

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

[Firma manuscrita]

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO
Magistrado Ponente

SP1207-2017

Radicado 45900

Aprobado Acta No. 25

Bogotá, D.C., uno (1) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

ASUNTO

La Corte resuelve el recurso de casación interpuesto por la defensa de CARLOS MAURICIO PÉREZ VERGARA contra la sentencia de enero 28 de 2015 del Tribunal Superior de Tunja, mediante la cual confirmó el fallo de julio 2 de 2014 dictado por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de la citada ciudad, que lo condenó como coautor de los delitos de conservación y financiación de plantaciones y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

HECHOS

En el mes de septiembre de 2011 fue desmantelada una red de micro tráfico de estupefacientes que operaba en la ciudad de Tunja, integrada entre otros, por María de Jesús Ávila Salas y Jhon Alejandro Villamil Vargas, la cual comercializaba el producto a domicilio en los barrios San Antonio, Patriotas, el Parque, el Bosque y en el sector carrilera del tren que atraviesa la avenida oriental diagonal al terminal de transportes de la localidad, previa concertación telefónica con el comprador.

La sustancia estupefaciente, cannabis, era traída por el cabecilla de la organización desde la ciudad de Bogotá en servicios de transporte público, al tiempo que era cultivada y almacenada en la residencia de CARLOS MAURICIO PÉREZ VERGARA, ubicada en el barrio Surinama de la mencionada ciudad.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 15 y 16 de septiembre de 2011, se evacuaron las audiencias de legalización de allanamiento y registro, captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con función de Control de Garantías de Tunja, en contra de Marta Cecilia Diagrama, María de Jesús Ávila Salas, y CARLOS MAURICIO PÉREZ VERGARA¹, a quienes la Fiscalía les atribuyó, a las dos primeras, los delitos de concierto para

¹ Entre otras personas.

delinquir y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en las modalidades de almacenamiento, venta y distribución, y al último, los de conservación o financiación de plantaciones en la modalidad de cultivo y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, de conformidad con los artículos 340 inciso 2, 376 inciso 3 y 375 inciso 2 del Código Penal.

El 16 de septiembre de 2011, similares diligencias se realizaron en contra de Jhon Alejandro Villamil Vargas, ante el Juzgado Promiscuo Municipal con función de Control de Garantías de Chiquiza, por los ilícitos de concierto para delinquir agravado y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

2. El 13 de enero de 2012, la Fiscalía Tercera Especializada de Tunja, presentó escrito de acusación en contra de los prenombrados², el cual se materializó en audiencia del 17 de febrero de ese año, ante el Juzgado Penal del Circuito Especializado de esa ciudad, por las conductas punibles imputadas, con la modificación que el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, lo era de acuerdo con la descripción típica consagrada en el artículo 376, inciso 2.

3. El Juzgado de Conocimiento, por sentencia del 2 de julio de 2014, absolvió a Martha Cecilia Diagama de los cargos imputados, condenó a María de Jesús Ávila Salas y Jhon Alejandro Villamil Vargas a la pena principal de 9 años y 8 meses de prisión y multa de 2720 salarios mínimos

² y otros.

mensuales legales vigentes, en calidad de coautores de los delitos de concierto para delinquir agravado y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, y condenó a CARLOS MAURICIO PÉREZ VERGARA como coautor responsable de los ilícitos de conservación y financiación de plantaciones y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, a 8 años y 1 mes de prisión y multa de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes, imponiéndoles a todos la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual a la sanción privativa de la libertad. Igualmente les denegó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

4. Apelada tal determinación por los defensores de Ávila Salas y PÉREZ VERGARA, la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja, en providencia del 28 de enero de 2015 le impartió confirmación.

5. Presentado recurso extraordinario de casación por la defensa, en auto del 29 de junio del año en curso, la Sala admitió el cuarto cargo principal del libelo.

LA DEMANDA

Con fundamento en la causal 1 del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, la defensa censuró la sentencia de segundo grado, por falta de aplicación de los artículos 38G y 64 y aplicación indebida del artículo 68 A, del Código Penal.

Explicó que el artículo 38G, en su aparte final enlista los punibles por los cuales no procede la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia y dentro de las conductas relacionadas con el tráfico de estupefacientes, excluyó las contempladas en el artículo 375 e inciso 2 del artículo 376 del estatuto sustancial.

A su turno el artículo 68A, que prohíbe la concesión de beneficios y subrogados penales por razón de algunos ilícitos, en su párrafo 1 dispone que no aplicará en lo atinente a los artículos 64 y 38G del mismo cuerpo normativo.

Razón por la cual, anunciado el fallo, en uso de las facultades del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, solicitó se otorgara el subrogado de la prisión domiciliaria que trata el artículo 38G, al considerar que se cumplían sus condiciones al haber el procesado superado el 50% de la pena probable de condena; solicitud que, sin mayores argumentos, no fue atendida en las instancias lo cual configura una vía de hecho.

En razón de lo anterior, indicó que se debía desacatar los precedentes emitidos en los radicados 43320 y 43342, que desconocen el tenor literal de la norma y resultan contrarios al ordenamiento jurídico, para conceder a su defendido la prisión domiciliaria solicitada en su momento.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

1. La defensa, al tiempo que ratificó el cargo y pretensión expuesta en su demanda, reprobó la omisión de los juzgadores de primer y segundo grado en dar respuesta a la petición de prisión domiciliaria invocada al amparo del artículo 38G del Código Penal.

Adicionalmente, cuestionó la no admisión del cargo primero de la demanda referido a la prescripción de la acción penal, fenómeno que reclama se presentó en curso del trámite de apelación, razón por la cual no tuvo oportunidad de solicitar su declaratoria ante el Juez colegiado.

2. El Fiscal Tercero Delegado, solicitó se case parcialmente la sentencia al advertir procedente el cargo propuesto por el demandante, en tanto, en las sentencias atacadas no se atendió la propuesta del defensor tendiente a la concesión de la prisión domiciliaria descrita en el artículo 38G del estatuto sustancial, cuanto de acuerdo con el parágrafo 1 del artículo 68A resultaba viable su análisis.

CONSIDERACIONES

Cuestión previa.

El defensor censuró la inadmisión del cargo primero de su demanda al considerar que en curso del trámite de la

apelación prescribió la acción penal por el delito descrito en el artículo 375 del Código Penal, según los parámetros punitivos fijados en la acusación, planteamiento que al ser ajeno a la temática para la cual fue convocada la audiencia de sustentación oral no merece pronunciamiento de fondo al ser un tema superado en auto del 29 de junio de 2016 donde se expuso las razones por la cuales no estaba prescrita la acción y frente al cual el libelista en su oportunidad no agotó el mecanismo de insistencia establecido en el inciso segundo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004,

Del recurso propuesto.

1. El recurrente en su demanda reprochó la negativa de los sentenciadores a conceder la prisión domiciliaria establecida en el artículo 38G del Código Penal, postulación que amplió a la omisión de aquéllos de dar respuesta a los argumentos planteados en audiencia de individualización de pena, al sustentar el cargo admitido.

2. Al respecto, en sentencia del 2 de julio de 2014, el Juez Penal del Circuito Especializado de Tunja de manera genérica pero en respuesta a la solicitud elevada por la defensa, negó la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria *“por prohibición expresa del Art. 68 A el cual fue modificado por la Ley 1709 de 2014, Art. 32, norma en la cual se señala que no se concederá este beneficio cuando la persona sea condenada por delitos relacionados*

Casación No. 45900
P/. Carlos Mauricio Pérez Vergara'

con el tráfico de estupefacientes y afines...”³, conclusión que fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja al resolver la apelación impetrada por la defensa y que en lo sustancial, hizo referencia a la inaplicación de la excepción del artículo 68 A del Código Penal⁴, en los siguientes términos:

“Revisado el trabajo dosimétrico efectuado por el Juzgado de primer grado, no se halla inconsistencia alguna o irregularidad que imponga la revisión o redosificación alguna, ni en la negación de los subrogados que fueron analizados, puntos cuestionados por la (sic) respectivos defensores pero sin argumentos de fondo, y con interpretaciones de la Ley 1709 de 2014 que no se identifican con la finalidad y contenido de la misma, para de esa forma soslayar los presupuestos tendientes a obtener la suspensión condicional de la ejecución de pena o la prisión domiciliaria que fue objeto de negación en la primera instancia”⁵

Por lo tanto, contrario a lo manifestado en la audiencia de sustentación oral, no se aprecia que los jueces singular y colegiado omitieran decidir la súplica del representante judicial ya que el punto fue despachado desfavorablemente en aplicación de las exclusiones contenidas en el artículo 68A sustancial. Circunstancia que incluso permitió la admisión del cargo propuesto, puesto que si lo reprobado era la no motivación de la sentencia, tal yerro debió incoarse a la luz de la causal segunda de casación y no la primera, como se hizo. En ese orden de ideas, corresponde

³ Página 125 de la providencia, folio 63 Cuaderno No. 13

⁴ Folio 211 Cuaderno No. 13

⁵ Página 43 de la providencia, folio 331 Cuaderno No. 13

analizar si los falladores cometieron el error inicialmente sugerido.

3. De acuerdo con el artículo 38 del Código Penal, la prisión domiciliaria es un mecanismo sustitutivo de la prisión, que implica la restricción efectiva y real del derecho de libertad del condenado en su lugar de residencia o morada⁶, o en el que la autoridad judicial disponga mediante sentencia, en caso de que encuentre cumplidos los requisitos legales pertinentes.

Así, generalmente, el juez cognoscente debe remitirse a lo estipulado en el artículo 38B, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, que establece:

ARTÍCULO 38B. REQUISITOS PARA CONCEDER LA PRISIÓN DOMICILIARIA. *Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:*

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 2o 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.

⁶ Excepto en los casos en el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima. Artículo 38 D del Código Penal.

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.*

Consecuente con lo anterior, el funcionario judicial al momento de analizar la procedencia del sustituto debe remitirse al artículo 68A, inciso 2, del Código Penal, a fin de verificar si la conducta sancionada se encuentra allí enlistada y en caso afirmativo, no podrá conceder ésta.

Tales conductas son:

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.

No obstante, dicha regla tiene su excepción, esto es la consignada en el párrafo 1 del mismo artículo y según la cual *“Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el artículo 38G del presente Código.”* Es decir, cuando la petición de prisión domiciliaria se invoque con fundamento en el artículo 38G penal, no es dable negarla con fundamento en las exclusiones consignadas en el artículo 68A del mismo estatuto, sino que deberá ceñirse a

las condiciones y prohibiciones que para el mismo beneficio impone la propia norma.

Al respecto, el artículo 38G del estatuto penal sustancial, que fue adicionado mediante el artículo 28 de la Ley 1709 de 2014, dispone:

ARTÍCULO 38G. *La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del condenado cuando haya cumplido la mitad de la condena y concurren los presupuestos contemplados en los numerales 3 y 4 del artículo 38B del presente código, excepto en los casos en que el condenado pertenezca al grupo familiar de la víctima o en aquellos eventos en que fue sentenciado por alguno de los siguientes delitos: genocidio; contra el derecho internacional humanitario; desaparición forzada; secuestro extorsivo; tortura; desplazamiento forzado; tráfico de menores; 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; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso restringido, uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, salvo los contemplados en el artículo 375 y el inciso 2o del artículo 376 del presente código.*

Entonces, a la luz del referido canon para acceder a esta modalidad de prisión domiciliaria se requiere que (i) el



Casación No. 45900
P/. Carlos Mauricio Pérez Vergara

sentenciado haya cumplido la mitad de la pena impuesta, (ii) no se trate de alguno de los delitos allí enlistados, (iii) el condenado no pertenezca al grupo familiar de la víctima, (iv) se demuestre su arraigo familiar y social, y (v) se garantice, mediante caución, el cumplimiento de las obligaciones descritas en el numeral 4 del artículo 38B del Código Penal.

Beneficio que estaría llamado a conceder el Juez de ejecución de penas, pues para el mismo se requiere que la pena de prisión se ejecute por tiempo superior a la mitad del fijado en el fallo correspondiente. No obstante, nada impide que ese análisis igualmente lo efectúe el sentenciador, como quiera que acorde con el artículo 37, numeral 3, de la Ley 906 de 2004, el tiempo cumplido bajo detención preventiva se reputa como parte cumplida de la pena en caso de sentencia condenatoria.

4. Advertido lo anterior, aparece que CARLOS MAURICIO PÉREZ VERGARA, fue condenado a la pena principal de 97 meses de prisión, multa de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la Dirección Nacional de Estupeficientes, como coautor de los delitos de *conservación y financiación de plantaciones, y tráfico, fabricación o porte de estupeficientes, descritos en los artículos 375, inciso 2, y 376, inciso 2, del Código Penal*, conductas que no fueron excluidas por el artículo 38G, es decir, por las mismas procedía el estudio de factibilidad de la prisión domiciliaria incoado bajo tal norma, la cual se dejó de aplicar.

Adicionalmente no podía aducirse su improcedencia en virtud del artículo 68A, inciso 2, del Código Penal, ya que por mandato legal no aplica cuando el instituto de la prisión domiciliaria se depreca en virtud del tiempo de ejecución de la intramural descrita en el artículo 38G. Razón por la cual, los falladores de primer y segundo grado al denegarlo aplicaron indebidamente éste precepto.

4. Luego, le asiste razón al censor cuando denunció la violación directa de la ley sustancial en las sentencias, y por consiguiente se procede a analizar la procedencia del sustituto incoado.

4.1. Acorde con los requisitos enlistados en el artículo 38G, se tiene que CARLOS MAURICIO PÉREZ VERGARA, quien fue sentenciado a 8 años y 1 mes de prisión, a la fecha ha estado privado de su libertad por tiempo superior a 4 años y 6 meses toda vez que su aprehensión se produjo el 14 de septiembre de 2011, es decir, ha cumplido más de la mitad de la condena.

Ahora, de conformidad con el numeral 3 del artículo 38B está acreditado su arraigo familiar en la calle 27 No. 17-62 de Paipa⁷, vivienda de propiedad de su progenitora, y que para el momento de su aprehensión, en razón de sus estudios superiores en la Fundación Universitaria Juan de Castellanos residía en la carrera 11 No. 2B-27 del Barrio

⁷ Folio 21 cuaderno No. 2.

Surinama de Tunja, información que encuentra respaldo en el informe de policía SIJIN, del 14 de septiembre de 2011⁸.

Ante tal panorama, el fallo de segunda instancia será casado parcialmente, en el sentido de conceder al procesado la prisión domiciliaria. Para acceder a la medida sustitutiva, debe suscribir acta de compromiso en la que se obligue a cumplir las obligaciones consagradas en el artículo 38 B, numeral 4, del Código Penal, la cual habrá de garantizar mediante caución equivalente a 1 salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV). No obstante, la misma sólo se hará efectiva en el evento que deba ser revocado el beneficio de la libertad condicional de la pena que aparece fue concedido al penado por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tunja en providencia del 7 de abril de 2015.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1.- CASAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada, únicamente en el sentido de conceder a CARLOS MAURICIO PÉREZ VERGARA la prisión domiciliaria, en los términos referidos en la parte motiva de esta decisión.

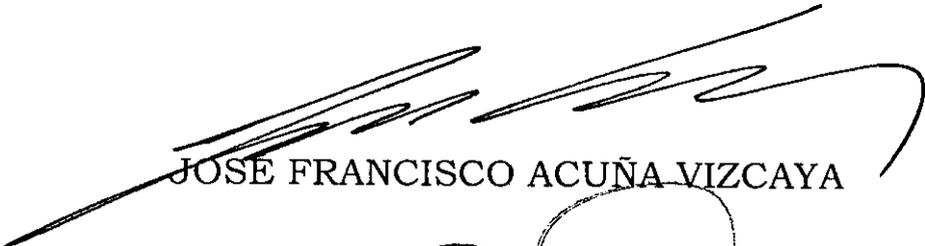
⁸ Elemento material No. 12, carpeta No. 6

2.- Contra esta decisión no procede recurso alguno.

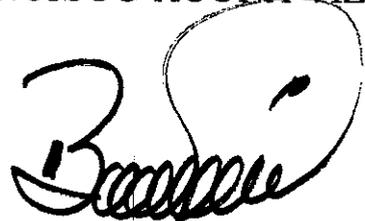
3.- Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen,



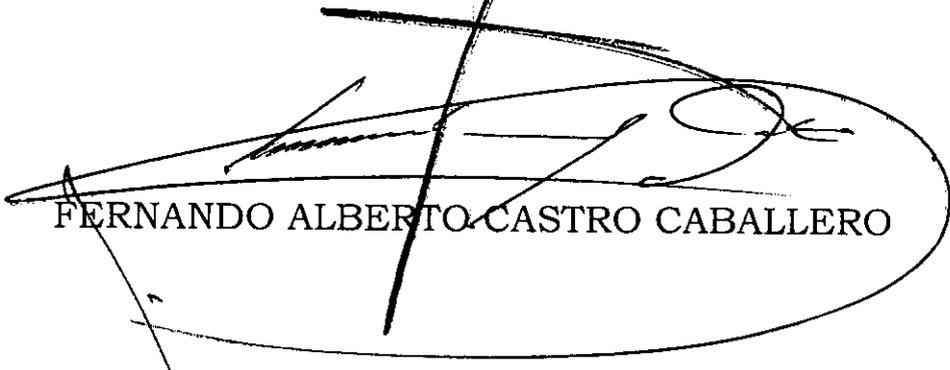
EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



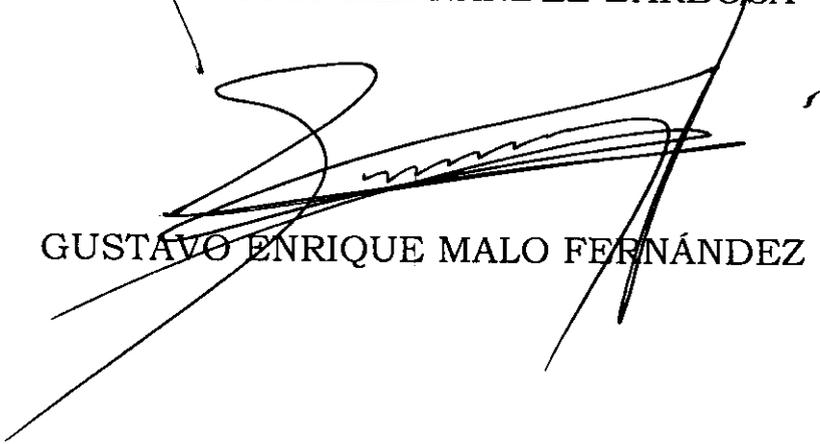
JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO



FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

21

Casación No. 45900
P/. Carlos Mauricio Pérez Vergara

EYDER PATIÑO CABRERA
PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO
Nubia Yolanda Nova García

Secretaria