



SALA PENAL

Medellín, miércoles veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Aprobado en la fecha, acta Nro. 129

Sentencia de segunda instancia Nro. 32

Radicado: 05-360-60-08839-2021-00030

Acusado: Mariana Echeverri Toro

Delito: Tráfico, fabricación, porte estupefacientes agravado

Magistrado ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Lectura: jueves 25 de agosto de 2022. Hora: 02:10 p.m.

Decide la Sala el recurso vertical de apelación interpuesto por la defensa de MARIANA ECHEVERRI TORO, contra la sentencia proferida vía preacuerdo por la Juez Segunda Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia, el 27 de julio de 2022, contra la acusada dentro del proceso que se le adelantara por el delito de tráfico, fabricación, porte de estupefacientes agravado, siendo motivo de inconformidad la negativa de la prisión domiciliaria.

EPÍTOME FÁCTICO

Los hechos que nos convocan ocurrieron el 13 de noviembre de 2021, a eso de las 08:30 horas, cuando MARIANA ECHEVERRI TORO se disponía a ingresar al patio número 5 de la Cárcel y Penitenciaria con Alta y Mediana Seguridad de La Paz, con el propósito de visitar al recluso Jefferson Puerta Vásquez, siendo abordada por uno de los caninos destinados a la detección de estupefacientes que inmediato emitió señal positiva para narcóticos. Al ser requerida por la guardia de turno manifestó de manera espontánea y voluntaria que al interior de la vagina llevaba estupefacientes, por lo tanto, fue conducida a un recinto

aislado, extrajo un objeto cilíndrico con envoltura de aluminio que a su vez contenía sustancia vegetal color verde con características similares al cannabis, por lo que en consecuencia fue puesta a disposición de la Fiscalía para su respectiva judicialización y el material incautado fue sometido a experticia técnica, arrojando a través de la prueba preliminar homologada positivo para cannabis y sus derivados con un peso neto de veintiocho punto tres (28.3) gramos.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 14 de noviembre de 2021, el Juzgado Tercero Penal Municipal de Medellín, Antioquia, declaró legal la captura de ECHEVERRI TORO, a quien la Fiscalía le imputó el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, consagrado en los artículos 376 inciso 2º y 384 numeral 1º literal b) del C. Penal, en calidad de autora, verbo rector suministrar, sin aceptación de cargos y con imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad en el domicilio.

2. Por su parte la Fiscalía radicó el escrito de acusación el 13 de diciembre de 2021 y, cuando se iba a llevar a cabo la audiencia de formulación de acusación el 25 de enero de 2022, el delegado del ente persecutor informó que se había llegado a un acuerdo que consiste en que la procesada aceptaba su responsabilidad por el delito enrostrado, a cambio de que, para efectos de obtener una rebaja de la pena, se le degradara el grado de participación de autora a cómplice conforme al artículo 30 del Estatuto Represor como único beneficio, pactando que finalmente soportaría una pena de 54 meses de prisión; sin pronunciamiento respecto de subrogados y beneficios penales.

3. El conocimiento del asunto le correspondió por reparto a la Juez Segunda Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia, quien avaló los términos del consenso estimando en la sentencia emitida bajo los precisos términos estipulados por las partes, que la acusada no tenía derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni a la prisión domiciliaria de que trata el art. 38 del C. Penal.

*3. El fallo condenatorio fue leído el 14 de julio de 2022, ordenando la primera instancia consecuentemente con lo visto en antelación el traslado de **la***

condenado ECHEVERRI TORO a centro penitenciario para el descuento efectivo de la pena aflictiva de la libertad de locomoción.

4. La anterior decisión dejó inconforme a la defensa de la condenada, cuyo letrado interpuso y sustentó el recurso vertical de apelación dentro del término legal y por escrito, correspondiéndole a esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín resolver la alzada así interpuesta.

DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Agotado el respectivo control de legalidad de la actuación, una vez verificada la existencia de un mínimo de prueba para condenar y aprobado los términos del preacuerdo y lo que hace a la manifestación de voluntad de la inculpada, para lo que nos interesa, es claro que la funcionaria de primer grado procedió a emitir fallo de condena negando la prisión domiciliaria prevista en el art. 38 del C. Penal y que fuera solicitada por el defensor de la sentenciada.

Lo anterior con base en las enseñanzas de la jurisprudencia especializada conforme a las cuales, en la modalidad de preacuerdo consistente en la readecuación de la calificación jurídica con el fin de disminuir el monto de la pena, refiere exclusivamente al monto de la misma, por lo que, en tal sentido, la punibilidad abstracta es la analizada al momento de conceder los sustitutos de la prisión intramural, es decir, se verifica el tipo penal imputado y acusado, no las ficciones que se tienen en cuenta para preacordar.

Así las cosas, advierte que el acuerdo ceñido a la tipicidad plena en virtud del principio de legalidad de conformidad con los hechos relevantes y la tipificación de la conducta, exigen que en tal sentido se analice el otorgamiento de los sustitutos de la prisión intramural; concluyendo que la pena única del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, agravado, es de ciento (108) meses de prisión (09 años). De esta manera no encuentra satisfecho el primer requisito objetivo que demanda el art. 38B del C. Penal, porque en el caso de la especie se sobrepasa la pena mínima prevista en la ley de ocho (08) años, a lo que se sumaría la expresa prohibición de conceder este tipo de mecanismos alternativos a quienes como la acusada incurren en el delitos como el de tráfico fabricación o porte de estupefacientes y otras infracciones, es decir, en vista de

expresa prohibición legal del inc. 2° del art. 68A del Estatuto Represor, estimando insuficientes para los efectos vistos el que tal como lo alega la defensa de la procesada, esta se encuentre estudiando una carrera, cuente con arraigo social y familiar, y carezca de antecedentes penales, aunado a su propósito de enmendar sus actos y buen comportamiento durante la ejecución de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

La defensa técnica de la acusada interpone el recurso vertical de apelación el cual sustenta de forma escrita y en el término de ley, insistiendo en que los jueces y todos los operadores jurídicos deben analizar la aplicación de la norma a la luz del caso concreto, y no haciendo una aplicación exegética de la norma, sin observar el impacto de la medida, las circunstancias que rodean el hecho y la calidad de persona sobre la que pesaran las sanciones, insistiendo entonces en que su patrocinada carece de antecedentes penales, es estudiante universitaria, miembro activa de la junta de acción comunal, y durante los 9 meses de detección domiciliaria observó una excelente conducta, sin reportes negativos al respecto, para lo cual adjunta los certificados que estima pertinentes.

Con base entonces en el principio de necesidad de la pena, pues considera que no basta con observar lo dispuesto en el artículo 38B del C. Penal, y la judicatura debe analizar el concreto caso aquí ventilado, el cual da cuenta del arraigo social y familiar de la detenida, por ende, que el principio de necesidad de la pena no se cumple, pues la procesada no significa un peligro para la sociedad, no existen indicios de que quiera evadir la justicia, cuando no lo ha hecho en nueve meses de detención, y ,además, es una estudiante y líder comunitaria, aunado a lo pequeña de la dosis de sustancia incautada, la cual no estaba destinada a la distribución o comercio, y solo supera por muy poco la dosis mínima establecida por la ley 30 de 1986 numeral 2do literal j, y que su conducta no puso en peligro concreto la salud pública con el porte de una cantidad mínima de marihuana, siendo estos en esencia los fundamentos por los que depreca que se le conceda el mecanismo alternativo de la prisión domiciliaria a su patrocinada.

CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER

La competencia de la Sala se restringe en esta oportunidad, en atención al factor funcional y de acuerdo con lo señalado en los artículos 20 y 33.1 de la Ley 906 de 2004, a decidir sobre los pedimentos elevados por el recurrente, y aquellos aspectos que sean inescindibles al tema objeto de impugnación, así mismo, los atinentes a la garantía de los derechos fundamentales de las partes y demás sujetos procesales.

Huelga señalar además que en la presente actuación observa este cuerpo colegiado que concurren los presupuestos procesales y materiales para emitir pronunciamiento de fondo, sin que se avizore la presencia de irregularidades que puedan afectar la validez de lo actuado, a lo que se suma que no se puede agravar en esta instancia la situación de la acusada como quiera que su defensa técnica actúa como único apelante, ello, en atención a la garantía consagrada en el inc. 2° del canon 31 de la Carta e inc. 2° del canon 20 del Estatuto Procedimental Penal.

En consecuencia, la Sala limitará su actuar dentro del estricto marco de su competencia, esto es, analizará lo referente a la inconformidad planteada por el letrado en torno a la negación de la prisión domiciliaria de que trata el art. 38 del C. Penal a su patrocinada, y que estima la funcionaria de primer grado debe estudiarse a la luz de la tipicidad material.

De acuerdo a la problemática propuesta por el censor y como acostumbra en este tipo de casos, resulta oportuno indicar que dada la especial relación de sujeción que se presenta entre las personas privadas de la libertad y el Estado, es sabido que aquellas deben soportar algunas limitaciones en sus derechos; sin embargo, existen algunos que dado su carácter de fundamental no pueden sufrir restricciones en su ejercicio, ni siquiera en las condiciones que soportan los reclusos derivadas de las especiales relaciones jurídicas de sujeción respecto de las autoridades carcelarias y penitenciarias.

Entre los derechos que pueden sufrir restricciones se encuentra el de la libertad personal. Así, a voces del art. 296 de la Ley 906 de 2004, podrá ser afectada dentro de la actuación procesal, a través de las medidas de aseguramiento,

cuando sea necesario para evitar la obstrucción de la justicia, asegurar la comparecencia del imputado al proceso o proteger a la comunidad y las víctimas.

Obviamente, huelga decirlo, también para el cumplimiento de la pena de prisión que finalmente le sea impuesta al procesado que resiste el poder punitivo estatal y las drásticas consecuencias que devienen de la imposición de penas y sanciones penales, principalmente de aquellas restrictivas de la libertad de locomoción.

Ahora bien, para lo que nos convoca, es claro que a la luz de los criterios que gobiernan la interpretación jurídica, así como el querer del legislador que se evidencia en el contenido del art. 68A del C. Penal. Modificado por el art. 32 de la Ley 1709/14, y las particularidades del caso bajo escrutinio, ninguna otra decisión podía haber adoptado la juez de conocimiento distinta a la de negar la concesión de la prisión domiciliar que consagra el art. 38 del Estatuto Represor a ECHEVERRI TORO, por existir expresa prohibición legal aplicable al sub examine.

En efecto el mencionado dispositivo legal es del siguiente tenor literal:

“Artículo 68A. Exclusión de los beneficios y subrogados penales. No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliar como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tampoco quienes hayan sido condenados por... **delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones**” (Negrilla de la Sala).

En el orden que se viene discutiendo cabe destacar que el art. 38B de la Ley 599 de 2000, Adicionado por el art. 23 de la Ley 1709/14, contempla los siguientes requisitos para el reconocimiento de la prisión domiciliar de que trata el mencionado canon 38 del Estatuto Punitivo.

Entre otros, el referido dispositivo legal contempla como requisito de carácter objetivo el siguiente:

“1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.”

Como se puede apreciar la pena a la que se refiere el numeral 1° de la normativa en cita hace alusión a la aquella mínima fijada en abstracto por el legislador penal, no a la que finalmente y con base en los términos del preacuerdo termina cumpliendo el sujeto activo de la criminalidad investigada.

Es decir, que en este artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, se indica en forma expresa que no se concederán: la suspensión de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión en centro penitenciario; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, para quienes hayan sido condenados por delitos, entre otros, de tráfico de estupefacientes.

Bajo estas claras y contundentes premisas, surge nítido que la procesada no se hace merecedora de la prisión domiciliaria, en la modalidad prevista en el canon 38 del C. Penal, pues no cumple con uno de los presupuestos exigidos por el canon 38B ibíd., toda vez que la pena mínima para el delito por el que se dictó sentencia no solo supera los ocho años de prisión, a lo que se suma que dicha ilicitud se encuentra enlistada en el inciso segundo del modificado artículo 68A del C. Penal, y a nuestro entender no es posible obviar tal literalidad, en la que se observa que el legislador fue cuidadoso al introducir el listado de delitos que pretendía excluir de los sustitutos y beneficios penales, aludiendo en algunos casos al bien jurídico protegido, en otros al objeto material sobre el que recaen, o de manera simple al nombre del delito; entendiendo la Sala que al establecer con tal rigurosidad y precisión el aspecto visto, pretendió que el operador jurídico sencillamente respetara su tenor literal.

Y es que basta reparar en que el creador de la Ley 1709 de 2014, al regular las prohibiciones, trató de ser claro y obvio, excluyendo de la posibilidad de permitir el descuento de la pena privativa de la libertad, gozando de la suspensión condicional o en el lugar de residencia a quienes hayan sido condenados, entre otros, por delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes. Bajo tal literalidad, la Sala puede afirmar sin dubitación alguna que el querer del legislador al modificar el artículo 68A de la Ley 599 de 2000 fue negar en

adelante cualquier posibilidad de sustitutivos penales o beneficios a quienes resulten condenados por ciertas ilicitudes que en su criterio revisten una especial connotación, y como tal sus autores o partícipes se hacen merecedores del tratamiento negativo, es el caso, se insiste, del reato contra la salud pública.

Así las cosas, al tenor del principio general de interpretación jurídica según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde hacerlo al intérprete y cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su contenido literal, so pretexto de consultar su espíritu, no resulta jurídicamente viable acudir a otros criterios que contrarían el texto mismo del artículo bajo análisis, cuya literalidad no establece tal diferenciación.

En otras palabras, si el legislador no exceptuó la concesión del aludido mecanismo alternativo a otros condicionamientos diferentes a la literalidad de la norma bajo escrutinio, el juez, ni mucho menos esta Sala están facultados para hacerlo.

Teniendo claro entonces que dentro de la prohibición del artículo 68A del Estatuto Represor se encuentran la ilicitud por la cual la acusada aceptó cargos; que se trata de una norma clara y plenamente vigente que hasta la fecha no ha sido alterada ni modificada por parte del mismo legislador ni por la Corte Constitucional, reitera la Magistratura que mal haría en darle una interpretación diferente a su tenor literal bajo principios que si bien son válidos, solo es viable acudir a ellos cuando el contenido de la disposición es oscuro, anfibológico o vago, o cuando su aplicación vaya en contravía del sistema o de la finalidad para la cual fue creada, traiga consecuencias no queridas, la respuesta que brinde no sea razonable, no regule el caso particular o simplemente sea abiertamente contradictoria con las normas constitucionales.

Mientras estos últimos eventos no se presenten, no acudirá la Sala a principios y reglas para interpretar una norma suficientemente clara, expresa y exigible, pues tal asunto, al igual que su correspondencia con el espíritu de la Ley 1709 de 2014, son temas que deben ser analizados por la Corte Constitucional a través del control propio de constitucionalidad de las leyes.

Sobre este aspecto, si bien no desconoce la Sala que la Ley en mención fue producto de una de las medidas diseñadas por el Gobierno Nacional para hacer frente a la crisis del sistema penitenciario y carcelario, lo cierto es que pese a ello, consagró unas prohibiciones expresas para la concesión de los sustitutos penales o mecanismos alternativos en razón a la naturaleza del delito, introduciendo con ello un nuevo requisito u exigencia de ineludible observancia, sin que exista ningún presupuesto para la inaplicación de una norma plenamente vigente en el ordenamiento jurídico, con mayores veras cuando tampoco se observa la necesidad de dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 4º de la Constitución Política, pues no se advierte que en el caso concreto, de manera ostensible se contraríe un precepto superior.

Ahora, realizadas las precisiones frente a la expresa prohibición legal consagrada desde la función legislativa en el marco de su poder de configuración normativa, resta por significar que la normativa que consagra los requisitos legales para la concesión de la prisión domiciliaria, art. 38B de la obra sustantiva en materia penal, es clara en cuanto a que una vez superado el tamiz objetivo, siempre y cuando el reato no se encuentre en el listado taxativo del inc. 2º del canon 68A de la misma obra, se pasará a analizar si se cumplen los demás requisitos que exige el dispositivo en mención, y como viene de verse, es claro que este no es el caso.

Tampoco se demostró que la condenada sea madre cabeza de familia, circunstancia que se analiza para determinar la viabilidad de la conexión del aludido mecanismo, a favor, claro está y fundamentalmente de los hijos menores o discapacitados¹ y de personas dependientes del condenado que no puedan valerse por sí mismo. Huelga señalar que la conceptualización que desde la jurisprudencia se ha creado en torno a la madre cabeza de familia, se hace extensiva al padre que se encuentre en la misma situación y cumpla con todos los requisitos para el efecto.

Para terminar de despejar los temas tocados por el censor, resta por significar que ninguno de los argumentos esbozados por el letrado resultan suficientes para inaplicar la normativa bajo análisis, y de acceder esta judicatura a su

¹ Sobre este tema ver: artículo 1 de la Ley 750 de 2.002; artículos 2 y 10 de la ley 82 e 1993; artículo 1º de la ley 1232 de 2.008; Corte Constitucional en sentencia SU-388 de 2005

pedimento se estaría transgrediendo flagrantemente el principio de legalidad en materia penal, pues como bien lo refiere la funcionaria de primer grado, no basta simplemente con que la procesada se encuentre estudiando, sea una líder comunitaria, carezca de antecedentes penales, y haya presentado buen comportamiento durante el cumplimiento de la medida de aseguramiento de detención en su domicilio para acceder al mecanismo alternativo aquí escrutado, cuando en el concreto caso sencillamente no se cumple con el factor objetivo que demanda la ley, a lo que se suma que de cara a la conducta punible por la que la inculpada aceptó cargos existe expresa prohibición legal para conceder, entre otros, la prisión domiciliaria consagrada en el art. 38 del Estatuto Represor.

Despejados así los temas de inconformidad, sin encontrar vocación de prosperidad en las razones expuestas en la censura, habrá de confirmarse en su integridad el proveído atacado por la defensa de la acusada, quién en consecuencia deberá descontar en centro de reclusión la pena privativa de la libertad impuesta por la funcionario de primera instancia.

Sin necesidad de mayores elucubraciones sobre el particular, una vez resueltos los puntos planteados en la impugnación se confirmará en su integridad el fallo apelado.

*En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

RESUELVE:

CONFIRMAR en su integridad el fallo condenatorio impugnado en el caso del rubro, acorde a los motivos expuestos en la parte considerativa de esta decisión.

SEGUNDO: *Contra esta decisión cuya notificación se realiza en estrados procede el recurso de casación, el cual debe interponerse dentro del término de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la misma.*

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello
Radicación: 05-360-60-08839-2021-00030
Acusada: Mariana Echeverri Toro
Delito: Tráfico de estupefacientes agravado

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados²,



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO


Scanned with CamScanner

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ


JOSE IGNACIO SANCHEZ CALLE
Magistrado

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

² El presente proveído se suscribe de conformidad con lo previsto en el art. 11 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la “firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas”.