REPÚBLICA DE COLOMBIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, dieciocho (18) de febrero de dos mil veinticinco (2025).

Radicado:	**050016000206202481106**
Procesado:	**Juan José Calvache Pinzón**
Delito:	**Fabricación, tráfico o porte de estupefacientes – otro**
Asunto:	**Apelación de Sentencia**
Sentencia:	**No. 1. Aprobada por acta No. 17 de la fecha.**
Decisión:	**Confirma sentencia**

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Se apresta esta Sala a resolver el recurso de apelación promovido por la defensa, en contra de la sentencia del 20 de septiembre de 2024, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Envigado, Antioquia, por medio de la cual y en virtud de un preacuerdo, condenó al señor **Juan José Calvache Pinzón**, por el concurso heterogéneo de conductas punibles de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y destinación ilícita de muebles e inmuebles, imponiéndole una pena de 49 meses y una multa de 667,7 S.M.L.M.V., al año 2024, a su vez que le negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustituto de la prisión domiciliaria.

2. ACONTECER FÁCTICO

Los hechos que dieron origen a esta causa penal acaecieron el 3 de mayo de 2024 en la casa ubicada en la calle 55 A sur 38-130, Torre 2, apartamento 2410 Urbanización Villa Romera Campestre, Etapa 1 del Municipio de Sabaneta, cuando en medio de diligencia de registro y allanamiento, miembros de la Policía Nacional sorprendieron al interior del inmueble a **Juan José Calvache Pinzón** residente del lugar, quien sin permiso de autoridad competente se encontraba almacenando con fines de suministro los siguientes elementos:

- 1 Recipiente de vidrio con una sustancia pulverulenta rosada con características similares al tussi.

- 1Licuadora pequeña color negro.

- 3 Tarros plásticos con saborizantes para alimentos.

- 1Tarro plástico *spray* con liquido rosado.

- 1 gramera.

- 10 pastillas de clonazepam.

- 1 tarro plástico con polvo blanco.

- 4 paquetes de bolsas transparentes con cierre hermético.

- 1 gotero con colorante liquido rosado.

- 171 *stickers* de *Snoopy*

- 2 sartenes.
- 1 colador.
- 1 mortero para triturar.
- 1 cuchara
- 2 cepillos de dientes

Todos estos elementos fueron hallados dentro de un bolso negro en la sala comedor de la vivienda allanada.

Realizada la prueba preliminar homologada a la sustancia incautada esta arrojó como resultado positivo para anfetaminas con un peso neto total de veinte (20) gramos; sustancia ilícita que se encuentran contemplada en los Convenios de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas.

Además, se pudo establecer que **Calvache Pinzón** destinaba ilícitamente el bien inmueble allanado, para almacenar o conservar en él, sin permiso legal, la sustancia estupefaciente incautada, con el fin de suministro.

3. DESARROLLO PROCESAL

El día 5 de mayo de 2024, ante el Juzgado Séptimo Penal Municipal con funciones de garantías de Medellín, se realizaron audiencias preliminares en las que se impartió legalidad al

procedimiento de captura de **Juan José Calvache Pinzón**; acto seguido, el ente acusador formuló imputación al ciudadano por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y destinación ilícita de muebles o inmuebles, imponiéndosele medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en el establecimiento carcelario.

La fiscalía presentó escrito de acusación que fue repartido para la etapa de juicio al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Envigado, Antioquia, despacho que cuando se disponía a celebrar la audiencia de formulaci ón de acusación el 29 de agosto de 2024 fue informado por las partes de la celebración de un preacuerdo, consistente en la ficción para efectos jurídicos de la complicidad y una pena de 49 meses de prisión y multa de 667,7 SMLMV para el 2024.

En esa misma fecha, se impartió aprobación al resultado de la negociación de las partes y se dio paso a la audiencia de individualización de la pena, acto procesal en el que la defensa solicitó se otorgara la prisión domiciliaria a **Calvache Pinzón** por vía de excepción de inconstitucionalidad.

El 20 de septiembre de 2024, se instaló la audiencia de proferimiento de sentencia, impetrándose por la defensa al inicio de esta que se escuchara a su prohijado para referirse a aspectos que no pudo esbozar en la audiencia del articulo 447 procesal, petición que fue negada por la judicatura de primer nivel, quien procedió a emitir el fallo de instancia contra el cual la defensa promovió el recurso de apelación que ahora se resuelve.

4. LA SENTENCIA APELADA

Para los efectos del recurso interpuesto, indicó el fallador de primera instancia que por la expresa prohibición contenida en el canon 68A del C.P. no era viable acceder a la petición de prisión domiciliaria elevada por la defensa del señor **Calvache Pinzón,** sin echar de menos que los hechos por este desplegados estaban revestidos de una suma gravedad.

Frente a la petición de excepción de inconstitucionalidad del contenido prohibitivo del artículo 68A, el juez de primer nivel adujo que el censor nunca explicó la incompatibilidad entre la norma y la Constitución, la norma constitucional que debía prevalecer ni los aspectos fácticos personales del encartado que debían hacer inaplicar esa prohibición en el caso concreto.

Concluyó su análisis indicando que los argumentos de que el maletín no era del procesado y que este era un joven de 23 años sin antecedentes penales, tampoco resultaban suficientes para desligar del tráfico jurídico y para el caso concreto el contenido del canon 68A del C.P.

En consecuencia, denegó el acceso a los beneficios deprecados.

5. DE LA IMPUGNACIÓN

El defensor de **Calvache Pinzón** cuestionó el fallo de primer nivel, bajo los siguientes planteamientos:

1. Señaló el recurrente que existía una violación a garantías fundamentales de su prohijado, en el entendido de que el juez no le permitió ejercer su derecho a la última palabra, al negarle la posibilidad de intervenir en la audiencia de lectura de sentencia para que su asistido se refiriera a asuntos de índole personal que considera impactarían positivamente a la hora de haber estudiado la petición de otorgamiento del beneficio de la prisión domiciliaria.

   Por ello, deprecó que se anulara la actuación hasta la audiencia de lectura para que se le permitiera la respectiva intervención a su prohijado.

2. Indicó el apelante que dadas las características personales del señor **Calvache Pinzón,** esto es, que era un joven universitario que tenía su primer tropiezo con la justicia, la aplicación irreflexiva de la prohibición para otorgar la prisión domiciliaria redundaba en un claro perjuicio para este.

   Anotó que el tratamiento penitenciario en los términos en que fue impuesto por la primera instancia no era lo más recomendable para su prohijado y que si bien le asistía razón a la primera instancia en que sus argumentos no fueron los más extensos, ello no era óbice para que el juez efectuara un análisis de la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la sanción penal impuesta y del modelo de tratamiento penitenciario a elegir.

Culminó señalando que el tratamiento penitenciario no era idóneo para su asistido, máxime cuando no se estaba cumpliendo con los reales objetivos de resocialización, por aquél, por lo que solicitó que se revocara en ese sentido el fallo confutado y se permitiera a **Calvache Pinzón** purgar la pena en su lugar de domicilio.

6. NO RECURRENTES

Los sujetos procesales no recurrentes, guardaron silencio en el término otorgado para ejercer pronunciamiento.

7. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

7.1 Competencia.

Esta Sala de Decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por la defensa en contra de la sentencia del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Envigado, Antioquia (Ant.) en razón de lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

7.2 Del problema jurídico

A tono con las previsiones del artículo 179 y siguientes de la Ley 906 de 2004, estatuto que rige este juzgamiento, la Sala limitará su decisión al punto central y estricto de impugnación y las cuestiones inescindibles a ello, determinando si le asiste la

razón al censor o si por el contrario la sentencia proferida por la funcionaria judicial debe ser confirmada íntegramente.

De conformidad con el escrito que contiene las censuras planteadas por el abogado de **Calvache Pinzón,** encuentra la Sala que debe resolverse un primer aspecto problemático que guarda relación con la legalidad del proceso:

- ¿El no permitir que el procesado tome la palabra en la audiencia de proferimiento de fallo para referirse a aspectos que son propios de la de individualización de la pena, constituye una afrenta al debido proceso que deba ser subsanado por vía de nulidad?

En caso de que la respuesta a dicho interrogante sea negativa, la Magistratura se referirá a un segundo problema jurídico, a saber:

- ¿Resulta admisible aplicar la excepción de inconstitucionalidad situación penitenciaria actual para otorgar beneficios y respecto de la prohibición contenida en el artículo 68A del código penal, teniendo en cuenta las condiciones personales, familiares y sociales del sujeto condenado, así como la subrogados penales?

Para una mejor estructura lógica de la decisión, la Sala abordará cada interrogante en particular.

7.2.1. ¿El no permitir que el procesado tome la palabra en la audiencia de proferimiento de fallo para referirse a aspectos que son propios de la de individualización de la pena, constituye una afrenta al debido proceso que deba ser subsanado por vía de nulidad?

Debe decirse que dentro de la arquitectura propia de la Ley 906 de 2004, se ha traído el tema de las nulidades como un remedio extremo a aplicar en aquellos eventos donde existan insalvables yerros en el procedimiento que den al traste con las garantías fundamentales, en especial las que guardan relación con el derecho de defensa y el debido proceso.[1]

No obstante, para que pueda acudirse al extremo remedio de la anulación de lo actuado, no basta con la mera comprobación de la existencia de la violación al derecho de defensa o al debido proceso, sino que, además, esta debe cumplir con los principios de: *i)* taxatividad, esto es que la irregularidad se encuentre señalada en la ley como causal de nulidad; *(ii)* transcendencia, en el entendido que el acto debió afectar garantías fundamentales de las partes e intervinientes o las bases del proceso mismo; *(iii)* instrumentalidad de las formas, esto es que no cumplió su finalidad o ésta se obtuvo con indefensión; *(iv)* protección, que indica que no puede ser invocada por el sujeto que la produjo, salvo los eventos de falta de defensa técnica; *(v)* convalidación, en punto de la ausencia de ratificación del yerro por la parte perjudicada; y, *(vi)*

[1] ARTÍCULO 457. NULIDAD POR VIOLACIÓN A GARANTÍAS FUNDAMENTALES. Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.

subsidiaridad, esto es que no puede ser subsanado por otro mecanismo procesal[2].

Del caso concreto

Con las anteriores precisiones, procede la Sala a verificar si en la actuación se presentó un yerro que comprometiera la legalidad del proceso y las garantías del señor **Calvache Pinzón.**

Bajo ese planteamiento, encuentra la Magistratura que el defensor del procesado se duele que la judicatura de primer nivel no permitió que este hablara en la audiencia de proferimiento de fallo, con miras a que realizara una exposición de ciertos planteamientos que pudiesen dar más solidez a la petición de excepción de inconstitucionalidad de la prohibición del canon 68A y así poder acceder a la prisión domiciliaria.

Lo primero que debe explicarse es que el proceso penal regido por la Ley 906 de 2004 se gobierna bajo un principio lógico antecedente consecuente y que se caracteriza por la preclusividad de sus actos. Lo anterior indica que no se puede agotar una etapa si no se llevó a cabo la anterior y que está prohibido que se revivan las ya fenecidas, salvo en los eventos en que existan afrentas a las garantías procesales, legales o constitucionales de partes e intervinientes.

[2] Cfr. SP, may. 9/2007, rad. 27022; SP, 29 oct. 2010, rad. 30300; AP1173-2014, 12 mar., rad. 43158; SP5054-2018, nov. 21, rad. 52288, entre otros

En el presente asunto, se tiene que el defensor solicitó que en la audiencia de lectura de sentencia se permitiera a su prohijado que se refiriera a aspectos que solidificarían una petición que era propia de una etapa ya fenecida, tal como lo fue la audiencia de individualización de la pena.

De ese contexto, deviene diáfano que la defensa pretende que se reviva un acto procesal ya fenecido, aduciendo una inexistente violación de garantías fundamentales, dado que el momento procesal oportuno para que el procesado hiciera uso de ese derecho a la última palabra era precisamente en la audiencia de individualización de la pena.

Si se hace uso de la simple lógica procesal, resulta evidente que lo pretendido por el abogado al inicio de la audiencia de proferimiento de fallo resultaba improcedente y debía despacharse de forma negativa, como con acierto lo hizo el *a quo,* pues resultaba inaceptable pervertir el objeto de la diligencia para la que estaban citados y, además, revivir una etapa procesal que ya había precluido.

Así, nítido refulge que la petición de disponer por esta segunda instancia una nulidad de lo actuado deviene improcedente, en tanto no se visualiza una afrenta a garantías fundamentales, ni mucho menos resultaría valido retrotraer lo actuado para que se realice un acto que no sería permitido en la sistemática propia de enjuiciamiento nacional.

En consecuencia, esta primera censura no prospera.

7.2.2 ¿Resulta admisible aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de la prohibición contenida en el artículo 68A del código penal, teniendo en cuenta las condiciones personales, familiares y sociales del sujeto condenado, así como la situación penitenciaria actual para otorgar beneficios y subrogados penales?

De conformidad con el articulo 4 de la Constitución Nacional, ese cuerpo normativo ostenta la calidad de "norma de normas", lo que implica que el restante de disposiciones que integran el ordenamiento jurídico local debe guardar armonía con la misma, por lo que en tal canon se advierte de manera categórica y rotunda que en los eventos donde exista una incompatibilidad entre la Carta Política y la ley u otra norma jurídica, se le dará aplicabilidad a aquella. Es lo que se conoce como excepción de inconstitucionalidad.

En efecto, en ocasiones existen leyes que contrarían abiertamente los principios básicos de la Constitución y los derechos fundamentales en ella contenidos, pero que hasta ese momento no han sido objeto de estudio de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional (control concentrado de constitucionalidad). En estas situaciones se dotó a los funcionarios judiciales de un control difuso de constitucionalidad que permite la inaplicación de ciertos preceptos normativos para el caso en concreto que van en franca contravía con la normativa constitucional.

Al respecto de esta herramienta de control, la Corte Constitucional[3] ha señalado que:

> La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que "*La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales…*". Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución.
>
> 2.2 De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o *ex officio* por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son *inter partes,* solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución.

[3] Sentencia C – 122 de 2011.

Así las cosas, ese artículo 4 superior faculta a los servidores públicos o a los particulares para dejar de aplicar determinada norma vigente en el ordenamiento jurídico por considerarse que sus efectos, en un caso concreto, serían contradictorios a los mandatos constitucionales, siendo ella un verdadero mecanismo de control difuso en materia constitucional, que puede efectuarse a solicitud de parte o de manera oficiosa.

Por la forma como está diseñado este mecanismo constitucional, se sostiene que la inaplicación por control difuso no es un control definitivo de constitucionalidad de la norma en cuestión ni tiene efectos *erga omnes,* pues tal facultad es del resorte exclusivo de la Corte Constitucional en ejercicio del control concentrado y general que la Constitución le asigna en virtud del artículo 243 Superior.

Así las cosas, la excepción de inconstitucionalidad es un control *ad hoc*, lo que implica, además, que no hay lugar al mismo si la Corte Constitucional ya se pronunció concretamente sobre el exequibilidad de la norma en cuestión.

Ahora bien, cuando dicha solicitud de inaplicación es promovida por una de las partes en el proceso, esta tiene el deber mínimo de presentar de la manera más adecuada posible los argumentos que le asisten para afirmar que una norma es contraria a la Carta Política, debiendo indicarse de manera precisa los preceptos constitucionales que resultan transgredidos por la aplicación de la norma de inferior

jerarquía.[4] Por ello, no basta simplemente con enunciar de manera genérica que se está incurriendo en una afrenta a la normativa constitucional sino que, por el contrario, debe efectuarse un análisis sesudo y completo que indique en qué aspectos la norma legal afrenta al ordenamiento constitucional.

Del caso concreto

El señor **Juan José Calvache Pinzón** fue condenado, por vía de preacuerdo, por los delitos de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes y destinación ilícita de inmuebles o muebles a la pena de prisión de 49 meses y multa de 667,7 SMLMV para el año 2024.

Como petición inicial, la defensa solicitó que dadas las características especiales de su prohijado, se debía inaplicar la prohibición contenida en el artículo 68A del C.P. para permitirle purgar la pena en su domicilio, ya que no era conveniente remitirlo a una prisión por el estado de cosas inconstitucionales de las cárceles en el país, lo cual contrariaría su dignidad humana.

El *a quo* al negar la prisión domiciliaria, consideró que no se había cumplido por el peticionario con la carga argumentativa que se requería para dar curso favorable al control difuso de constitucionalidad de la prohibición requerida.

[4] Cfr. Sentencia T-249 de 2006.

Tal posición no fue compartida por la defensa, quien reiteró en la apelación las calidades de su asistido y el error en que se incurría al no otorgarle la domiciliaria, recalcando el impacto negativo que tendría la reclusión formal en su prohijado como delincuente primario.

La Sala advierte, al rompe, que, tal como lo hizo notar el juez de primer nivel, al analizarse los planteamientos esgrimidos por el recurrente en sus intervenciones, los mismos adolecen de una mínima argumentación adecuada que permita identificar cuál es el motivo de inconstitucionalidad de la prohibición en el artículo 68A del C.P., pues la defensa en vez de desarrollar una exposición tendiente a poner de relieve en que consistía la contrariedad manifiesta entre esta norma y el articulado constitucional, se limitó a señalar cuestiones inatinentes al asunto, como las calidades humanas de su procesado y las afecciones que se podían derivar de su reclusión formal, aspectos que de ninguna manera son suficientes ni adecuadas para sacar del tráfico jurídico la norma en comento para el caso concreto.

En segundo lugar, encuentra la Sala que tampoco es dable acudir a la inaplicación de la norma por vía de excepción de inconstitucionalidad en este asunto, por cuanto la prohibición en comento es la expresión legítima de una medida de política criminal que es del resorte del Congreso de la República, que atiende a los principios de necesidad, proporcionalidad y adecuación para la lucha contra las más graves expresiones delincuenciales que aquejan al país. Es así como el Legislador basado en su facultad de libre configuración en materia de

política criminal, ha efectuado distintas modificaciones al precepto normativo original del 68A a través de los artículos 28 de la Ley 1453 de 2011, 13 de la Ley 1474 de 2011 y, finalmente, 32 de la Ley 1709 de 2014, enlistando una serie de comportamientos exceptuados de subrogados y beneficios, dentro de los cuales se encuentra el reato de tráfico de estupefacientes.

Esta inclusión de este tipo de delitos, no fue producto de un acto caprichoso del legislador sino que, en consonancia con la necesidad de controlar la proliferación de estas de conductas criminales, dado el acto impacto social que estos reatos representan, consideró necesario prohibir la concesión de ciertos beneficios punitivos a las personas incursas en ellos, lo cual es ajustado a la Constitución por ser una manifestación de su poder de configuración legislativa en materia de política criminal que, de otra parte, tampoco se ve que atente contra principios como el de proporcionalidad y necesidad.

En tercer lugar, encuentra la Sala que los planteamientos efectuados por el censor a lo largo de sus intervenciones constituyen argumentos que tocan con aspectos de humanidad e inconveniencia con relación a la norma prohibitiva, los cuales resultan insuficientes para dar lugar a la aplicación de una excepción de inconstitucionalidad del canon 68A del código penal y acceder a su pretensión de sustitución de la modalidad de ejecución de la pena en favor de su defendido, toda vez que se echó de menos, y tal como se señaló en líneas precedentes, un análisis sesudo y completo de la existencia de una supuesta

contrariedad manifiesta entre la norma prohibitiva en comento y el articulado constitucional.

La conclusión que deviene del anterior análisis, no puede ser otra que la inexistencia de un motivo plausible que permita visualizar la contrariedad de las prohibiciones contenidas en el 68A sustantivo con la Constitución y que ello conlleve a su inaplicación en los términos solicitados por la defensa.

Por lo tanto, le asiste razón a la juez de instancia al no concederle a **Juan José Calvache Pinzón**, la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria, por lo que se confirmará la sentencia objeto de apelación.

Finalmente se advierte al recurrente que, aunque esta Sala de Decisión no es ajena al problema de hacinamiento carcelario y las dificultades que se presentan para el cumplimiento de los fines constitucionales y legales de la pena, también tiene claro que no le es dable a los jueces desconocer el principio de legalidad de las sanciones que resultan de la infracción a la ley penal, ni dejarse de aplicar una norma de la cual no se avizora una afrenta o contradicción frente a la Carta Política, en razón de solo apreciaciones de inconveniencia para un caso en concreto, peor aún cuando las mismas no han sido tenidas en cuenta por el legislador.

En consecuencia, la Sala de Decisión Penal del **Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución,

9. RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE la sentencia del 20 de septiembre de 2024 proferida por el Juez Segundo Penal del Circuito de Envigado, que negó al señor **Juan José Calvache Pinzón** la prisión domiciliaria, por lo expuesto en la parte motiva.

Segundo: La presente decisión es susceptible del recurso de casación en los términos de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado

JEANNETTE LUCÍA NOVOA MONTOYA
Magistrada

LUIS ORLANDO PALOMÁ PARRA
Magistrado

Firmado Por:

Leonardo Efrain Ceron Eraso
Magistrado

Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jeannette Lucia Novoa Montoya
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Luis Orlando Paloma Parra
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12
Código de verificación:
1824f660ea6cf384b4fc5f367ae974b1183abc6f32278bd33291f2c5401d4338
Documento generado en 18/02/2025 03:37:32 PM
Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica