



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Acusatorio anticipado: 2021-02650.

Aprobado mediante acta 51

Medellín, marzo veintiocho (28) de dos mil veintitrés (2023).

Se resuelve sobre la admisibilidad del recurso de apelación presentado por el defensor contra la sentencia dictada por vía anticipada el pasado 31 de agosto por el Juez Veintiocho Penal del Circuito de Medellín, mediante la cual condenó a **Juan Guillermo Garcés López** como autor del delito de concierto para delinquir agravado.

ANTECEDENTES

1. La sentencia.

En audiencia realizada el 30 de noviembre de 2021, ante la Juez Treinta y Ocho Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín, se le formuló imputación a **Juan**

Guillermo Garcés López por la conducta delictiva de concierto para delinquir agravado, en calidad de autor, descrita en el artículo 340 inciso 4 del Código Penal, cargo al que se allanó el procesado, respecto de los siguientes hechos descritos en la sentencia:

Desde el año 2018 se tiene conocimiento de la existencia de una pluralidad de personas quienes de forma organizada vienen acordando el ingreso y distribución de mercancía de contrabando al país, licor y cigarrillos, en diversas modalidades como la introducción por lugares no habilitados de acuerdo a la normativa aduanera vigente así como su ocultamiento de la intervención y control aduanero principalmente desde la zona de Urabá y el Municipio de Moñitos Córdoba a través de diferentes modalidades entre las que se incluyen el ofrecimiento de beneficios a servidores públicos con el fin de omitir sus funciones de control.

Concretamente, la función de JUAN GUILLERMO GARCÉS LÓPEZ dentro de la organización consistía en que valiéndose de su actividad como conductor de bus de servicio público de la empresa SOTRAURABA transportaba, en ocasiones, en caletas destinadas para ello dentro de los vehículos, la mercancía de contrabando desde el Urabá y hasta Medellín. Ocasionalmente, se encargaba de regresar el dinero pagado por ellas, entregándoselo a LUIS ALBERTO LUNA GALLEGOS en cercanías al terminal del norte de Medellín persona del engranaje de la empresa criminal que se encarga de entregar la mercancía a otros miembros para su distribución.

Repartida esta actuación al juzgado de conocimiento, se fijó audiencia para el 13 de julio de 2022, en la que se concedió traslado a las partes para que se pronunciaran acerca de las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir

y antecedentes del procesado, conforme lo establece el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, en la que, en lo que nos interesa resaltar, el defensor aludió a que su representado siempre ha actuado correctamente, colaboró con la administración de justicia y espera se le concedan algunos beneficios, es un padre de familia de dos hijos menores que están estudiando, reside en un barrio popular, tiene un carro que está pagando y cuatro deudas en diferentes bancos "*bastante grandes*", por lo que necesitaba trabajar.

También indicó que el imputado ha tenido bastantes inconvenientes (el año pasado tuvo "*un volcamiento*" y se le ha dañado varias veces el motor), "*por lo tanto él necesita trabajar para poder cumplir con esos compromisos porque el carro lo está pagando y fuera de eso pues los hijos estudiando, menores de edad, no tienen más recursos, y realmente él quiere tener una efectiva resocialización...*", por lo que solicitó "*el beneficio de la suspensión de la pena contemplado en el artículo 63 del Código Penal, y el artículo 473 del Código de Procedimiento Penal (sic)*". Se aportaron varios extractos de tarjeta crédito, de préstamos bancarios, de cuenta corriente, entre otros créditos; y el registro civil de nacimiento de dos menores.

El 31 de agosto posterior, se condenó al señor **Garcés López** a la pena principal de 36 meses de prisión y multa de 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos, e igual término de inhabilitación en el ejercicio

de derechos y funciones públicas. Asimismo, se negaron los mecanismos sustitutivos del encarcelamiento por prohibición legal expresa del artículo 68 A del Código Penal, por tratarse del delito de concierto para delinquir agravado, relacionado en la norma.

2. La apelación.

El actual defensor solicitó a esta instancia se modifique la sentencia *“en el sentido que sea concedida la suspensión condicional de la pena conforme el inciso 3º del artículo 68A de la Ley 599 de 2000 con remisión expresa al artículo 314 numeral 5 de la Ley 906 de 2004”*.

Argumentó que en el respectivo traslado a las partes *“del artículo 447”*, se expuso que el procesado ***“tiene dos hijos y una nieta que dependían económicamente de él (Juan Esteban Garcés Vasquez, Jennifer Garcés Vasquez y la nieta Maria Antonia Garcés Rodriguez), vive en un barrio popular y solo cuenta con un carro pequeño, desempeñándose como transportador, además, tiene cuatro créditos con entidades bancarias por lo que necesita seguir trabajando para solventar sus necesidades y las de su familia. Circunstancia que acredita el padre cabeza de familia”***, no obstante, el Juez no hizo referencia a la condición de padre cabeza de familia que invocó, por lo que aludió a una indebida motivación.

Adujo que el Juez al denegar la suspensión condicional de la pena en razón a la prohibición del inciso 2 del artículo 68A *“dejando de interpretar el inciso 3º, que remitía al numeral 5º del artículo 314 de la Ley 906”*, ameritó *“la sustentación del presente recurso de apelación contra la sentencia, por ostentar un defecto sustantivo, es decir, por la violación directa en razón a la interpretación errónea de una norma llamada a regular el caso y una indebida motivación en razón al ausente pronunciamiento de la calidad de padre cabeza de familia”*. El Juez no tuvo en cuenta que la interpretación correcta sería la del inciso tercero, acerca de la inaplicación de la prohibición *“... en los eventos contemplados en los numerales 2º, 3º, 4º y 5º del artículo 314 de la ley 906 de 2004”*, a sabiendas de que tanto la fiscalía como la defensa enunciaron la procedencia del subrogado *“incluyendo el ingrediente más especial para su otorgamiento, la circunstancia de ser padre cabeza de familia de 2 hijos y una nieta, todos menores de edad los cuales dependen exclusivamente del señor Juan Guillermo Garces Lopez quien ejerce la jefatura del hogar y tiene bajo su cargo afectiva, económica o socialmente a sus hijos menores propios. Además, de dos hijos más que a pesar de ser mayores de edad, uno se encuentra cursando sus estudios superiores, para el caso de Jackeline Garcés Florez en el programa de ingeniería civil en la universidad cooperativa de Colombia”*.

Explicó que los menores no estaban en condiciones de subsistir por si mismos, dada *“la incapacidad moral de la compañera permanente”* que impide que sea quien asuma la

responsabilidad, *“en la medida que es una mujer adulta Angela María Vasquez Cardona que no cuenta con un empleo, no cotiza en la seguridad social, no tiene ningún tipo de entrada económica salvo la que proveía Juan Guillermo”*, y los criterios teleológico y de necesidad del numeral primero del artículo 314 del CPP, justifica la sustitución en cumplimiento de los fines propios de la figura jurídica.

Indicó que el juicio de suficiencia que debe preceder a la sustitución de la ejecución de la pena debe fundarse en la vida personal, laboral, familiar o social del imputado, y debe haber una regla general de apreciación de parte del juez de conocimiento o de ejecución de penas en todos los eventos en que deba adoptar una determinación sobre la sustitución de la ejecución de la pena, bajo una interpretación extensiva y sistemática del inciso tercero del artículo 68A que remite expresamente a las causales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314, aplicando para el caso en concreto el numeral 5, en virtud de ser padre cabeza de familia. Las exigencias de igualdad material imponen que el examen sobre el cumplimiento de los fines de la pena, su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad se efectúe en concreto.

Dijo que la exclusión generalizada de la posibilidad de sustitución de la pena, y en relación con estos sujetos de especial protección, bajo el único criterio de la gravedad abstracta del delito y de su potencialidad de afectación de la seguridad ciudadana, conlleva a situaciones de inequidad. Se trata de condiciones especiales de protección a cargo de las

RAD.: 11001 60 00 000 2021 02650.
ACUSADO: Juan G. Garcés López.
DELITO: Concierto para delinquir agravado.
DECISIÓN: Rechaza el recurso.

autoridades los cuales surgen de la propia Constitución, y por ende no pueden ser desconocidos o subordinados a intereses como los que inspira la norma acusada, el mejoramiento de la percepción de seguridad y eficacia de la administración de justicia. Frente a estos eventos no puede operar la prohibición absoluta de sustitución de la medida de aseguramiento que introduce el parágrafo del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007 o el inciso segundo del artículo 68A, prohibición inconstitucional por vulneración de los postulados de proporcionalidad, razonabilidad e igualdad, según la sentencia C 318 del 2008, de la cual debemos advertir el defensor extrajo indebidamente gran parte de la sustentación del recurso, como si fuera de su autoría, así como de las sentencias T384 de 2018, acerca del interés superior de los menores, de la T515 de 2008, respecto de la unidad familiar de personas privadas de la libertad, y en general de la T-017 de 2014, T111 de 2015, T397 de 2005, sin la utilización de comillas o alusión de las mismas.

Finalmente, en relación con el recurso de apelación aludió a la sentencia C-792 de 2014, concluyendo que el defecto sustantivo en los términos de la violación directa de la ley opera en este caso porque el error invocado tiene origen ante la interpretación errónea del artículo 68A, al inaplicarse el inciso tercero, *“por lo que el Juez de primera instancia no aplicó la norma reclamada, pudiendo haber otorgado el subrogado penal en razón de ser padre cabeza de familia, tal como lo establece el numeral 5° del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, por expresa remisión legal del artículo 68A”*.

Reprochó que resulta contrario a la lógica indicar que aplicó el artículo (68A) y al mismo tiempo dejó de aplicarlo, resultando entonces una interpretación errónea por cuanto en la sentencia no se indicó ninguna motivación sobre la circunstancia de padre cabeza de familia, lo que afecta la legitimidad de la sentencia por indebida motivación, y *“por violación directa de la ley, pues, de tener en cuenta dicha circunstancia el juez de primera instancia podría continuar la lectura del 68A hasta el inciso tercero y por expresa remisión legal aplicar lo referido en el artículo 314 numeral 5° de la Ley 906 de 2004”*. El sentido teleológico de la norma está orientado a fortalecer los mecanismos judiciales de lucha contra determinados comportamientos criminales mediante la exclusión de beneficios y subrogados penales, no obstante la falta de motivación referente a la calidad de padre cabeza de familia implica el desconocimiento de la proporcionalidad y razonabilidad de la pena (art. 3 del CP).

Reiteró lo mencionado en sentencia C806 de 2002, respecto de la función preventiva especial en los mecanismos sustitutivos de la pena, explicando que en lo atinente al principio de necesidad y a la prevención especial, si un condenado bajo determinadas condiciones y circunstancias, no necesita de la privación de su libertad para readaptarse a la comunidad, ha de brindársele la oportunidad de cumplir su condena mediante instrumentos menos aflictivos. El fundamento que inspira los subrogados es el derecho del sentenciado a su resocialización, a rectificar y readecuar su

conducta al estándar que el legislador buscando no excluirlo de ella, sino propiciando su reinserción.

Concluyó que le parece equivocado aplicar el inciso segundo en vez del tercero del artículo mencionado, teniendo en cuenta las circunstancias particulares y las condiciones del procesado como proveedor directo y exclusivo de alimentos y suficiencia de las necesidades de sus hijos y nieta. En la *“audiencia del 447 fue indicado y en la sentencia nada se indicó sobre tal calidad”*, por lo que el error se produjo por la violación directa de la ley al considerarse que existía prohibición objetiva, sin referirse al inciso tercero, más favorable, y que exigía la aplicación en virtud de la dignidad, el principio pro homine propio del bloque de constitucionalidad, en punto de las funciones de la pena, como aplicación de las normas rectoras.

El Juez debió realizar el test de proporcionalidad de cara al principio de favorabilidad, dignidad y el interés superior de los menores. Según lo dicho en audiencia del 447, quedó acreditada la calidad de padre cabeza de familia, y si bien es cierto el legislador, con potestad de la configuración legislativa, puede limitar la libertad y los subrogados en virtud de la política criminal, esta no se puede sobrepasar las garantías y principios constitucionales. Se indicó que el procesado carecía de antecedentes y en virtud del allanamiento solicitaba la imposición de la suspensión condicional de la pena, en virtud de su posición de padre

cabeza de familia avalada por el representante de la fiscalía y sin ningún reparo por parte del Juez.

Explicó que el artículo 228 de la Constitución establece la prevalencia del derecho sustancial, y luego de transcribir los artículos 63, 38 y 38B del Código Penal, solicitó se modifique la sentencia *“y en su lugar decrete la suspensión de la ejecución de la pena en favor de Juan Guillermo Garces Lopez por ser padre cabeza de familia”*, requiriendo, de manera subsidiaria la prisión domiciliaria.

CONSIDERACIONES

Además de las diferentes falencias que encontramos en la sustentación del recurso por la indebida utilización de varias decisiones de la Corte Constitucional como supuestos argumentos del recurrente, en el examen preliminar sobre la acreditación de las diferentes condiciones establecidas por la ley para admitir la apelación (legitimación, debida sustentación), la Sala anuncia que será rechazado.

Hemos dicho que el recurso de apelación tiene como condición procesal inicial la existencia de una determinación proferida por un juez, de la que pretende su modificación, revocatoria o anulación. Una segunda instancia supone dos exámenes y decisiones por dos jueces diferentes que, en una relación de superior a inferior, se impone por autoridad funcional el primero.

Precisamente, la relación jurídica que surge a partir de una sentencia o auto, exige, conforme con el artículo 179 de la Ley 906 de 2004¹, que la sustentación del recurso de apelación satisfaga el deber de presentar una argumentación orientada a controvertir los argumentos que fundamentan una decisión que en particular, de las adoptadas, desea que sea revisada en una segunda instancia. Ha insistido la Sala de Casación Penal que:

En este sentido, impera precisar que la argumentación sobre la cual descansa el disenso en el recurso de apelación, no comporta la obligación de presentar fórmulas sacramentales, ni reclama derroteros formales específicos, aunque sí demanda precisar las razones concretas de inconformidad, que necesariamente deben referirse a los motivos que soportaron la decisión cuestionada.

De esta manera, la crítica ha de contar con un norte específico que haga ver los yerros que soportan la decisión y presente los criterios claros que permitan avalar la tesis de modificación o revocatoria de la misma².

En nuestro caso, observamos que el defensor hace un esfuerzo desleal en tratar de forzar un pronunciamiento de esta instancia, entendemos acerca de la prisión domiciliaria con base en la condición de padre cabeza de familia porque la suspensión condicional de la ejecución de la pena no opera para esos efectos como erradamente lo concluye el defensor,

¹ Modificado por el artículo 90 de la Ley 1395 de 2010.

² CSDJ. SP Auto del 4 de marzo de 2020, AP789-2020- radicado 56391.

destacando, en síntesis, una supuesta solicitud que en el traslado realizado previo a la sentencia no ocurrió ni de parte de la defensa, mucho menos de la fiscalía.

Verificado el audio, el anterior defensor no propuso esta específica pretensión en primera instancia, lo que explica la razón por la cual el Juez no realizó un pronunciamiento al respecto, y no es correcto que se aproveche la posibilidad formal de apelar una sentencia, para ingresar peticiones que no hicieron parte de la discusión que podría proponer el adversario procesal e intervinientes en el traslado para los no recurrentes y que no fue resuelta legalmente.

En efecto, en la respectiva audiencia, el Juez le concedió la palabra a las partes a efectos de que se pronunciaran respecto de las condiciones relacionadas en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004. El fiscal indicó que el señor **Garcés López** tenía arraigo, no posee antecedentes y que *“por el beneficio de pena”* tendría derecho *“a este subrogado”*, sin especificar cuál; mientras que el entonces defensor, a partir del minuto 5:00, aludió a que su representado siempre ha actuado correctamente, colaboró con la administración de justicia, es padre de dos hijos menores que están estudiando, reside en un barrio popular, resaltando que tiene un carro que está pagando, deudas en diferentes bancos *“bastante grandes”*, por lo que necesitaba trabajar.

Enfocado en ese último aspecto, la defensa insistió en que el procesado ha tenido bastantes inconvenientes (el año pasado

*“un volcamiento” y varios daños del motor), “por lo tanto él necesita trabajar para poder cumplir con esos compromisos porque el carro lo está pagando y **fuera de eso pues los hijos estudiando, menores de edad**, no tienen más recursos, y realmente él quiere tener una efectiva resocialización...”, por lo que solicitaba que se le otorgara “el beneficio de la suspensión de la pena contemplado en el artículo 63 del Código Penal, y el artículo 473 del Código de Procedimiento Penal (sic)”.*

Ninguna petición respecto de la eventual condición de padre cabeza de familia se hizo. La relación de los hijos menores que tiene el imputado hace parte de sus condiciones familiares, y esa simple mención de ninguna manera hace automática la petición de este particular sustituto, que como lo establece la Ley 750 de 2002 y demás normas que la complementan, tiene requisitos de obligatoria demostración, como el hecho de tener a cargo hijos menores u otras *personas incapaces o incapacitadas para trabajar*, y la *deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar*, entre otros aspectos a verificar, que tampoco fueron ni siquiera mínimamente enunciados, mucho menos demostrados, y que el actual defensor de manera francamente oportunista, aludiendo a una deficiencia en la sentencia que no existió, pretende hacer ver como un descuido del Juez.

El inciso tercero del artículo 68 A del Código Penal que alude a la inaplicación de la prohibición legal *“en los eventos*

contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo [314](#) de la Ley 906 de 2004”, tampoco hace automático u obligatorio el pronunciamiento del Juez en cuanto a cada una de las situaciones que se contemplan (mayoría de 65 años de edad, estado de grave enfermedad, embarazo mayor a los 8 meses o parto, condición de madre o padre cabeza de familia...), sencillamente porque se trata de un sistema de partes, que obliga de un lado al Juez a ser un tercero imparcial, y del otro a la parte, con base en la libertad de litigio o mera estrategia si se quiere, a demostrar las condiciones que cada sustituto implementa.

No existe discusión acerca de que el delito de concierto para delinquir agravado, por el cual fue condenado el imputado, se encuentra dentro de las prohibiciones legales por la “*exclusión de beneficios o subrogados penales*” dispuestos en el artículo 68 A del Código Penal, y como la pretensión del reconocimiento de la condición de padre cabeza de familia no fue presentada ni decidida en primera instancia, la Sala carece del objeto procesal para decidirla y no queda otro camino que rechazar el recurso de apelación, no sin antes aclarar que, obviamente, queda a salvo la posibilidad del actor de realizar la solicitud ante los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad para que sea examinada en un escenario de doble instancia.

El Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal,

RAD.: 11001 60 00 000 2021 02650.
ACUSADO: Juan G. Garcés López.
DELITO: Concierto para delinquir agravado.
DECISIÓN: Rechaza el recurso.

RESUELVE:

Rechazar el recurso de apelación presentado por el defensor contra la sentencia condenatoria expedida el pasado 31 de agosto por el Juez 28 Penal del Circuito de esta ciudad. Informa que procede el recurso de reposición y cítese a audiencia para su notificación virtual.

CÓPIESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN