



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, seis (06) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

RADICADO	05001-60-00206-2016-07168
DELITO	TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES
PROCESADO	MARÍA ROCÍO OSORIO
ASUNTO	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

MAGISTRADO PONENTE:
DR. OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Proyecto aprobado en Sala del treinta y uno (31) de agosto de dos mil dieciséis (2016), mediante Acta Nro. 22 y leído en la fecha

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el Dr. **HENRY SÁNCHEZ ABAUNZA** defensor contractual, en contra de la sentencia emitida el 23 de mayo de 2016 por el Juzgado Catorce Penal del Circuito de Medellín, mediante la cual se condenó a la señora **MARÍA ROCÍO OSORIO** como autora del delito de **CONSERVACIÓN DE ESTUPEFACIENTES**.

2. HECHOS

El 4 de febrero de 2016, por información de una fuente humana, se tuvo conocimiento de que el inmueble ubicado en la carrera 49 No 63-40 cerca a la Clínica Noel del barrio Prado Centro de esta ciudad, se utilizaba para la venta de estupefacientes, que los alucinógenos eran vendidos por un joven de nombre Adrián que se mantiene en una moto Pulsar color blanco y también le ayuda una señora de nombre Rocío, además indicó que la

sustancia se mantenía en papeletas de color blanco y café, las cuales mantienen escondidas en la habitación de la señora Rocío, en las materas y en un galpón de gallinas que tienen allí.

Con base en esta información, personal de la SIJIN realizó un operativo de allanamiento al inmueble en cuestión el 10 de febrero de 2016, a eso de las 14:00 horas, y al tocar la puerta, sintieron que varias personas corrían hacia el interior de la residencia, por ello forzaron la puerta con un eje metálico, encontrando dentro de la vivienda, dos personas sentadas en una mesa, y otra mujer que corría con una bolsa en la mano, dobló hacía la cocina y luego la arrojó sobre el techo.

Una vez retenidas las tres personas, se procede al registro del inmueble, es así como uno de los agentes que se subió al techo de la cocina encontró tres bolsas plásticas de color negro y dos blancas, las cuales contenían en su interior un total de 237 papeletas, y en una de las blancas, una sustancia pulverulenta similar a la cocaína. Posteriormente dichos elementos fueron sometidos a prueba preliminar homologada, arrojando las muestras un resultado positivo para cocaína y sus derivados con un peso neto total de 93.3 gramos de cocaína y sus derivados, razón por la cual la señora identificada como MARÍA ROCÍO OSORIO quedó a disposición de la Fiscalía.

3. RECUENTO PROCESAL

El 11 de febrero de 2016 ante el Juez Cuarenta Penal de Garantías de Medellín se llevaron a cabo las audiencias de control posterior de registro y allanamiento, legalización de captura y se formuló imputación a la señora MARÍA ROCÍO OSORIO por el delito de conservación de estupefacientes con fines de venta contenido en el artículo 376 inciso 2 del Código Penal, no obstante, esta no se allanó a los cargos. Igualmente, por solicitud de la Fiscalía se le impuso a dicha ciudadana medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

Seguidamente la Fiscalía 153 Seccional presentó escrito de acusación, correspondiendo el asunto al Juzgado Catorce Penal del Circuito de Medellín, no obstante, antes de llevarse a cabo dicha audiencia, la imputada celebró un preacuerdo con la Fiscalía, consistente en que aceptaba los cargos y a cambio la fiscalía le otorgaba como única contraprestación el reconocimiento de la circunstancia de marginalidad, ignorancia y pobreza extrema de que trata el artículo 56 del Código Penal; acordándose la pena a imponer en 36 meses de prisión y multa de 1 SMLMV.

Esta negociación fue sometida a verificación por la juez de conocimiento, encontrando que la misma no vulnera garantías fundamentales y por ello le impartió aprobación. A continuación, el 23 de mayo de 2016, se profirió sentencia condenatoria en contra de la señora OSORIO, imponiéndosele una pena de 36 meses de prisión, multa de 1 SMLMV, así como la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual a la pena principal, y negándole todo tipo de subrogados penales, siendo este último aspecto la razón de inconformidad de la defensa.

4. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

En escrito allegado oportunamente, la defensa expuso que el motivo de su inconformidad con el fallo se relaciona exclusivamente con la negativa de la *A quo* de otorgar del beneficio de la prisión domiciliaria a la señora MARÍA ROCÍO OSORIO, pese a que, en la audiencia de individualización de pena, aportó dos entrevistas de sus familiares, donde consta su forma de vida, las limitantes económicas que tienen para la satisfacción de sus necesidades y un arraigo social.

Refiere que su defendida no era la propietaria del centro de distribución de estupefacientes sino una víctima más, una trabajadora explotada que no tiene derecho a participar de las ganancias, de manera que si lo que se pretende es combatir a los dueños del negocio el objetivo no se ha cumplido, pues quienes finalmente asumen el riesgo son personas sin empleo ni cultura como su defendida, y es por ello que pide una sanción más equitativa acorde con la participación que tuvo en el reato.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Acogiendo la limitación temática que impone la apelación, la Sala se ocupará exclusivamente de resolver el punto objeto de inconformidad, esto es lo concerniente a la negativa del beneficio de la prisión domiciliaria.

Para comenzar cabe señalar que la legislación penal actual contiene tres institutos jurídicos que a pesar de ser similares en su aplicación, tienen una naturaleza y alcance diferente: se trata de la detención domiciliaria, la prisión domiciliaria y la sustitución de la pena. Cada uno de estos se encuentra regulado en distintas disposiciones legales tanto del Código Penal como del Código de Procedimiento Penal. Como en muchos casos se presentan confusiones en su aplicación, la Sala Penal de la Corte efectuó una distinción de los mismos en el auto AP4276 de 2014, rad. 38262 señalando lo siguiente:

*“Así, mientras **la detención domiciliaria** (arts. 307 y 314 del C.P.P.) tiene que ver con la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad en el trámite de un proceso no terminado, con el fin de evitar la obstrucción del debido ejercicio de la justicia, impedir que el imputado se constituya en un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, y garantizar al tiempo la comparecencia a juicio y eventualmente el cumplimiento de la sentencia; **la prisión domiciliaria** (art. 38 del C.P.), se relaciona con la sentencia que el juez de conocimiento adopta como culminación del juicio oral, en la cual decide, atendiendo el monto mínimo de la pena prevista para la conducta realizada y el cumplimiento de los demás presupuestos establecidos en la ley, que el condenado cumpla el tiempo de privación de la libertad en el lugar de residencia o morada, o en el sitio que él decida.*

***La sustitución de la ejecución de la pena** (art. 461 del C. de P.P.), por su parte, consiste en la determinación que el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad puede adoptar, en el sentido de ordenarle al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario la sustitución de la ejecución de la pena de un sentenciado, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva a que se alude en el artículo 314 del C.P.P., lo cual resulta viable conceder cuando el reo cuenta con más de 65 años y su personalidad, la gravedad y modalidades de la conducta aconsejan la*

aplicación de la medida; a la sentenciada que se halla en estado de embarazo y le faltan 2 meses o menos para el parto; cuando el condenado se encuentra en estado grave por enfermedad, <<previo dictamen de médicos oficiales>> y; finalmente, cuando con posterioridad a la sentencia, la condenada o el condenado adquieren la condición de madre o padre cabeza de familia, de hijo menor o que sufre incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado”

Como puede verse en el caso que nos ocupa, la solicitud que efectuó la defensa a la juez de conocimiento –y que debe analizar en esta oportunidad la Sala- corresponde a la prisión domiciliaria contenida en el artículo 38B del C.P. (cuyo análisis es propio y exclusivo del juez que dicta la sentencia). De manera que puede predicarse en primer lugar la legitimación por activa del apelante para recurrir la sentencia de primera instancia, toda vez que aunque se trata de un caso donde hubo aceptación de cargos por vía de preacuerdo, lo que se discute es un subrogado penal y no la responsabilidad que fue admitida.

Ahora bien, debe recordarse que los subrogados contenidos en los artículos 38 y siguientes de la ley 599 del 2000 y demás beneficios judiciales o administrativos son consecuencias que derivan en modalidades alternativas para lograr que las personas condenadas penalmente estén por fuera del establecimiento carcelario y obtengan la libertad. Sin embargo, su otorgamiento no opera de manera automática, por el contrario, en cada caso concreto, se requiere acreditar el cumplimiento de los requisitos tanto objetivos como subjetivos, los cuales deben ser analizados de manera crítica por el funcionario judicial al momento de determinar la viabilidad de su concesión.

En el caso de la prisión domiciliaria consagrada en el artículo 38B del Código Penal, atendiendo a que los hechos fueron con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 1709 expedida el 20 de enero del año 2014, la cual adicionó al Estatuto Penal dicha norma en su artículo 23, tenemos que los requisitos para su otorgamiento son los siguientes:

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

2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.

3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado

En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.

4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;

b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;

c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;

d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión.

Además, deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad”

A su vez el artículo 68A del Código Penal a que alude el citado artículo fue modificado por el art. 32 de la ley 1709 en los siguientes términos:

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

*Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión, lesiones personales con deformidad causadas con elemento corrosivo; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; **delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones**; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal.*

Pues bien, teniendo en cuenta que para la fecha de los hechos (4 de febrero de 2016) ya estaba vigente el artículo 32 de la ley 1709 de 2014 que modificó el artículo 68A del Código Penal, es claro que la decisión de primer grado se encuentra ajustada a derecho, pues resulta evidente que la procesada no cumple con el aspecto objetivo que demanda la norma, toda vez que la conducta por la que fue condenada (venta de estupefacientes) se encuentra expresamente excluida de todo tipo de beneficios, al tenor del inciso 2º de la norma señalada, circunstancia que torna inane un examen de otros aspectos como los alegados por la defensa.

Ahora bien, si bien algunas Salas de este Tribunal han considerado pertinente la procedencia de subrogados penales, en casos de porte de estupefacientes, ello ha obedecido a una interpretación sistemática de los diferentes verbos rectores que consagra el artículo 376 del Código Penal,

básicamente porque el llevar consigo no puede equipararse al fenómeno del narcotráfico, sin embargo dicha tesis no es aplicable al caso que nos ocupa, pues como se tiene demostrado, la señora OSORIO fue condenada por VENTA DE ESTUPEFACIENTES, delito que está ligado inescindiblemente al tráfico, de manera que la decisión de la *A quo* de negar el beneficio solicitado por expresa prohibición legal es acertada, de manera que no entiende la Sala cual es la insistencia de la defensa de resaltar aspectos subjetivos como su situación económica, la existencia del arraigo o sus condiciones de vida, cuando ello en nada puede modificar lo dispuesto por el legislador al expedir dicha proscripción.

Por otro lado, resulta abiertamente impertinente la pretensión del recurrente de que se haga una ponderación entre el aspecto objetivo y el subjetivo, básicamente porque de acceder a su solicitud no solo se estaría desconociendo abiertamente el principio de legalidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, que señala que ***“nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”***; sino que se estaría premiando a los ciudadanos que, con el pretexto de sus difíciles situaciones económicas, incurrir en delitos tan graves y que generan tanto daño social como el investigado, cuando existen muchas otras personas que a pesar de sus condiciones de vida, su pobreza y sus múltiples necesidades, se abstienen de incurrir en delitos y optan por buscar medios lícitos de trabajo, eso sin mencionar que el otorgamiento de este tipo de prerrogativas en forma indiscriminada, conllevaría a un serio detrimento de la Política Criminal del Estado orientada precisamente a prevenir y disminuir las conductas punibles excluidas expresamente.

En conclusión, la legislación vigente no permite que las personas condenadas por el delito de venta de estupefacientes sean acreedoras a ninguno de los subrogados penales establecidos en los artículos 38 o 63 del Código Penal (modificados por la ley 1709 de 2014) de ahí que la magistratura no tenga otra alternativa que confirmar en su integridad la providencia objeto de apelación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal del Honorable Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia recurrida, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: Esta decisión se notifica en este estrado y en su contra procede el recurso extraordinario de casación conforme a los parámetros establecidos en los artículos 180 y siguientes de la ley 906 de 2004.

TERCERO: Copia de esta providencia será enviada a la Juez de instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado