); concusión (C. P. artículo 404); cohecho propio (C. P. artículo 405); cohecho impropio (C. P. artículo 406); cohecho por dar u ofrecer (C. P. artículo 407); enriquecimiento ilícito (C. P. artículo 412); soborno transnacional (C. P. artículo 433); interés indebido en la celebración de contratos (C. P. artículo 409); contrato sin cumplimiento de requisito legales (C. P. artículo 410); tráfico de influencia (C.P. artículo 411);



**JUZGADO ONCE DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE BOGOTÁ
D.C.**

Calle 11 No. 9-24 Piso 8º - Teléfono: 2847287

receptación repetida, continua (C. P. artículo 447, inciso 1o y 3o); receptación para ocultar o encubrir el delito de hurto calificado, la receptación para ocultar o encubrir el hurto calificado en concurso con el concierto para delinquir, receptación sobre medio motorizado o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos (C. P. artículo 447, inciso 2o).

Inicialmente, el beneficio en estudio estaba contemplado solamente para las madres cabezas de hogar, el cual se hizo extensivo posteriormente a los padres que estaban en la misma situación por vía de jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional y en aplicación del principio de igualdad.

Por ello el concepto de madre cabeza de familia se planteó en la Ley 82 de 1993, artículo 2º, en los siguientes términos:

« (...) entiéndase por mujer cabeza de familia, quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, 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, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de los demás miembros del núcleo familiar.»¹

De otra parte, la Corte Constitucional en sentencia SU-389 de 2005 unificó su jurisprudencia acerca de los requisitos y beneficios aplicables a los «padres cabeza de familia». En dicha providencia, la corporación manifestó que será tenido como madre cabeza de familia, no solo el que provea los recursos económicos para asegurar unas condiciones mínimas de subsistencia de sus hijos, sino aquél que demuestre ante las autoridades competentes, que cumplía con algunas de las condiciones que a continuación se enunciarán:

« (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, pues se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos.

(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 y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre.

(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. En efecto, de conformidad con el parágrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993: "esta condición (la de mujer cabeza de familia y en su caso, la del hombre cabeza de familia) y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto, se causen emolumentos notariales a su cargo".²

A efectos de conceder la prisión domiciliaria no basta solamente con la acreditación de la relación filiar y de contera, la calidad de padre o madre cabeza de familia, sino que se hace necesario ponderar la naturaleza del delito, objeto

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-964 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis

² Corte Constitucional sentencia SU-389 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería



JUZGADO ONCE DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE BOGOTÁ D.C.

Calle 11 No. 9-24 Piso 8° - Teléfono: 2847287

de condena, a fin de establecer si tal sustitutivo no va en contravía del interés superior de los niños, quien es en últimas el llamado a ser protegido y no como muchos han interpretado, indicando que esa sustitución es un premio para el infractor. Esto permite concluir que en todo caso es necesario hacer el estudio integral de la Ley 750 de 2002, en la cual se contienen requisitos de orden objetivo como lo son la exclusión del beneficio para algunos delitos, la usencia de antecedentes y otros de carácter subjetivo.

Lo anterior nos lleva a concluir que el sustituto no procede automáticamente con la demostración de la calidad de madre cabeza de familia, pues se insiste que es menester en todos los casos realizar un análisis sistemático entre las normas coexistentes y las circunstancias que rodean a los menores y las personas a cargo, ya que el reconocimiento de los derechos de los menores y su interés superior, no deben confundirse con un ejercicio de reconocimiento mecánico, irracional y abstracto de medidas. Por ello es que es ineludible acudir a la Ley 750 de 2002 y a los postulados normativos del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, pues la conjugación de ambas normatividades permite tener pilares sólidos en cuanto a las exigencias para el reconocimiento.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, indicó:

«231. El numeral 5 del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal no puede ser interpretado de manera aislada en perjuicio del resto del ordenamiento jurídico, pues al operador de la norma no le está permitido dejar inocuos los valores y principios en los que se sustenta los fines de la detención preventiva, instituto para el cual siempre habrá de considerarse circunstancias atinentes a la persona del procesado, incluidas las derivadas de los antecedentes penales que registre.

232. En cuanto al reconocimiento de la prisión domiciliaria para el padre o madre cabeza de familia, los requisitos de orden objetivo y subjetivo consagrados en el artículo 1 de la Ley 750 de 2002 no pueden entenderse derogados por los artículos 314 numeral 5 y 461 de la Ley 906 de 2004, en la medida en que estas normas obedecen a un carácter menos restrictivo del derecho a la libertad que desde el punto de vista de la Constitución Política se justifica por el hecho de no haber sido desvirtuada la presunción de inocencia.

233. 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 asiste»³.

Esta misma postura ha sido sostenida por dicha corporación, la cual expresó:

«(...) la posibilidad de acceder a dicho beneficio supone la satisfacción de cuatro exigencias concretas, i) que el condenado, hombre o mujer, tenga la condición de padre o madre cabeza de familia; ii) que su desempeño personal, laboral, familiar y social permita inferir que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo; iii) que la condena no haya sido proferida por alguno de los delitos allí referidos y; iv) que la persona no tenga antecedentes penales»⁴.

En concordancia con lo expuesto, la tesis actual de la Sala de Casación Penal es que el otorgamiento de la prisión domiciliaria como pena sustitutiva, fundada

³ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca Proceso número 35943

⁴ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, M.P. Eugenio Fernández Cartier, Proceso número 45.853



**JUZGADO ONCE DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE BOGOTÁ
D.C.**

Calle 11 No. 9-24 Piso 8º - Teléfono: 2847287

en la condición de padre o madre cabeza de familia, exige el análisis conjunto de las normas que rigen el sustituto, la valoración del interés superior de los menores de edad y la consideración de las circunstancias personales de la procesada, relacionadas entre otras con los antecedentes y la naturaleza del delito. Esta tesis considera las finalidades de la pena, las cuales atienden a principios y valores constitucionales como la paz, la responsabilidad de los particulares y el acceso a la administración de justicia de todos los asociados.

De lo expuesto, el despacho infiere que para sustituir la pena de prisión intramural formal por la de prisión domiciliaria, atendiendo a la calidad de cabeza de familia, conforme a lo normado por el artículo 461 del Código de Procedimiento Penal, es menester satisfacer las exigencias de los fines de la pena, la acreditación de la figura de madre cabeza de familia, el cumplimiento de los requisitos consagrados en la Ley 750 de 2002.

Del petitum:

El apoderado de la sentenciada allegó libelo con el que solicitó la sustitución de la pena privativa de la libertad en sitio de reclusión formal por domiciliaria, teniendo en cuenta que ostenta la condición de madre cabeza de familia, sustentando su pedimiento básicamente así:

Adujo que sus dos hijas (22 y 18 años), sus tres sobrinos (16, 14 y 7 años) y su progenitora la señora Liboria Diaz (83 años), requieren de su presencia, para que solvante los gastos de manutención y brindar apoyo emocional a los mismos, fundamentando su petición en los postulados normativos consagrados en la Ley 750 de 2002, aportando senda documentación para soportar su solicitud.

Consideraciones:

Como se explicó atrás, para que proceda la sustitución de la prisión domiciliaria por cabeza de familia, el juez debe determinar con todos los elementos materiales de juicio allegados al proceso, si la condenada ostenta tal calidad y que su presencia en el hogar es determinante para que a las personas por las que invocan la solicitud se garanticen los derechos mínimos encaminados a su subsistencia y otras garantías, de modo que es obligación de la judicatura, oficiosamente, a través de distintos medios de prueba establecer tal eje fáctico, pues se hace importante resaltar, que este beneficio no procede de manera automática sino que está supeditado a la valoración judicial de ciertos requisitos legales.

De ahí que el despacho ordenara la entrevista virtual a la residencia en donde la penada afirmó reside con su núcleo familiar. Es así como a la actuación se



Radicación: 11001-31-04-016-2012-00782-00

Nº interno: 6826

Condenado: MARCELINA CUNDUMI DIAZ

Delito: PECULADO POR APROPIACIÓN

Auto Interlocutorio Número: 206-2023

Decisión: NIEGA PRISIÓN DOMICILIARIA MADRE CABEZA DE FAMILIA

**JUZGADO ONCE DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE BOGOTÁ
D.C.**

Calle 11 No. 9-24 Piso 8° - Teléfono: 2847287

allegó el informe, presentado por un Asistente Social, donde se indica lo siguiente:

La diligencia se llevó a acabo a través de video llamada establecida con la señora Daniela Marcela Perdomo Cundumi, hija de la sentenciada, quien manifestó residir en la Carrera 54 N° 1 A – 60, Conjunto Residencial Riberas del Río, Bloque P apartamento 203 de la ciudad de Cali., predio en que vive los siguientes familiares de la penada: i) Liboria Diaz Sinisterra (madre) ii) Isabella Nobles Cundumi (hija) iii) Gabriela Sevillano Lopez (sobrina) iv) Stiven Sevillano Velez (sobrino) v) Stiven Sevillano Velez (sobrina).

Daniela Marcela Perdomo Cundumi, informo que los ingresos del hogar corresponde a los aportes realizados por ella y la condenada Marcelina Cundumi Díaz los cuales ascienden a treinta y un millones de pesos (\$31.000.000).

Quien atendió la visita, informó que la alimentación para los quienes viven en el inmueble nunca ha faltado, siempre se tiene cubierta esta necesidad, tanto así que ningún miembro de la familia presenta problemas por desnutrición. Indicando que para la preparación de los alimentos se acude a una ayudante de cocina dado que los miembros de la familia deben realizar actividades relacionadas con estudio y trabajo y no habría tiempo para preparar estos alimentos.

Respecto al estado de salud de los miembros de la familia que habitan la residencia informa que es buena, sin embargo señala que la señora Liboria Diaz Sinisterra, madre de la condenada fue diagnosticada con la enfermedad de Síndrome de Demencia Senil; además de esto, presenta accidente cerebro vascular, es paciente psiquiátrico.

De esta manera, de acuerdo al material probatorio recaudado y aportado por el apoderado de la condenada Marcelina Cundumi Díaz, las hijas de la condenada son mayores de edad, encontrándose en capacidad laboral productiva como lo señalo Daniela Marcela Perdomo Cundumi, quien indico que aporta econimicamente al hogar, afirmación que dista de lo manifestado por el apoderado en su escrito petitorio. Asimismo, refirió Daniela Marcela Perdomo Cundumi que que con los ingresos de la familia, se pagan los gastos que generan los miembros de la misma.

Respecto a los tres sobrinos y a la madre de la condenada, se observa que tienen una familia extensa, pues como se observa en las documentales aportadas cuenta con 6 hijos (hermanos de la condenada), quienes de conformidad con su obligación legal pueden cumplir con ese deber corresponsabilidad de protección de la señora Liboria Diaz Sinisterra y los menores GSL, SSV y SSV, quienes además cuentan con su madre Ximena



**JUZGADO ONCE DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE BOGOTÁ
D.C.**

Calle 11 No. 9-24 Piso 8º - Teléfono: 2847287

Vélez Ochoa . En punto al tema la Corte Constitucional en sentencia T-413 de 2013, puntualizó *"A la familia le asiste el deber de garantizar el amparo a los derechos de sus parientes en situación de debilidad manifiesta, como consecuencia de los lazos de consanguinidad, reciprocidad, afecto y solidaridad que se presume que se han formado durante la convivencia de sus miembros, y que obligan a velar por cada uno de sus integrantes. De esta manera, la protección por parte de la familia implica asegurar la integridad de la persona, más allá de la subsistencia mínima, garantizando condiciones de vida dignas. Ante la disminución de las capacidades físicas del adulto mayor y la consecuente dificultad para proveerse por sí mismo la satisfacción de las necesidades mínimas, debe intervenir la familia como sostén para la garantía y protección de todas las dimensiones de sus derechos"*.

En ese orden de ideas, señala 1º de la Ley 1232 de 2008, es madre cabeza de familia *"... quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de 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, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar."*

De allí que el Tribunal Constitucional, frente a la figura de prisión domiciliaria por madre o padre cabeza de familia puntualizara lo siguiente:

*"...[p]ara tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar."*⁵

Así pues, además de acreditarse que se es madre o padre cabeza de familia, es menester valorar la situación particular de los menores o de la persona en condiciones discapacidad, de tal manera, que se pueda deducir una situación de indefensión que haga imperioso tomar como medida de protección, dejarlos al cuidado de la sentenciada en su lugar de residencia, para lograr garantizar un bienestar no solo material sino afectivo.

Adicionalmente, quien solicite la sustitución debe ofrecer las garantías indispensables de no evasión del lugar de residencia, como lo tiene dicho la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia:

"Por lo anterior, es menester que el juez competente para determinar la procedencia o no del beneficio de la prisión domiciliaria, luego de considerar los requisitos objetivos que consagra la norma procedimental penal, realice un análisis concienzudo y mediante un ejercicio de ponderación, verifique el cumplimiento de todas las circunstancias fácticas que rodean la solicitud, consistentes en: «i) el interés superior del menor, ii) la gravedad de la conducta que lesionó el bien jurídico tutelado, iii) la situación de indefensión en que pueda verse abocado el niño o adolescente y iv) la garantía de que el beneficiado no vaya a evadir la justicia»⁶ (Subraya y resaltado fuera del texto).

En este punto, se debe realizar un estudio de los fines de la pena a voces del artículo 4 del Código Penal, atendiendo la prevención (general y especial), retribución justa, reinserción social y protección de la condenada.

⁵ Corte Constitucional, sentencia SU – 388 de 2005.

⁶ Ver CSJ STP, 6 de agosto de 2013, Rad. 68.224 y CSJ STP, 14 de mayo de 2013, Rad. 66.744



**JUZGADO ONCE DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE BOGOTÁ
D.C.**

Calle 11 No. 9-24 Piso 8° - Teléfono: 2847287

La función preventiva de la pena es entenderla, en una apropiada conjugación con su carácter retributivo, como una medida de control social institucional que tiende a la evitación del delito: de un lado, a través de la conminación a la colectividad para que se abstenga de incurrir en conductas criminales (prevención general); de otro, mediante la intimidación, corrección y aislamiento del delincuente (prevención especial), a manera de instrumento pensado para evitar su reincidencia.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia en decisión del 27 de febrero de 2013 Rad. 33254 M.P. José Leónidas Busto Martínez, Señalo:

«En la prevención general, la pena representa una amenaza dirigida a los ciudadanos para que se abstengan de incurrir en delitos, conminación que, de acuerdo con la concepción clásica de Feuerbach, opera en el momento abstracto de la tipificación legal⁷. Por ende, tanto la amenaza punitiva como la ejecución de la pena deben producir un efecto intimidatorio en los autores potenciales para así evitar que lleguen a delinquir

La prevención especial, por su parte, tiende a evitar que el delincuente reincida en comportamientos desviados durante el término de ejecución de la sanción penal. Ello, por supuesto, debidamente engranado con el propósito de resocialización; ya que, como lo explica Von Liszt, frente a quien transgrede la ley penal la imposición de la pena ha de servir como camino para la resocialización, lo cual supone que la protección de bienes jurídicos se materializa mediante la incidencia de la sanción en la personalidad del delincuente, con la finalidad de prevenir ulteriores delitos⁸.

Por consiguiente, en un Estado social y democrático, la pena se erige como un mecanismo adecuado para evitar la lesión de intereses fundamentales para la convivencia social, derechos o bienes que, por su importancia y necesidad de tutela, ameritan la protección reforzada del derecho penal. Sobre el particular, en la sentencia C-565 de 1993, la Corte Constitucional sostuvo:

El ejercicio del ius puniendi en un Estado democrático no puede desconocer las garantías propias del Estado de Derecho, esto es, las que giran en torno al principio de la legalidad. Pero al mismo tiempo, debe añadir nuevos cometidos que vayan más allá del ámbito de las garantías puramente formales y aseguren un servicio real a los ciudadanos. El Derecho penal en un Estado social y democrático no puede, pues, renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla para la verdadera defensa de los ciudadanos y de todas las personas residentes en el territorio nacional. Debe, por tanto, asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos (Estado Social), entendidos como aquellos comportamientos que el orden jurídico califica como dañinos para sus bienes jurídicos fundamentales, en la medida en que los considera graves»

Es que para el caso conviene transcribir aparte pertinente de la sentencia de exequibilidad de la Honorable Corte Constitucional en la sentencia C – 910 de 2012, siendo magistrado ponente el doctor Luis Guillermo Guerrero sobre la expresión “personalidad”, y que define el entendido que debe dársele a la misma, la cual señala:

“(…)el Artículo 312 consagra un catálogo de presunciones de no comparecencia, como la falta de arraigo en la comunidad, la gravedad del daño causado y la actitud que asume frente a este, o su comportamiento durante este u otro proceso que indique su falta de voluntad para sujetarse al proceso penal y la eventual cumplimiento de la pena.

De este modo, aunque la expresión “personalidad” es un concepto jurídico indeterminado, el propio ordenamiento suministra las herramientas hermenéuticas para superar la indeterminación a partir de criterios objetivos, y

⁷ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Buenos Aires: B de f, 2ª ed., 2003, p. 53.

⁸ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*, p. 57.



**JUZGADO ONCE DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE BOGOTÁ
D.C.**

Calle 11 No. 9-24 Piso 8° - Teléfono: 2847287

excluye todos los aspectos de la personalidad que no repercuten directamente en el cumplimiento de los fines de las medidas de aseguramiento.(...)"

Acorde con lo expuesto, el despacho con base en las circunstancias de tiempo, modo y lugar tenidas en cuenta para la condena impuesta a Marcelina Cundumi Díaz por el delito de peculado por apropiación, concluye que es de aquellos considerados de elevada entidad, pues se atentó contra el erario de la Nación, lesionando los intereses de sus asociados, lo que sin duda genera impacto social, aunado a que la aquí sentenciada a pesar de tener conocimiento de la condena impuesta en su contra, se ha sustraído de la obligación de cumplir la misma, desatendiendo de manera deliberada el requerimiento de la autoridad judicial, de donde no puede llegarse a conclusión distinta a la que no existe garantía de que cumplirá la pena, razón por la que deviene inviable conceder el mecanismo de prisión domiciliaria previsto en la Ley 750 de 2002, pues no reúne las condiciones establecidas en la ley para la procedencia del sustituto.

Del mecanismo sustitutivo de prisión por medio de vigilancia electrónica

El apoderado de la condenada Marcelina Cundumi Díaz, solicita el sistema de vigilancia electrónica como mecanismo sustitutivo de la prisión, según lo dispuesto en su momento por el artículo 50 de la Ley 1142 de 2007, ateniendo el principio de ultractividad de la Ley.

Dentro de conjunto de principios rectores del derecho penal, se halla el de favorabilidad, el cual se constituye como un elemento ineludible en la aplicación de debido proceso, que a su vez tiene carácter imperativo, pues es de asiento constitucional (inciso segundo del artículo 29 de Constitución Política), de modo que su aplicación no resulta siendo una facultad del administrador de justicia, sino un derecho que le asiste al involucrado, es decir, que su naturaleza es de iure.

Dicho fenómeno tiene cabida cuando existe una sucesión de leyes en el tiempo, siendo la nueva normativa más favorable para el involucrado en un asunto, empero, el problema jurídico siempre debe representar identidad de situaciones de hecho, toda vez que lo que variará en todo caso es la consecuencia jurídica y, ésta imperativamente debe resultar más benévola a los intereses del involucrado.

La Corte Constitucional ha definido el concepto del principio de favorabilidad y su aplicación así:

«En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. El principio de favorabilidad no distingue entre normas sustantivas o procesales, debe aplicarse conforme las circunstancias de cada caso concreto, las cuales deben ser zanjadas por las autoridades judiciales competentes. Para su aplicación se exige que exista una sucesión de normas en el tiempo o tránsito legislativo, la regulación de un mismo supuesto de hecho que conlleve consecuencias jurídicas distintas y la permisibilidad de una disposición frente a la otra. Por



JUZGADO ONCE DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE BOGOTÁ D.C.

Calle 11 No. 9-24 Piso 8º - Teléfono: 2847287

último, en lo relacionado con la entrada a regir de la Ley 906 de 2004 en el territorio nacional, esta puede ser aplicada en virtud del principio de favorabilidad, a pesar de su implementación progresiva, siempre que concurran los presupuestos materiales que la jurisprudencia ha señalado para ello.»⁹

Bajo los postulados jurisprudenciales anteriormente dichos, se analizará si en el presente asunto se configura la procedencia de la aplicación del principio de favorabilidad.

Respecto a la ultraactividad de la ley la H. Corte Constitucional señaló ¹⁰:

"La ultraactividad de la ley es un problema de aplicación de la ley en el tiempo y está íntimamente ligada al principio de que todo hecho, acto o negocio jurídico se rige por la ley vigente al momento de su ocurrencia, realización o celebración. Dentro de la Teoría General del Derecho, es clara la aplicación del principio "Tempus regit actus", que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada después. Esto es lo que explica la Teoría del Derecho, la denominada ultraactividad de las normas, que son normas derogadas, que se siguen aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia. Este fenómeno se presenta en relación con todas las normas jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza: civil, comercial, penal, etc."

Respecto del marco normativo que rige los Sistemas de vigilancia electrónica como sustitutivos de la prisión, se encuentra descrito en el artículo 50 de la Ley 1142 de 2007 modificada por el artículo 3 de la Ley 1453 de 2011: asimismo, se hace aclaración que esta normatividad en la actualidad se encuentra *derogada* la Ley 1709 de 2014; no obstante, se debe realizar el estudio del sustituto, en aplicación del principio de ultraactividad de la Ley.

ARTÍCULO 38A. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad podrá ordenar la utilización de sistemas de vigilancia electrónica durante la ejecución de la pena, como sustitutivos de la prisión, siempre que concurran los siguientes presupuestos:

1. Que la pena impuesta en la sentencia no supere los ocho (8) años de prisión.
2. Que la pena impuesta no sea por delitos de genocidio, contra el Derecho Internacional Humanitario, desaparición forzada, secuestro extorsivo, tortura, desplazamiento forzado, tráfico de menores de edad, uso de menores de edad para la comisión de delitos, tráfico de migrantes, trata de personas, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, extorsión, concierto para delinquir agravado, lavado de activos, terrorismo, usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas, financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada, administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, municiones o explosivos y **delitos contra la administración pública**, salvo delitos culposos.
3. Que la persona no haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.

⁹ Sentencia T-019/17, Corte Constitucional, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁰ Sentencia C-763 de 2002 Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería



**JUZGADO ONCE DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE BOGOTÁ
D.C.**

Calle 11 No. 9-24 Piso 8° - Teléfono: 2847287

4. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del condenado 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. (...)"

Atendiendo los presupuestos contenidos en el mecanismo de vigilancia electrónica, se observa que por provisión expresa de la Ley la penada Marcelina Cundumi Díaz, no puede ser beneficiada por tal sustituto de la prisión carcelaria por domiciliaria, pues por los delitos por los que fue sentenciada se cometieron en contra de la administración pública.

Adicionalmente se reitera que, la conducta punible por la que se condeno a Marcelina Cundumi Díaz, reviste de indudable gravedad, por lo que este despacho no puede llegar a la conclusión que existen garantía de que la aquí condenada cumplirá la pena, pues a pesar de tener conocimiento de la condena impuesta en su contra, se ha sustraído de la obligación de cumplir la misma, desatendiendo de manera deliberada el requerimiento de la autoridad judicial.

Consecuencia de lo previamente expuesto el Despacho negará el mecanismo de vigilancia electrónica incoado .

Otras Determinaciones

Atendiendo a la petición realizada por el apoderado de la condenada Marcelina Cundumi Díaz, donde solicita copia del informe de visita virtual No. 2952 del 26 de diciembre de 2022, realizado por el asistente social adscrito al centro de servicios administrativos de estos despachos, se dispone:

1. Por el centro de servicios administrativos de estos despachos, remitir copia digital del informe de visita virtual No. 2952 del 26 de diciembre de 2022.
2. Permanezcan las diligencias en la secretaria del Centro de Servicios Administrativos, a la espera de la materialización de la orden de captura.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Once de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá D.C.,

Resuelve:

PRIMERO: Negar la prisión domiciliaria por madre cabeza familia como sustitutiva de la Prisión en reclusión formal a la sentenciada Marcelina Cundumi Díaz.



Radicación: 11001-31-04-016-2012-00782-00

Nº interno: 6826

Condenado: MARCELINA CUNDUMI DIAZ

Delito: PECULADO POR APROPIACIÓN

Auto Interlocutorio Número: 206-2023

Decisión: NIEGA PRISIÓN DOMICILIARIA MADRE CABEZA DE FAMILIA

**JUZGADO ONCE DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE BOGOTÁ
D.C.**

Calle 11 No. 9-24 Piso 8º - Teléfono: 2847287

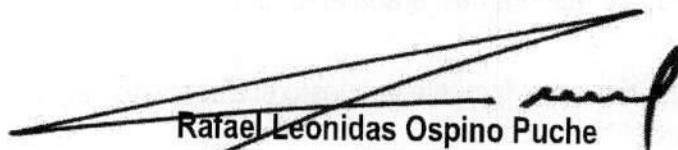
SEGUNDO: Negar el mecanismo de vigilancia electrónica en favor de la sentenciada Marcelina Cundumi Díaz.

TERCERO: Por el centro de servicios administrativos de estos despachos, remitir copia digital del informe de visita virtual No. 2952 del 26 de diciembre de 2022.

CUARTO: Permanezcan las diligencias en la secretaria del Centro de Servicios Administrativos, a la espera de la materialización de la orden de captura.

QUINTO: Notificar el contenido de esta decisión a los sujetos procesales por el medio más expedito.

Contra esta providencia proceden los recursos de Ley


Rafael Leonidas Ospino Puche
Juez

LAM

Centro de Servicios Administrativos Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad	
En la fecha	Notifiqué por Estado No.
29 MAR 2023	
La anterior providencia	
El Secretario _____	

14/3/23, 11:57

Correo: Adriana Leyva Garcia - Outlook

REMITO AI 206-
2023 PARA
NOTIFICAR NI.
6826

P postmaster@procuraduria.gov.co
Para: postmaster@p

Mar 14/03/2023 11:51

 REMITO AI 206-2023 PARA N...
Elemento de Outlook

El mensaje se entregó a los siguientes destinatarios:

Andrea Alexandraw Patricia Sanchez Murcia

Asunto: REMITO AI 206-2023 PARA NOTIFICAR NI. 6826

Responder

Reenviar

AG Adriana Leyva Garcia
Para: Andrea Alexar

Mar 14/03/2023 11:51

 AI 206-2023 NI. 6826.pdf

BUENOS TARDES, ADJUNTO AUTO INTERLOCUTORIO 792 A FIN DE PROCEDER CON LA NOTIFICACION DEL MISMO A MINISTERIO PUBLICO.

POR FAVOR ACUSAR RECIBIDO Y/O CONFIRMAR LECTURA

Se informa que este correo **NO ESTÁ HABILITADO PARA RECIBIR RESPUESTAS**; por lo tanto se solicita dirigirlas al

correo: **ventanilla2csjepmsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co** ó en su defecto directamente al correo del despacho que requiere la información. Adicionalmente, se advierte que se deben verificar los archivos

REMITO AI 206-
2023 PARA
NOTIFICAR NI.
6826

2

MO Microsoft Outlook
Para: contacto@vict

Mar 14/03/2023 11:51

 REMITO AI 206-2023 PARA N...
Elemento de Outlook

Se completó la entrega a estos destinatarios o grupos, pero el servidor de destino no envió información de notificación de entrega:

contacto@victormosqueramarin.com (contacto@victormosqueramarin.com)

Asunto: REMITO AI 206-2023 PARA NOTIFICAR NI. 6826

Responder Reenviar

Mensaje enviado con importancia Alta.

AG Adriana Leyva Garcia
Para: contacto@vict

Mar 14/03/2023 11:50

 18RUTA - NI 6826 - J. 11 - U...

2 archivos adjuntos (795 KB) Guardar todo en OneDrive - Consejo Superior de la Judicatura

Descargar todo

BUENOS DIAS, ADJUNTO AUTO INTERLOCUTORIO 206-2023 A FIN DE PROCEDER CON LA NOTIFICACION DEL MISMO A DEFENSA .
DE IGUAL MANERA REMITO INFORME DE S¿VISITA VIRTUAL NO. 2952 DEL 26/12/2022.-
SE SOLITA QUE POR SU INTERMEDIONOTIFIQUE DEL AUTO A SU PROHIBADA



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



SIGCMA

CENTRO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS
JUZGADO 011 DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD
email ventanilla2csjepmsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co
Calle 11 No. 9a - 24 Teléfono (1) 2832273
Edificio Kaysser

BOGOTÁ D.C., 14 de Marzo de 2023

SEÑOR(A)
MARCELINA CUNDUMI DIAZ
CALLE 16 NUMERO 9 - 64 OFICINA 901
BOGOTA D.C.
TELEGRAMA N° 11188

NUMERO INTERNO 6826
REF: PROCESO: No. 110013104016201200782
C.C: 66737185

SIRVASE COMPARECER A ESTE CENTRO DE SERVICIOS UBICADO EN LA CALLE 11 No. 9 A-24 EDIFICIO KAYSSER FIN NOTIFICAR PROVIDENCIA 206-2023 DEL 13 MARZO DE 2023 PRESENTE ESTA COMUNICACIÓN. SE ADVIERTE QUE EN CASO DE NO COMPARECER SE SURTIRÁ LA NOTIFICACIÓN POR ESTADO, QUE SE FIJARÁ CON POSTERIORIDAD, INFORMACIÓN QUE PODRÁ CONSULTAR EN LA PÁGINA WEB DE CONSULTA DE ESTOS DESPACHOS
<https://procesos.ramajudicial.gov.co/jepms/bogotajepms/conectar.asp>

SE INFORMA QUE CUALQUIER SOLICITUD PUEDE SER ALLEGADA AL CORREO ELECTRÓNICO ventanilla2csjepmsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co PRESENTE ESTA COMUNICACIÓN

ADRIANA LEYVA GARCIA
ESCRIBIENTE

RE: REMITO AI 206-2023 PARA NOTIFICAR NI. 6826

Andrea Alexandraw Patricia Sanchez Murcia <aasanchez@procuraduria.gov.co>

Vie 17/03/2023 8:39

Para: Adriana Leyva Garcia <aleyvag@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Respetada doctora Adriana.

Acuso recibo de su comunicación y me doy por notificada del auto de la referencia.

Deseándole el mayor éxito en su labor y buena salud.

Andrea Alexandraw Sánchez Murcia
Procuradora 219 JIP

De: Adriana Leyva Garcia <aleyvag@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: martes, 14 de marzo de 2023 11:51 a. m.

Para: Andrea Alexandraw Patricia Sanchez Murcia <aasanchez@procuraduria.gov.co>

Asunto: REMITO AI 206-2023 PARA NOTIFICAR NI. 6826

BUENOS TARDES, ADJUNTO AUTO INTERLOCUTORIO 792 A FIN DE PROCEDER CON LA NOTIFICACION DEL MISMO A MINISTERIO PUBLICO.

POR FAVOR ACUSAR RECIBIDO Y/O CONFIRMAR LECTURA

Se informa que este correo **NO ESTÁ HABILITADO PARA RECIBIR RESPUESTAS**; por lo tanto se solicita dirigirlas al

correo: **ventanilla2csjepmsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co** ó en su defecto directamente al correo del despacho que requiere la información.

Adicionalmente, se advierte que se deben verificar los archivos adjuntos antes de enviarlos, toda vez que, si el servidor detecta que el archivo contiene virus o que almacena contenido malicioso lo desviará automáticamente a la bandeja de correo no deseado.

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.



ADRIANA LEYVA GARCIA
ESCRIBIENTE

*Centro de Servicios de los juzgados
de ejecución de Penas y Medidas de seguridad,
Bogotá - Colombia*

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

*******NOTICIA DE CONFORMIDAD******* Este mensaje (incluyendo cualquier anexo) contiene información confidencial de la Procuraduría General de la Nación y se encuentra protegida por la Ley. Sólo puede ser utilizada por el personal o compañía a la cual está dirigido. Si usted no es el receptor autorizado, o por error recibe este mensaje, favor borrarlo inmediatamente. Cualquier retención, difusión, distribución, copia o toma de cualquier acción basada en ella, se encuentra estrictamente prohibido.

URGENTE - 6826 - J11 - ADG - JLCM - RECURSO: Radicación No. 11001-31-04-016-2012-00782-00 - Recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra auto interlocutorio del 13 de marzo de 2023.

Ventanilla 2 Centro Servicios Juzgado Ejecucion Penas Medidas Seguridad - Bogotá - Bogotá D.C. <ventanilla2csjepmsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 17/03/2023 3:08 PM

Para: Secretaria 3 Centro De Servicios Epms - Seccional Bogotá <cs03ejcpbt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (434 KB)

Rad. No. 11001-31-04-016-2012-00782-00 - Recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra auto interlocutorio del 13 de marzo de 2023.pdf;

De: Juzgado 11 Ejecucion Penas Medidas Seguridad - Bogotá - Bogotá D.C.

<ejcp11bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: viernes, 17 de marzo de 2023 2:36 p. m.

Para: Ventanilla 2 Centro Servicios Juzgado Ejecucion Penas Medidas Seguridad - Bogotá - Bogotá D.C.

<ventanilla2csjepmsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RV: Radicación No. 11001-31-04-016-2012-00782-00 - Recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra auto interlocutorio del 13 de marzo de 2023.

Buen día,

Remito para el trámite correspondiente. Gracias.

Cordialmente,

**JUZGADO ONCE DE EJECUCIÓN DE PENAS Y
MEDIDAS DE SEGURIDAD DE BOGOTÁ D.C.**

email ejcp11bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Calle 11 No. 9a - 24 Teléfono (1) 2847287

Edificio Kaysser

De: Contacto Mosquera Marin <contacto@victormosqueramarin.com>

Enviado: viernes, 17 de marzo de 2023 2:35 p. m.

Para: Juzgado 11 Ejecucion Penas Medidas Seguridad - Bogotá - Bogotá D.C.

<ejcp11bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Ventanilla 2 Centro Servicios Juzgado Ejecucion Penas Medidas Seguridad - Bogotá - Bogotá D.C. <ventanilla2csjepmsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: Radicación No. 11001-31-04-016-2012-00782-00 - Recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra auto interlocutorio del 13 de marzo de 2023.

Señor Juez

RAFAEL LEONIDAS OSPINO PUCHE

JUEZ 11 EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

Ciudad

Ref. Radicación No. 11001-31-04-016-2012-00782-00.

Marcelina Cundumi Díaz

Asunto: Recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra auto interlocutorio del 13 de marzo de 2023, mediante el cual se niega solicitud de prisión domiciliaria en favor de Marcelina Cundumi Díaz.

Por medio del presente correo, me permito remitir en adjunto recurso de reposición contra el auto interlocutorio del 13 de marzo de 2023, dentro del radicado de la referencia, para los fines pertinentes.

Ruego el favor de acusar recibo de este documento.

Muchas gracias por su amable atención y colaboración. Quedamos atentos.

Cordialmente,

Alejandra Naranjo

Asistente Ejecutiva

Víctor Mosquera Marín Abogados.

Esperti in Tutela Internazionale dei Diritti Umani

Colombia - Fijo Oficina (+57) 3099702, Movil [\(+57\) 3118436529](tel:+573118436529)

Dirección: Carrera 9 A # 99-02 oficina 408, Edificio Citibank de la calle 100.

Twitter: [@victormosqueram](https://twitter.com/victormosqueram)www.victormosqueramarin.com**Alejandra Naranjo Rodríguez**
Asistente Ejecutiva

Firma Víctor Mosquera Marín Abogados
contacto@victormosqueramarin.com
Colombia: +57 1 309 9702 Ext 101 | +57 311 843 6529
Estados Unidos: +1 2025685009 | Suiza: +41 792 788 160 | Italia: +39 3 388 693 258
Dirección: Carrera 9 a No. 99 - 02 Oficina 408 Edificio Citibank CAP: 110221
Bogotá, Colombia

Síguenos en:



[@VictorMosqueraMarinAbogados](https://twitter.com/VictorMosqueraMarinAbogados)
www.victormosqueramarin.com

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.



Bogotá., marzo de 2022

Señor Juez

RAFAEL LEONIDAS OSPINO PUCHE

JUEZ 11 EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

Ciudad

Ref. Radicación No. 11001-31-04-016-2012-00782-00.

Marcelina Cundumi Díaz

Asunto: Recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra auto interlocutorio del 13 de marzo de 2023, mediante el cual se niega solicitud de prisión domiciliaria en favor de Marcelina Cundumi Díaz.

Respetado Señor Juez,

VÍCTOR MOSQUERA MARÍN abogado en ejercicio, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 80.865.298 de Bogotá, portador de la Tarjeta Profesional No. 194.161 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación de **MARCELINA CUNDUMI DIAZ** identificada con Cédula de Ciudadanía No. 66.737.185 de Buenaventura de conformidad con el poder que se anexa (**Ver Anexo 1**) acudo ante su Despacho con el respeto acostumbrado, con el fin de presentar **RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO EL DE APELACIÓN** contra Auto interlocutorio del 13 de marzo de 2023 proferido por este Despacho, notificado mediante correo electrónico el 14 de marzo de 2023, en el cual se niega el beneficio de prisión domiciliaria en armonía con la protección a la madre cabeza de familia y el mecanismo sustitutivo de prisión por medio de vigilancia electrónica a la señora Marcelina Cundumi Díaz. Esta petición se eleva con fundamento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, el Despacho en su decisión del 13 de marzo de 2023, aplicó indebidamente el artículo 314 de la Ley 906 de 2004, sin tener en cuenta que este no se encontraba vigente para el momento de los hechos por los cuales mi defendida fue condenada. Además, no tomó en consideración que las exclusiones de los beneficios y los subrogados penales se vinieron a establecer solo hasta el año 2007, con la Ley 1142 de 2007, por lo que para el momento en que la Ley 750 de 2002 comenzó a regir no existía el parágrafo del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, y en este sentido, las exclusiones no eran aplicables bajo el principio de favorabilidad y ultractividad.

En segundo lugar, el Juez de ejecución de penas erróneamente basa su decisión de no conceder la prisión domiciliaria por madre cabeza de familia a mi defendida bajo el argumento de la gravedad de la conducta afirmando que: *“para la condena impuesta a Marcelina Cundumi Díaz por el delito de peculado por apropiación, concluye que es de aquellos considerados de elevada entidad, pues se atento contra el erario de la Nación,*



lesionando los intereses de sus asociados, lo que sin duda genera impacto social". No obstante, olvida que la prisión domiciliaria por ser madre cabeza de familia no se puede circunscribir únicamente a la gravedad de la conducta, pues el solo análisis de la modalidad o gravedad de la conducta punible no puede tenerse como motivación suficiente para negar la concesión del subrogado penal.

En tercer lugar, el Despacho infortunadamente no realiza un juicio de ponderación entre el interés superior de los 3 menores de edad (sobrinos de mi defendida), los derechos fundamentales del adulto mayor (madre de mi defendida de 83 años) y los fines estatales en la ejecución de la pena, aún cuando la jurisprudencia así lo ha establecido como requisito para verificar el cumplimiento del artículo 1º de la Ley 750 de 2002. Pues bajo las condiciones particulares de mi representada en la eventualidad de separar a la progenitora, sobrinos e hijas de mi defendida, traería como consecuencia negativa el hallarse en un grave estado de indefensión y vulnerabilidad, especialmente por las condiciones de salud físicas y psicológicas en las que se encuentra la señora Liboria Díaz, al no contar con otro hijo que pueda asumir su cuidado al 100%. Además, no sería conveniente dejar a los tres sobrinos menores de edad en desprotección y desamparo, pues sus necesidades básicas podrían verse desatendidas.

Finalmente, en lo que respecta a la solicitud de prisión domiciliaria como parte del mecanismos sustitutivo de prisión por medio de vigilancia electrónica el *a quo* se equivoca en sus análisis al afirmar que *"se observa que por provisión expresa de la Ley la penada Marcelina Cundumi Díaz, no puede ser beneficiada por tal sustituto de la prisión carcelaria por domiciliaría, pues por los delitos por los que fue sentenciada se cometieron en contra de la administración pública"*, aplicando el artículo 3 de la Ley 1453 de 2011 y no el artículo 50 de la Ley 1142 de 2007, desconociendo de esta forma el principio de ultractividad. Pues queda claro que en la solicitud de prisión domiciliaria se hace la solicitud de aplicación de la Ley 1142 del año 2007, la cual estuvo en vigencia hasta el mes de junio del año 2011, y no a la aplicación de la Ley 1453 de 2011.

I. CONSIDERACIONES RESPECTO DEL BENEFICIO DE PRISIÓN DOMICILIARIA EN ARMONÍA CON LA PROTECCIÓN A LA MADRE CABEZA DE FAMILIA POR PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

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"* previó para las madres cabeza de familia la sustitución de la pena o medida de aseguramiento de prisión en establecimiento penitenciario por reclusión en el lugar de residencia o en el identificado por el juez, en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar. En este sentido, la ejecución de la pena en el lugar de residencia por la circunstancia referida se supeditó a la valoración del desempeño personal, laboral, familiar y social de la infractora, la naturaleza del delito y el cumplimiento de obligaciones relacionadas con la vigilancia de la pena.

Conforme lo establece la Corte Constitucional en Sentencia T-534 de 2017, la causal de prisión domiciliaria prevista en la Ley 750 de 2002 se reprodujo en el artículo 314 del Código



de Procedimiento Penal que reiteró como elemento determinante la condición de madre cabeza de familia y extendió el beneficio al padre que haga las mismas veces de aquella.

Ahora bien, en el presente caso se hace necesario traer a colación el principio de favorabilidad y ultractividad en materia penal, el cual según la Corte Suprema de Justicia es:

“la favorabilidad es un principio de orden convencional y constitucional, según el cual una situación regulada desventajosamente por la ley vigente, puede solventarse mediante la aplicación ultra o retroactiva de normas que regulan de mejor manera la misma situación fáctica y jurídica de quien se encuentra avocado a un proceso penal.

*En términos generales, estas eventualidades se suelen presentar cuando **una norma posterior es más favorable que la ley vigente para el momento de la comisión del hecho (retroactividad)**, o cuando la anterior que regulaba el hecho trata de mejor manera dicha realidad (ultractividad), o incluso, como se ha aceptado, ante la vigencia simultánea de leyes, cuando estatutos procesales coexistentes tratan de distinta manera una misma situación que debe ser resuelta mediante la norma más favorable al procesado, siempre que su aplicación no implique desconocer las bases esenciales del sistema”¹.*

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado:

“En cuanto al principio de favorabilidad de una ley anterior debe procurarse su armonización con el principio de proporcionalidad, de manera que no se haga ilusoria la justicia penal. Todos los elementos que incidan en la efectividad de la pena deben responder a un objetivo claramente verificable y ser compatibles con la Convención”².

Con fundamento en este principio se solicita la prisión domiciliaria de la señora Marcelina Cundumi por su condición de madre cabeza de familia, por lo contemplado en la Ley 750 de 2002, pues se debe establecer que **las exclusiones de los beneficios y los subrogados penales se vinieron a establecer solo hasta el año 2007, con la Ley 1142 de 2007**, como bien lo afirma este Despacho “el artículo 314 del Código Procedimental Penal, modificado por la L 1142 de 2007, regula la sustitución de la detención preventiva en el curso procesal, la cual procede en aquellos eventos en los que su aplicación cumpla las finalidades que comporta la medida de aseguramiento (...)”. (Ver Auto del 13 de marzo de 2023, pág. 2)

Siendo así, se tiene que para el momento en que la Ley 750 de 2002 comenzó a regir no existía el parágrafo del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, por lo que las exclusiones no eran aplicables. Además, se debe indicar que el artículo 68A del Código Penal (Ley 599 del 2000),

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. 2 de diciembre de 2020. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa. AP3329-2020

² Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, Párrafo 196



solo consagró las exclusiones de los beneficios y los subrogados penales en el 2007, con la entrada en vigencia de la Ley 1142 de 2007.

A lo expuesto se agrega, que los hechos ocurrieron en el año de 1998, por lo que la normativa que se encontraba vigente para el año 2002 bajo el principio de ultractividad era aplicable a la señora Marcelina Cundumi, más si se tiene en cuenta su condición de madre cabeza de familia que ha ostentado por más de 22 años.

Sumado a lo anterior, el *a quo* hace referencia a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal número 35943, en la que se establece que los requisitos de la Ley 750 de 2002 no pueden entenderse derogados por los artículos 314 y 461 de la ley 906 de 2004, en la medida en que estas normas obedecen a un carácter menos restrictivo del derecho a la libertad y afirma que *“por ello es que es ineludible acudir a la Ley 750 de 2002 y a los postulados normativos del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, pues la conjugación de ambas normatividades permite tener pilares sólidos en cuanto a las exigencias para el reconocimiento”*:

“2.3.2. En cuanto al reconocimiento de la prisión domiciliaria para el padre o madre cabeza de familia, los requisitos de orden objetivo y subjetivo consagrados en el artículo 1 de la Ley 750 de 2002 no pueden entenderse derogados por los artículos 314 numeral 5 y 461 de la Ley 906 de 2004, en la medida en que estas normas obedecen a un carácter menos restrictivo del derecho a la libertad que desde el punto de vista de la Constitución Política se justifica por el hecho de no haber sido desvirtuada la presunción de inocencia.

2.3.3. 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 asiste”³. (Énfasis agregado)

Pues bien, se debe indicar que esta jurisprudencia halla la razón a los argumentos de la señora Marcelina Cundumi por cuanto no se puede desligar la procedencia de la prisión domiciliaria para la madre cabeza de familia sin considerar la situación particular del procesado y los familiares que dependen de ella, decisión que debe ser adoptada a partir de un juicio de ponderación, el cual no hizo el Despacho, tal como se pasa a exponer:

A. Juicio de ponderación entre la ejecución de la pena y la situación personal de Marcelina Cundumi y sus familiares

³ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca Proceso número 35943



Tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han establecido que para conceder la prisión domiciliaria a padres cabeza de familia se requiere hacer un juicio de ponderación:

“ Por lo anterior, es menester que el juez competente para determinar la procedencia o no del beneficio de la prisión domiciliaria, luego de considerar los requisitos objetivos que consagra la norma procedimental penal, realice un análisis concienzudo y mediante un ejercicio de ponderación, verifique el cumplimiento de todas las circunstancias fácticas que rodean la solicitud, consistentes en: «i) el interés superior del menor, ii) la gravedad de la conducta que lesionó el bien jurídico tutelado, iii) la situación de indefensión en que pueda verse abocado el niño o adolescente y iv) la garantía de que el beneficiado no vaya a evadir la justicia”⁴. (Énfasis agregado)

Así mismo, la jurisprudencia ha indicado que para realizar este juicio de ponderación es necesario, además, verificar el cumplimiento de los otros requisitos previstos en el artículo 1º de la Ley 750 de 2002, a efectos de determinar, en virtud de un juicio de ponderación, la prevalencia de los intereses superiores del menor sobre los fines estatales en la ejecución de la pena⁵. En este sentido, se debe recordar que el Juez 11 Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad en su decisión del 13 de marzo de 2023 indicó que:

“A efectos de conceder la prisión domiciliaria no basta solamente con la acreditación de la relación filiar y de contera, la calidad de padre o madre cabeza de familia, sino que se hace necesario ponderar la naturaleza del delito, objeto de condena, a fin de establecer si tal sustitutivo no va en contravía del interés superior de los niño, quien es en últimas el llamado a ser protegido y no como muchos han interpretado, indicando que esa sustitución es un premio para el infractor. Esto permite concluir que en todo caso es necesario hacer el estudio integral de la Ley 750 de 2002, en la cual se contienen requisitos de orden objetivo como lo son la exclusión del beneficio para algunos delitos, la usencia de antecedentes y otros de carácter subjetivo” (Ver Auto del 13 de marzo de 2023, pág. 3 y 4) (Énfasis agregado).

Siendo así, se reitera que la señora Marcelina Cundumi cumple con los criterios objetivos establecidos en la Ley 750 de 2002, tal como se presenta a continuación:

En Colombia existe la Ley 750 de 2002, la cual reglamenta lo atiniente a la prisión domiciliaria para personas cabezas de familia, y establece los siguientes requisitos para conceder este beneficio:

1. *“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*

⁴ Ver CSJ STP, 6 de agosto de 2013, Rad. 68.224 y CSJ STP, 14 de mayo de 2013, Rad. 66.744

⁵ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto Sala Penal. Proceso No. 520016000485 2008 04443 02. Auto 13 de noviembre de 2018.



comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente.

2. *“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 o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos”.*

Respecto de los requisitos establecidos por la Ley 750 de 2002, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que:

“En esa misma sentencia de constitucionalidad, se advirtió que la prisión domiciliaria era improcedente, entre otras razones, si la misma implicaba un riesgo para la comunidad..., juicio este que dependía del desempeño personal, familiar, laboral y social del condenado, una de cuyas manifestaciones sería el tipo de criminalidad en la que estuvo involucrado porque, por ejemplo, si se trató de delincuencia organizada o de otra que implique la exposición a riesgos para los menores, la concesión del subrogado, seguramente, no consultaría su finalidad legal”⁶. (Énfasis agregado)

De este modo se entiende que la prisión domiciliaria, bajo la modalidad de madre cabeza de familia, opera cuando: **i) la condenada tiene a cargo hijos menores u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, bien sea por su edad o por problemas graves de salud**, como sucede en el presente caso, pues como se ha mencionado la señora Marcelina Cundumi tiene a su cargo a su señora madre, quien es un adulto mayor de avanzada edad con problemas graves de salud que requiere de procedimiento médicos especializados; sus dos hijas (ambas estudiantes universitarias, quienes no cuentan con un trabajo) y sus tres sobrinos menores de edad; y, **ii) se verifiquen los requisitos consagrados expresamente en la norma.**

En relación con el primero de los requisitos de la Ley 750 de 2002 hay que establecer que en el caso específico la labor que realiza la señora Marcelina Cundumi no pone en peligro a la comunidad ni a las personas que se encuentran bajo su cuidado; por el contrario, hay que recordar que la señora Marcelina Cundumi se ha desempeñado en pro de la comunidad considerándose actualmente como una defensora de los derechos humanos, lideresa social y representante de la comunidad afrodescendiente, ampliamente reconocida por su labor. Siendo así, desde que inició su carrera profesional como abogada, buscó servir a la comunidad y especialmente a la población en condición de vulnerabilidad.

Vale la pena destacar que la señora Marcelina nunca ha puesto en peligro a su familia, por el contrario, ha sumado todos sus esfuerzos para que todos los miembros de su familia cuenten con las condiciones económicas y emocionales óptimas para su desarrollo. Ejemplo de lo anterior:

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia rad. 54.587. 25 sep. 2019.



1. El papel que juega la señora Marcelina Cundumi en la vida de su señora madre es fundamental, puesto que: i) es quien le brinda los recursos económicos para subsistir, dado que no cuenta con una pensión; ii) paga los servicios de salud y especialistas que su madre requiere por sus diferentes afecciones de salud; iii) cuida de su señora madre todos los días, y le brinda el cuidado especializado que requiere; y, iii) desde hace 21 años, cuando la señora Liboria Díaz Sinisterra fue desplazada por la violencia, su hija Marcelina se hizo cargo de cuidarla y acogerla en su hogar, de esta manera quien actualmente cuida y se hace responsable de la señora Liboria Díaz Sinisterra es su hija.
2. Se ha encargado desde hace 7 años de sus sobrinos, todos menores de edad, quienes dependen de forma casi absoluta del sustento que ella les brinda, tanto así que el pago del colegio de los menores, el alimento, su vestimenta y la hipoteca de su hogar está a cargo de su tía (**Ver Pruebas 4 y 5 del escrito principal**).
3. La señora Marcelina tiene dos hijas, quienes depende económicamente de su madre y aún se encuentra estudiando. Es necesario destacar que, si bien las hijas de la señora Marcelina ya son mayores de edad, aun dependen económicamente de ella, pues tiene tan solo 18 y 22 años y se encuentra estudiando en la universidad; siendo así, su obligación económica es hasta los 25 años, de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano⁷. Además, se resalta que los padres de las niñas nunca respondieron económicamente por sus hijas, por lo que la señora Marcelina Cundumi se caracterizó por ser la única responsable de sus dos hijas.

Así mismo, como se mencionó anteriormente la puesta en prisión domiciliaria de la señora Marcelina Cundumi no implica un riesgo para la comunidad ni para su familia, pues su desempeño en la sociedad ha sido de tal magnitud, que la misma comunidad Negra de San Marcos la nombró como su representante legal en el Consejo Comunitario (**Ver Prueba 1 del escrito principal**).

Finalmente, frente al segundo requisito, se recuerda que la señora Marcelina Cundumi fue condenada por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros en calidad de determinadora, delito que no está exceptuado para el beneficio de casa por cárcel para madres cabeza de familia, pues los delitos exceptuados conforme lo estipula la Ley 750 de 2002⁸ son los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada. Por ello la señora Marcelina Cundumi cumple con los requisitos establecidos en la Ley 750 de 2002, recordando que para la entrada en vigencia de esta norma no estaban regladas las

⁷ La obligación de proporcionar alimentos a los hijos se prolonga hasta los 25 años de edad del alimentario, mientras curse una profesión u oficio, salvo que tenga o le sobrevenga algún impedimento corporal o mental y, por ende, se halle inhabilitado para subsistir de su trabajo, situación en la cual no acaba la obligación (Sentencia de la Corte Constitucional C-875/03).

⁸ **Artículo 1.** “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 o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos”.



exclusiones de beneficios y subrogados penales del artículo 68A de la Ley 500 del 2000 y 314 de la Ley 906 de 2004.

El Despacho en su decisión también hace mención a la sentencia SU-389 de 2005 de la Corte Constitucional, en la que se establecen los siguientes requisitos para conceder la prisión domiciliaria a las madres cabeza de familia:

“(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, pues se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos.

(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 y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre.

(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. En efecto, de conformidad con el parágrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993: “esta condición (la de mujer cabeza de familia y en su caso, la del hombre cabeza de familia) y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto, se causen emolumentos notariales a su cargo”.

Tal como se señalo en la solicitud principal a nombre de a señora Marcelina, en aplicación de los requisitos jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional al caso *sub judice* hay que indicar que: i) la señora Marcelina Cundumi tiene a su cargo su señora madre de 83 años de edad, sus dos hijas de 18 y 22 años, y sus tres sobrinos de 16, 14 y 7 años; ii) la obligación de la señora Marcelina con su señora madre es de carácter permanente, puesto que su madre no cuenta con una pensión o recursos económicos distintos a los otorgados por su hija, además de requerir cuidados médicos especiales por sus diferentes quebrantamientos de salud. Respecto de sus hijas, la obligación con sus hijas es de carácter permanente hasta que sus hijas cumplan 25 años, ya que estas se encuentran estudiando; lo anterior, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁹. Finalmente, frente a sus sobrinos hay que

⁹ La obligación de proporcionar alimentos a los hijos se prolonga hasta los 25 años de edad del alimentario, mientras curse una profesión u oficio, salvo que tenga o le sobrevenga algún impedimento corporal o mental y, por ende, se halle inhabilitado para subsistir de su trabajo, situación en la cual no acaba la obligación (Sentencia de la Corte Constitucional C-875/03).



establecer que si la señora Marcelina no apoya a su sostenimiento, los menores se quedan sin educación, sin alimentos, y sin un lugar de residencia, al ser su tía quien paga su colegio, realiza los mercados y paga la hipoteca del apartamento donde residen los menores, generando así una dependencia casi absoluta de su tía; iii) los padres de las dos hijas de la señora Marcelina Cundumi no han respondido económicamente por sus hijas en ninguna ocasión, tanto así que fue necesario interponer una demanda de alimentos en contra del padre de la hija menor, cuota de alimentos que nunca fue pagada de forma adecuada (**Ver Prueba 11 del escrito principal**); iv) la señora Marcelina Cundumi se hizo cargo económicamente de sus tres sobrinos debido a que su padre falleció y la madre de los menores no cuenta con los recursos suficientes para brindarle una vida digna por lo que se vio en la obligación de acudir a la señora Marcelina para su apoyo; v) ningún miembro de la familia de la señora Marcelina cuenta con la capacidad económica para sostener a su señora madre (ni para cuidar sus diferentes padecimientos de salud), sus dos hijas y sus tres sobrinos, situación que ha sido manifestada ante Notario por los familiares de la señora Marcelina Cundumi (**Ver Prueba 4, 14, 15 y 16 del escrito principal**)

Es de resaltar que de la **visita domiciliaria virtual realizada el 28 de diciembre 2022** al hogar de la señora Marcelina Cundumi Díaz por la trabajadora social, por decisión del juez de ejecución de penas, se extrajeron las siguientes conclusiones que en todo caso soportan la solicitud de prisión domiciliaria por su condición de madre cabeza de familia y el interés superior de proteger a sujetos de especial protección (sus 3 sobrinos y su señora madre) que se encuentran en un estado de indefensión:

1. Que todos los miembros de la familia aceptan *“a la penada MARCELINA CUNDUMI DIAZ en el inmueble, para que termine de pagar el tiempo que le falta en prisión domiciliaria. Sería una gran alegría para toda la familia poder contar nuevamente con ella”*.
2. Que los ingresos familiares *“van desde los Veinte Millones, (\$20.000.000°°) M/L en adelante; sin embargo, estos no son ingresos mensuales, sino que se (SIC) ingresos variables, que depende del número de asesoría de procesos que maneje”*. En este sentido, más del 90% de los ingresos familiares corresponden al trabajo realizado por la señora Marcelina Cundumi, ingresos que son destinados exclusivamente al sostenimiento de la casa.
3. Se estableció que la principal responsable de la manutención de los miembros de la familia y del hogar es la señora Marcelina Cundumi: *“La hija de la penada señalo, que la directamente responsable del cuidado y manutención de la progenitora quien padece de delicados problemas de salud, así como de las hijas y sobrinos, recae en los ingresos que logra la condenada llevando a cabo asesorías jurídicas por lo que sus entradas económicas permiten pagar los gastos de su progenitora, estudio de universidades de sus hijas y de sus sobrinos, además pagar los servicios públicos”*.
4. Que si bien, también *“aporta al área económica la hija Daniela Marcela Perdomo Cundumi”*, estos ingresos no alcanzan a soportar la totalidad de los gastos del hogar, y no cubren ni el 10% de los gastos familiares.



5. Que la señora Marcelina Cundumi sufraga los “*gastos médicos de la progenitora de la penada, así como servicios públicos y alimentación*”.
6. Que en el área personal se destaca el papel fundamental que desarrolla Marcelina Cundumi en la vida diaria de los familiares que dependen de ella:

“En esta área se destaca todos y cada uno de los miembros que conforman y viven en el inmueble relacionado con a penada, ya que pasan por situaciones de vida importantes, de acuerdo al momento cronológico que viven. Es así como la progenitora, las hijas y los sobrinos de la penada, MARCELINA CUNDUMI DÍAZ se han superados y continúan haciéndolo en situaciones relacionadas con su salud, estudio y progreso económico”.

7. Que en lo relativo a la alimentación se destaca la condición de salud de la señora madre de mi defendida en los siguientes términos:

“Caso diferente es el de la progenitora de la condenada, la señora Liboria Díaz Siniestra, de 87 años, quien por su situación médica difícil debe tener una alimentación adecuada, baja en grasa y en azúcares, en la que predomine las verduras, los granos, proteína vegetal como legumbres, frutos secos, soya entre otros, así como ingesta de proteína animal, todo balanceado y en raciones moderadas.

(...)

Sin embargo, la salud de la progenitora de la condenada es muy compleja, ya que desde el año 2020 fue diagnosticada con la enfermedad de Síndrome de Demencia Senil; además de esto, presenta accidente cerebro vascular, es paciente psiquiátrico y no se puede dejar sola porque se puede lastimar y se podría perder con facilidad, pues no recuerda muchas cosas de su vida, no sabría llegar sola de regreso a su vivienda. Para la preparación de los alimentos se acude a una ayudante de cocina dado que los miembros de la familia deben realizar actividades relacionadas con estudio y trabajo y no habría tiempo para prepararle estos alimentos. La progenitora de la penada, también presenta problemas coronarios por lo que debe asistir a citas con cardiología, así como a las de terapia ocupacional”.

8. Que los gastos asumidos por la señora Marcelina Cundumi son sumas bastantes altas, relacionados de la siguiente manera:

*Relación de gastos*

• Sobrina; Sonia Sevillano Vélez (Universidad).....	\$13.000.000 ^{oo}
• Progenitora (Medicinas y otros).....	\$3.500.000 ^{oo}
• Colegios de sobrinos.....	\$760.000 ^{oo}
• Universidad hija Isabella.....	\$10.500.000 ^{oo}
• Alimentación	\$2.000.000 ^{oo}
• Agua y luz.....	\$1.000.000 ^{oo}
• Gas.....	\$70.000 ^{oo}

El valor de las universidades es semestral

Ahora bien, en lo que respecta a las afirmaciones realizadas por el *a quo* frente a que “*las hijas de la condenada son mayores de edad, encontrándose en capacidad laboral productiva como lo señalo Daniela Marcela Perdomo Cundumi, quien indico que aporta económicamente al hogar*” (Ver Auto del 13 de marzo de 2023, pág. 6), se debe indicar que el aporte realizado por Daniela no supe ni en un 90% el aporte que hace su madre, y que sobre su hija Isabella quien tiene 18 años de edad se encuentra estudiando y no tiene un trabajo, recordando que la obligación de los padres es hasta los 25 años, cuando sus hijos se encuentren estudiando. En este punto, se debe recordar que ser mayor de edad no es condición suficiente para sostener una familia conformada por 3 niños menores de edad y un adulto mayor con graves limitaciones físicas y cognitivas.

Así mismo sobre los sobrinos y la madre de mi defendida el Despacho indica erróneamente que “*se observa que tienen una familia extensa, pues como se observa en las documentales aportadas cuenta con 6 hijos (hermanos de la condenada), quienes de conformidad con su obligación legal pueden cumplir con ese deber corresponsabilidad de protección de la señora Liboria Díaz Sinisterra y los menores GSL, SSV y SSV, quienes además cuentan con su madre Ximena*” (Ver Auto del 13 de marzo de 2023, pág. 6). Se debe establecer frente a esta afirmación que en el caso de los tres sobrinos menores de edad si bien cuentan con el cuidado de su madre, esta no puede sufragar de forma exclusiva los gastos de colegiatura, alimentación y vestimenta, razón por la que requiere del apoyo de la señora Marcelina Cundumi, quien ha garantizado que los menores tengan sus necesidades básicas satisfechas.

En el caso de la señora madre de mi defendida se debe precisar que desde hace **más de 25 años** la señora Liboria Díaz vive con su hija, por lo que se ha generado un apego emocional, además al ser paciente psiquiátrica no puede sufrir de emociones y cambios fuertes debido a que sufre de episodios de depresión graves. Adicionalmente, a continuación, se individualizan las razones por las cuales sus otros hijos no pueden hacerse cargo conforme lo indica la señora Marcelina Cundumi:

1. Gerardo Cundumi Díaz: actualmente reside en la ciudad de Bogotá y se encuentra desempleado. Adicionalmente cuenta con muchas deudas y tiene embargado más del 50% de la pensión. A esto se le suma, que debe responder por sus 3 hijos menores de edad. Se destaca que el señor Gerardo no estudió ninguna carrera, es una persona de la tercera edad con 72 años, tiene diferentes complicaciones de salud que lo han llevado a estar hospitalizado en UCI en los últimos meses.



2. Eladio Cundumi Díaz: actualmente se encuentra desempleado, hace aproximadamente dos meses salió del país en busca de otras oportunidades y tiene estatus de migrante en el lugar donde se encuentra. Las razones anteriores dejan en evidencia la imposibilidad de poder cuidar a su señora madre.
3. Miriam Cundumi Díaz: tiene 65 años de edad, presenta varios quebrantos de salud y está desempleada. Actualmente se encuentra en Estados Unidos solicitando refugio porque es víctima de conflicto armado, llegó a este país de forma ilegal.
4. Yolanda Cundumi Díaz: no puede hacerse cargo de su progenitora ya que vive en una zona rural de Buenaventura, y debido a los cuidados médicos que la señora Liboria requiere no puede residir en zona rural. Adicionalmente, es madre cabeza de familia con un sueldo de aproximadamente 2 millones de pesos, con el que sostiene a sus tres hijos. Sumado a esto, la señora Yolanda sufre de artritis y otras enfermedades que le dificultan el cuidado de su madre.
5. María Teresa Cundumi Díaz: actualmente se desempeña como profesora, tiene 2 hijas, es madre cabeza de familia. Es de destacar que la señora María Teresa le paga la universidad a sus dos hijas a través de créditos del icetex, debido a que el sueldo no le alcanza para el pago de las universidades.
6. Luz Emilia Cundumi Díaz: tiene dos hijas, una es menor de edad y la otra estudia medicina. La señora Luz Emilia es madre cabeza de familia, tiene un salario de aproximadamente 2 millones de pesos, dinero con el que sostiene a sus dos hijas pagando arriendo y todos los gastos básicos de su hogar.

En conclusión, encontramos que en la eventualidad de separar a la progenitora, sobrinos e hijos de mi defendida, traería como consecuencia negativa el hallarse en un grave estado de indefensión y vulnerabilidad, especialmente por las condiciones de salud físicas y psicológicas en las que se encuentra la señora Liboria Díaz, al no contar con otro hijo que pueda asumir su cuidado al 100%. Además, no sería conveniente dejar a los tres sobrinos menores de edad en desprotección y desamparo, pues sus necesidades básicas podrían verse desatendidas, no por no contar con su madre, sino por no contar con su tía quien ha brindado en los últimos años el apoyo económico que requieren para estudiar, alimentar y vestirse. Y finalmente, en lo que respecta a sus hijas si bien su hija mayor aporta en el hogar, no puede suplir todos los gastos que sufraga su señora madre respecto de su abuela, primos y hermana.

En consecuencia, el goce de los derechos fundamentales prevalentes de los menores y del adulto mayor, se vería limitado, por lo cual, el sacrificio de ser apartados de su hija y tía respectivamente, no justifica la satisfacción de los intereses de orden justo que se contraponen. Corolario de todo lo anterior, la decisión adoptada en primera instancia deberá revocarse, y en su lugar otorgarse a la condenada el sustituto de la prisión domiciliaria por madre cabeza de familia.

B. Consideraciones respecto de la gravedad de la conducta

En concordancia con lo anterior, según lo establecido por la Corte Constitucional en sentencias C-233 de 2016, T-640 de 2017 y T-265 de 2017, en el examen de la conducta el juez debe abordar el análisis desde las funciones de la pena, sin olvidar su finalidad constitucional de **resocialización**. En este mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia en la



sentencia de tutela STP15806- 2019, Radicado 683606, se refirió a los fines que debe perseguir la pena; de la siguiente manera:

*“(...) la pena no ha sido pensada únicamente para lograr que la sociedad y la víctima castiguen al condenado y que con ello vean sus derechos restituidos, **sino que responde a la finalidad constitucional de la resocialización como garantía de la dignidad humana**”.*

De conformidad con lo anterior, el solo análisis de la modalidad o gravedad de la conducta punible no puede tenerse como motivación suficiente para negar la concesión del subrogado penal. Por el contrario, se ha de entender que tal examen debe afrontarse de cara a la necesidad de cumplir una sanción ya impuesta, por lo que no se trata de un mero y aislado examen de la gravedad de la conducta, sino de un estudio de la personalidad actual y los antecedentes de todo orden del sentenciado, para de esta forma evaluar el proceso de readaptación social.

Es así como el examen de la conducta por la que se emitió condena debe ponderarse con el fin de prevención especial y el de readaptación a la sociedad por parte del sentenciado, pues no de otra forma se cumple con el fin primordial establecido para la sanción privativa de la libertad, que no es otro distinto a la recuperación y reinserción del infractor, tal como lo estipulan los artículos 6° numeral 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10° numeral 3° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, integrados a nuestro ordenamiento interno por virtud del Bloque de Constitucionalidad (*Artículo 93 de la Constitución Nacional*)¹⁰.

Así mismo, se ha reconocido internacionalmente en las “*Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos*” como principio rector la necesidad de que:

*“En el tratamiento no se deberá recalcar el hecho de la exclusión de los reclusos de la sociedad, **sino, por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella. Con ese fin debe recurrirse, en lo posible, a la cooperación de organismos de la comunidad que ayuden al personal del establecimiento en su tarea de rehabilitación social de los reclusos** (...)”¹¹. (Énfasis agregado)*

En este sentido, la prisión debe entenderse como parte de un proceso que no solo busca la sanción penal, sino también que tiene como objetivo principal encaminar a que la persona condenada se prepare para la reinserción social. Siendo así, para el caso de estudio se debe destacar que la prisión domiciliaria garantiza que la señora Marcelina Cundumi siga ejerciendo su labor como defensora de derechos humanos y lideresa social, y que se le de prevalencia al principio resocializador de la pena.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia AP2977-2022. Número de radicado 61471. M.P. Fernando León Bolaños Palacios.

¹¹ Naciones Unidas. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.



Respecto de la gravedad de la conducta el Juez 11 Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad en su decisión del 13 de marzo de 2023 indicó que:

“Acorde con lo expuesto, el despacho con base en las circunstancias de tiempo, modo y lugar tenidas en cuenta para la condena impuesta a Marcelina Cundumi Díaz por el delito de peculado por apropiación, concluye que es de aquellos considerados de elevada entidad, pues se atento contra el erario de la Nación, lesionando los intereses de sus asociados, lo que sin duda genera impacto social, aunado a que la aquí sentenciada a pesar de tener conocimiento de la condena impuesta en su contra, se ha sustraído de la obligación de cumplir la misma, desatendiendo de manera deliberada el requerimiento de la autoridad judicial, de donde no puede llegarse a conclusión distinta a la que no existe garantía de que cumplirá la pena, razón por la que deviene inviable conceder el mecanismo de prisión domiciliaria previsto en la Ley 750 de 2002, pues no reúne las condiciones establecidas en la ley para la procedencia del sustituto”. (Ver Auto del 13 de marzo de 2023, pág. 3 y 4)

Pues bien, se debe indicar que la prisión domiciliaria por ser madre cabeza de familia no se puede circunscribir únicamente a la gravedad de la conducta como infortunadamente lo hace el despacho cuando afirma que *“para la condena impuesta a Marcelina Cundumi Díaz por el delito de peculado por apropiación, concluye que es de aquellos considerados de elevada entidad, pues se atento contra el erario de la Nación, lesionando los intereses de sus asociados, lo que sin duda genera impacto social”*. Más cuando existen providencias de la Corte Suprema de Justicia en las que se ha establecido que para *“la concesión de la libertad condicional, resulta imperioso que el juez valore la conducta por la cual se emitió la condena, no obstante, se insiste, tal examen debe afrontarse de cara a la necesidad de cumplir una sanción ya impuesta, por lo que no se trata de un mero y aislado examen de la gravedad de la conducta, sino de un estudio de la personalidad y los antecedentes de [todo] orden del sentenciado, para de esta forma evaluar su proceso de readaptación social, por lo que en la apreciación de estos factores debe conjugarse el «impacto social que genera la comisión del delito bajo la égida de los fines de la pena, los cuales, para estos efectos, son complementarios, no excluyentes”*¹². (Énfasis agregado)

En el presente caso, el Despacho optó por desconocer el fin resocializador de la pena, y el criterio fijado por la Sala de Casación Penal, para optar por negar la prisión domiciliaria por la condición de madre cabeza de familia basado única y exclusivamente en el tipo de delito y la gravedad de la conducta, con lo que su decisión en forma deliberada estaría desconociendo los precedentes de la Corte Suprema de Justicia que delimitan los parámetros valorativos de la conducta en sede de ejecución de penas al fin resocializador de la pena.

En refuerzo de lo anterior, y como segundo argumento, encontramos la jurisprudencia decantada y pacífica de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de justicia, en la que se menciona que la valoración de la conducta que se realice para efectos de la libertad

¹² CSJ AP4142–2021, 15 sep. 2021, rad. 59888



condicional debe tener en cuenta el fin resocializador de la pena, así como los antecedentes familiares y personales del procesado. Es así, como en la sentencia del 22 de abril de 2020,

Dentro del Rad. 52.620, la Corte sostuvo que:

“En cuanto a los presupuestos subjetivos para evaluar la concesión del subrogado, cifrados, por una parte, en la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado; y por otra, en la consideración de la modalidad y gravedad de la conducta, la jurisprudencia tiene dicho que el sentenciador ha de ponderar o conjugar dichos aspectos, a fin de dictaminar si, en el caso concreto, existe o no necesidad de ejecutar la pena de prisión.

Ninguno de tales criterios funciona como un referente que se auto-justifique para conceder o negar el subrogado. Todos ellos son pautas que, por sí mismas, no implican ningún diagnóstico favorable ni desfavorable sobre la necesidad de la pena. Todos ellos han de sopesarse, según las particularidades del asunto concernido, a fin de diagnosticar, en concreción de las finalidades y funciones de la pena (art. 4o del C.P.), si ésta debe ejecutarse o puede subrogarse.

(...)

De ahí que el estudio de las características individuales del procesado sea esencial para el reconocimiento o no de los mecanismos de sustitución de la pena privativa de la libertad, en tanto están ligados de manera inescindible a las funciones de la pena y al reproche subjetivo que el juez debe hacer dentro de la categoría de la culpabilidad (cfr., entre otras, CSJ SP 22 jun. 2011, rad. 35.943 y SP13989-2017, rad. 47.691).

En la consideración de los requisitos subjetivos aplicables a los subrogados y beneficios se identifica una teleología común, de acuerdo con la cual, superado el factor objetivo, de lo que se trata es de valorar la condición personal del sentenciado, de cara al cumplimiento de la finalidad del instituto y los fines de la pena (CSJ SP2438-2019, rad. 53.651).” (Énfasis agregado)

Ahora bien, los precedentes citados en el caso de mi defendida conllevan a que argumentaciones que partan desde la sola gravedad de la conducta no pueden ser de recibo, porque con ello se desconocería su condición de madre cabeza de familia y además su plena intención de colaborar con la justicia sin desproteger a sus hijas, madre y sobrinos que dependen plenamente de ella.

Por ultimo, y en línea con lo que se ha venido exponiendo, la argumentación del Despacho no tuvo en cuenta los antecedentes familiares de la señora Marcelina Cundumi, pues de haberlo efectuado dentro de los elementos que se esperaría hubiera ponderado estaría: i) el hecho de que la señora madre de 83 años de edad, de la señora Marcelina Cundumi requiere del apoyo y acompañamiento de mi defendida pues es el único familiar que estaría en condiciones de apoyar y velar por ella; ii) sus sobrinos que son huérfanos de padre, si bien



cuentan con su madre, esta no puede cubrir todas sus necesidades como colegiaturas y vestimenta, la cual es soportada por mi defendida; y, iii) sus dos hijas si bien son mayores de edad, una se encuentra estudiando y la otra hija con sus ingresos no logra soportar los gastos de sus familiares.

II. CONSIDERACIONES RESPECTO DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD PRISIÓN DOMICILIARIA COMO PARTE DEL MECANISMO SUSTITUTIVO DE PRISIÓN POR MEDIO DE VIGILANCIA ELECTRÓNICA

Los fenómenos de retroactividad y **ultractividad** de la ley penal, adquieren relevancia cuando estamos frente a una coexistencia de legislaciones penales, en cuyo evento el operador judicial en cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales, está llamado a aplicar la ley permisiva o favorable, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-402 de 1998 indicó que *“Es claro que la modificación o derogación de una norma surte efectos hacia el futuro, salvo el principio de favorabilidad, de tal manera que las situaciones consolidadas bajo el imperio de la legislación objeto de aquélla no pueden sufrir menoscabo. Por tanto, de conformidad con el precepto constitucional, los derechos individuales y concretos que ya se habían radicado en cabeza de una persona no quedan afectados por la nueva normatividad, la cual únicamente podrá aplicarse a las situaciones jurídicas que tengan lugar a partir de su vigencia”*¹³.

Frente a la solicitud de prisión domiciliaria como parte del mecanismos sustitutivo de prisión por medio de vigilancia electrónica el *a quo* se equivoca en sus análisis al afirmar que *“se observa que por provisión expresa de la Ley la penada Marcelina Cundumi Díaz, no puede ser beneficiada por tal sustitutito de la prisión carcelaria por domiciliaría, pues por los delitos por los que fue sentenciada se cometieron en contra de la administración pública”*, aplicando el artículo 3 de la Ley 1453 de 2011 y no el artículo 50 de la Ley 1142 de 2007, desconociendo de esta forma el principio de ultractividad. Pues queda claro que en la solicitud de prisión domiciliaria se hace la solicitud de aplicación de la Ley 1142 del año 2007, la cual estuvo en vigencia hasta el mes de junio del año 2011, y no a la aplicación de la Ley 1453 de 2011.

Se reitera que la Ley 1142 de 2007, en su artículo 50 no contempla en ningún caso el delito de peculado, tal como se observa a continuación:

“ARTÍCULO 50. El Código Penal tendrá un artículo nuevo del siguiente tenor:

Artículo. - Sistemas de vigilancia electrónica como sustitutivos de la prisión. El Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar la utilización de sistemas de vigilancia electrónica durante la ejecución de la pena, como sustitutivos de la prisión, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-402 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz.



1. Que la pena impuesta en la sentencia no supere los ocho (8) años de prisión, excepto si se trata de delitos de genocidio, contra el Derecho Internacional Humanitario, desaparición forzada, secuestro extorsivo, tortura, desplazamiento forzado, tráfico de migrantes, trata de personas, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, extorsión, concierto para delinquir agravado, lavado de activos, terrorismo, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes.

2. Que la persona no haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.

3. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del condenado 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.

4. Que se realice el pago total de la multa.

5. Que sean reparados los daños ocasionados con el delito dentro del término que fije el Juez.

6. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones, las cuales deberán constar en un acta de compromiso:

a) Observar buena conducta;

b) No incurrir en delito o contravención mientras dure la ejecución de la pena;

c) Cumplir con las restricciones a la libertad de locomoción que implique la medida;

d) Comparecer ante quien vigile el cumplimiento de la ejecución de la pena cuando fuere requerido para ello.

El incumplimiento de las obligaciones impuestas en el acta de compromiso dará lugar a la revocatoria de la medida sustitutiva por parte del Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

PARÁGRAFO. Los sistemas de vigilancia electrónica como sustitutivos de la prisión se implementarán gradualmente, dentro de los límites de la respectiva apropiación presupuestal. La gradualidad en la implementación de los sistemas de vigilancia electrónica será establecida por el Ministerio del Interior y de Justicia”.

Es por lo expuesto, que no existe óbice alguno para impedir que la señora Marcelina Cundumi Díaz, sea beneficiada con aquel sustituto penal con base al principio de favorabilidad y la aplicación de la Ley 1142 de 2007, en su artículo 50.



III. SITUACIÓN ACTUAL DE LA SEÑORA MARCELINA CUNDUMI COMO MADRE CABEZA DE FAMILIA Y LIDERESA SOCIAL

La señora Marcelina Cundumi Díaz es madre cabeza de familia, y actualmente responde económica y emocionalmente por sus dos hijas de 22 y 18 años (quienes se encuentran estudiando en la Universidad), sus tres sobrinos de 16, 14 y 7 años (**Ver pruebas 4 y 5 del escrito principal**), y su señora madre de 83 años de edad (**Ver Pruebas 2 y 3 del escrito principal**). Actualmente, la señora Cundumi se encuentra condenada a una pena privativa de la libertad de setenta y cuatro (74) meses de prisión; no obstante, dada su condición de madre cabeza de familia (**Ver Prueba 6 del escrito principal**) y sus múltiples obligaciones con su señora madre, sus hijas y sus sobrinos le ha sido imposible dejar de trabajar para cumplir su pena, toda vez que toda su familia depende económicamente de ella, y sin ese sustento su familia se quedaría sin el mínimo vital.

Es de destacar que la señora Liboria Díaz, madre de la señora Marcelina Cundumi, depende no solo económicamente de su hija, si no también emocional y físicamente, toda vez que la señora Liboria requiere de cuidados las 24 horas del día, cuidados que se resumen en: llevarla al baño, darle de comer y suministrar medicamento, cuidado que la señora Marcelina Cundumi le ha brindado durante los últimos años, cuando no se encuentra la enfermera. Desde hace 22 años, la señora Marcelina Cundumi ha sido madre cabeza de familia (**Ver Prueba 13 del escrito principal**), y nunca ha dejado desamparadas a sus hijas, su señora madre o ningún otro miembro de la familia, tanto así que se hizo responsable de sus 3 sobrinos de edad quienes perdieron su padre (**Ver pruebas 4 y 5 del escrito principal**). La señora Marcelina se encuentra en total disposición de cumplir su pena y colaborar con la justicia (teniendo en cuenta que no registra con antecedente penal alguno previo a este proceso); sin embargo, existe un miedo fehaciente respecto del futuro de su familia, especialmente de su madre, toda vez que la señora Liboria depende de forma absoluta de su hija (física y emocionalmente) y estos cuidados son los que la mantiene en buenas condiciones de vida a su avanzada edad.

Sumado a lo anterior, se resalta que la señora Marcelina Cundumi es lideresa social, defensora de derechos humanos, representante de la comunidad negra y se ha destacado por su ardua labor hacia la comunidad afrodescendiente en actividades como programas de alimentación escolar para niños y niñas; programa de empleo para madres cabeza de familia; apoyo a las víctimas de contaminación por glifosato; representante legal de la comunidad negra de San Marcos; y, representantes de víctimas de violencia, desplazamiento y pobreza ante la OEA (**Ver Prueba 19 del escrito principal**), motivo por el cual ha recibido múltiples amenazas en contra de su vida e integridad personal y la de su familia por parte de grupos armados al margen de la ley (**Ver Pruebas 1 y 6 del escrito principal**), lo que le ha hecho temer por su vida e integridad personal en caso de encontrarse en un centro de reclusión, toda vez que dichas amenazas pueden ser materializadas con mayor facilidad. (**Ver Pruebas 17 y 18 del escrito principal**)

En el presente caso resulta pertinente traer a colación lo establecido por la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias respecto de los riesgos que



sufren las mujeres que participan en la vida pública, toda vez que la señora Marcelina Cundumi se ha destacado por su trabajo para la comunidad:

*“Algunas mujeres que participan en la política pueden estar más expuestas al riesgo de sufrir de violencia por razón de género que otras, entre ellas: **las defensoras de los derechos humanos**; las activistas jóvenes, indígenas, lesbianas, bisexuales, transgénero e intersexuales; **las que son miembros de grupos minoritarios**; y las que expresan opiniones minoritarias, disidentes o “controvertidas”. (Énfasis agregado)*

No obstante lo anterior, la señora Marcelina se encuentra en plena disposición de colaborar con la justicia, por lo que a través del presente memorial acude ante este Despacho para reiterar las solicitudes de prisión domiciliaria por la condición de vulnerabilidad al ser madre cabeza de familia (Ley 750 de 2002).

IV. PRETENSIÓN

Como **PRETENSIÓN PRINCIPAL** se solicita que se reponga la decisión del auto del 13 de marzo de 2023 proferido por este Despacho en la que se niega el beneficio de prisión domiciliaria consagrado en la Ley 750 de 2002 y el artículo 38.A de la Ley 599 de 2000; y en su lugar se le conceda la prisión domiciliaria en armonía con la protección a la madre cabeza de familia y el mecanismo sustitutivo de prisión por medio de vigilancia electrónica a la señora Marcelina Cundumi Díaz.

En caso de que la anterior pretensión sea negada, **SUBSIDIARIAMENTE** solicitamos se remita al *ad quem* en virtud del recurso de apelación para que efectué la correspondiente revocatoria de la decisión del auto del 13 de marzo de 2023 en la que se niega el beneficio de prisión domiciliaria consagrado en la Ley 750 de 2002 y el artículo 38.A de la Ley 599 de 2000; y en su lugar se le conceda la prisión domiciliaria en armonía con la protección a la madre cabeza de familia y el mecanismo sustitutivo de prisión por medio de vigilancia electrónica a la señora Marcelina Cundumi Díaz, ya que en la actualidad se encuentran satisfechos todos los elementos para acceder a la misma.

Del señor Juez,

VÍCTOR MOSQUERA MARÍN.
C.C. No. 80.865.298 de Bogotá.
T.P. No. 194.161 del CS de la J.