REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Aprobado mediante acta # 151

Pereira (Risaralda), veintiuno (21) marzo de Dos mil Catorce (2.014).
Hora: 10:08

Procesados: ANDRÉS FELIPE ESTRADA ESTRADA y ÓSCAR HERNÁN BUITRAGO MARÍN Delito: Tráfico de Estupefacientes Rad. # 660016000035 2008 01134 01 Asunto: Resuelve recurso de apelación en contra de sentencia condenatoria Decisión: Confirma Fallo impugnado.

ASUNTO A DECIDIR:

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la Sentencia condenatoria adiada el 4 de septiembre de 2.012, proferida por parte del Juzgado 4º Penal del Circuito de esta localidad dentro del proceso que se adelantó en contra de los ciudadanos FELIPE ESTRADA ESTRADA y ÓSCAR HERNÁN BUITRAGO MARÍN, quienes fueron acusados de incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

ANTECEDENTES:

Según se desprende del contenido de la actuación procesal, los hechos que dieron génesis al proceso tuvieron ocurrencia en esta municipalidad a esos de las 17:00 horas del 23 de mayo de 2.008, cuando miembros de la Policía Nacional efectuaron una diligencia de allanamiento y registro en un inmueble ubicado en la avenida del rio, barrio San Juan de Dios, identificado con la nomenclatura # 28 A 52.

Como consecuencia de la diligencia de allanamiento y registro, en algunas de sus locaciones habidas en el interior del inmueble, fueron halladas varias bolsas y papeletas que respectivamente contenían envueltas una sustancia vegetal verde y otra de tipo pulverulenta. A dichas sustancias se les practicó la correspondientes pruebas de *P.I.P.H.* las cuales resultaron ser cocaína y cannabis, arrojando un peso neto de 127,8 gramos en lo que atañe a la cocaína y un peso neto de 998.3 gramos en lo que tiene que ver con la marihuana.

LA ACTUACIÓN PROCESAL:

- Las audiencias preliminares se llevaron a cargo ante el Juzgado 1º Penal Municipal de esta localidad, con función de control de garantías, el 23 de mayo del 2.008, vistas en las cuales: a) Fue legalizada la captura de los entonces indiciados FELIPE ESTRADA ESTRADA y ÓSCAR HERNÁN BUITRAGO MARÍN; b) A los acriminados le fueron enrostrados cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes tipificado en el inciso 2º del artículo 376 C.P. c) Los Procesados se allanaron a los cargos que le fueron enrostrados por parte del Ente Acusador. d) Como consecuencia del allanamiento a cargos, el proceso pasó a disposición del Juzgado 2º Penal del Circuito de esta localidad, en donde mediante proveído adiado el 22 de julio de 2.008 se decidió no impartirle aprobación a dicho

allanamiento a cargos y se decretó la nulidad de la actuacion en atencion a que existían incongruencias entre los hechos objeto de la imputación y la calificación jurídica dada a los mismos.

- Posteriormente la Fiscalía formuló imputación en contra de los Procesados el día 1º de noviembre de 2.011, ante el Juzgado 2º Penal Municipal de esta localidad, con función de control de garantías, audiencia en la cual les enrostró cargos por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes tipificado en el inciso 3º del artículo 376 C.P.

- Agotada la etapa de la formulación de la imputación, ese mismo 1º de noviembre de 2.011 la Fiscalía suscribió un preacuerdo con la Defensa, en virtud del cual los procesados se allanaban o aceptaban los cargos endilgados en su contra por incurrir la comisión del delito de tráfico de estupefacientes tipificado en el inciso 3º del artículo 376 C.P. en la modalidad de conservar, a cambio que se les concediera un descuento punitivo del 50% de la pena a imponer.

- El conocimiento de la actuación le correspondió al Juzgado 4º Penal del Circuito de esta localidad, cuyo titular procedió a llevar a cabo el 27 de julio del 2.012 las audiencias de verificación del preacuerdo e individualización de penas. Posteriormente el 4 de septiembre de 2.012 se efectuó la audiencia de lectura del fallo, en contra del cual la defensa interpuso recurso de alzada en los términos de ley.

LA SENTENCIA APELADA:

Se trata de la sentencia adiada el 4 de septiembre de 2.012, proferida por parte del Juzgado 4º Penal del Circuito de esta localidad en la cual fue declarada la responsabilidad penal de los Procesados FELIPE ESTRADA ESTRADA y ÓSCAR HERNÁN BUITRAGO MARÍN por incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Como consecuencia de dicha declaratoria de responsabilidad criminal los procesados fueron condenados a la pena principal de 54 meses de prisión y al pago de una multa equivalente a 234 salarios minimos mensuales vigentes. Asimismo en dicho fallo la *A quo* decidió no concederle a los condenados el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión.

Los argumentos esgrimidos por la A quo para proferir dicha sentencia condenatoria estuvieron soportados en el preacuerdo o convenio suscrito entre los Procesados y la Fiscaliía, en el cual aceptaron su responsabilidad criminal, aunado a los demás medios de conocimiento aducidos por la Fiscalía, con los cuales se lograba demostrar sin hesitación alguna el compromiso penal de los encausados en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes.

En lo que tiene que ver con la dosificación punitiva, la A quo luego de ubicar el ámbito de punibilidad, el cual oscilaba entre 96 a 144 meses de prisión, decidió aplicar el sistema de cuartos, y como quiera que en contra de los acriminados no le pregonaron circunstancias de mayor punibilidad y ante la existencia en su favor de una de menor punibilidad, la Jueza de primer nivel decidió aplicar el cuarto mínimo de punibilidad, es decir, el comprendido entre 96 y 108 meses de prisión y una multa de 124 a 468 smlmv; pero al momento de individualizar la pena, la *A quo* decidió no partir del mínimo, como consecuencia de la cantidad de sustancia estupefaciente incautada, las circunstancias en las cuales se llevo a cabo la captura de los Procesados, aunado a que en la comisión del reato intervinieron menores de edad; razón por la que se decido tasar una pena 108 meses de prisión y una multa de 468 smlmv.

A las anteriores penas la A quo, acatando lo pactado entre las partes en el preacuerdo, decidió disminuirle un 50%, quedando de esa forma una pena efectiva a imponer equivalente a 54 meses de prisión y al pago de una multa equivalente a 234 salarios minimos mensuales vigentes.

Finalmente en lo que tiene que ver con el reconocimiento tanto del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena como el de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión, la *A quo* fue del criterio que los declarados penalmente responsables no podías hacerse merecedor a dichos sustitutos debido a que para ambos no se cumplía con el requisito objetivo.

LA ALZADA:

La tesis propuesta por el togado recurrente en la alzada está relacionada con expresar su inconformidad con el monto de las penas impuestas en contra de sus apadrinados, las cuales debieron corresponder a las penas mínimas.

Afirma el recurrente que cuando la Jueza A quo al momento de la dosificación punitiva decidió no partir de las penas mínimas, desconoció lo acordado entre la Defensa y la Fiscalía en atención a que acudió a una serie de circunstancias que agravaban el proceder de los Procesados las cuales no le fueron imputadas a los encartados por parte del Ente Acusador.

Tal exceso en el cual incurrió la A quo, en opinión del recurrente repercutió de manera negativa en la situación de los encausados a quienes se le hizo más gravosa su situación procesal al afectárseles el derecho a la libertad.

Con base en los anteriores argumentos, el apelante solicita la modificación del fallo confutado en el sentido que las penas impuestas a los Procesados sea redosificada en los minimos legales.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

- Competencia:

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una sentencia de 1ª instancia proferida por un Juzgado Penal del Circuito que hace parte de este Distrito Judicial, la Sala Penal de Decisión de esta Colegiatura, según las voces del # 1º del artículo 34 C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada.

Asimismo no se avizora la ocurrencia de ningún tipo de irregularidad sustancial o irrespeto de las garantías fundamentales que le asisten a los sujetos procesales, que de manera negativa pueda incidir para que la Sala se abstenga de desatar el presente recurso de apelación y en su defecto proceda a decretar oficiosamente la nulidad de la actuación procesal.

- Problema Jurídico:

Acorde con los argumentos esgrimidos por el apelante en la sustentación de la alzada, la Sala es del criterio que nos han sido plateados los siguientes problemas jurídicos:

¿Fueron desconocidos los términos del preacuerdo por parte de la Jueza A quo cuando al momento de la dosificación de la pena de prisión decidió no partir del mínimo del primer cuarto de punibilidad sino del límite máximo de dicho cuarto punitivo?

- Solución:

Teniendo en cuenta que la tesis de la discrepancia propuesta por el recurrente en la alzada tiene como su argumento principal el afirmar que la Jueza A quo al momento de dosificar la penas desconoció los términos del preacuerdo que la Defensa había suscrito con la Fiscalía; a fin de determinar si le asiste o no la razón al apelante, se hace imperioso por parte de la Sala hacer un breve estudio de la figura de los preacuerdos y de sus características esenciales, y con base en dichos conceptos teóricos se procederá a

confrontar los términos del convenio con el fallo confutado, para así poder determinar si en efecto la A quo con la decisión apelada irrespetó lo pactado entre las partes.

Respecto de lo anterior, tenemos que los preacuerdos y las negociaciones, acorde con lo consignado en el articulo 348 C.P.P. se constituyen en una de las modalidades de terminación abreviada de los procesos penales que se rigen acorde con los postulados de Derecho Premial, en atención a que se le concede la posibilidad a la Fiscalía y a la Defensa de llegar a una serie de convenios o de pactos procesales en los cuales: a) Es posible convenir la aceptación de responsabilidad criminal por parte del procesado en consonancia con los cargos que le fueron endilgados a cambio que la Fiscalía reconozca un descuento punitivo; b) A cambio de la renuncia al derecho que le asiste al acriminado a ser encausado en un juicio oral, publico y contradictorio, se pueden modificar de manera más benéfica a los intereses del procesado los términos y circunstancias de los cargos endilgados ya sea en la imputación o acusación, o sus consecuencias punitivas.

A fin que se respeten los postulados del debido proceso, una de las características esenciales de los preacuerdos es su obligatoriedad e irretractabilidad, lo cual quiere decir, tal y cual como nos lo enseñan los artículos 293 y 351 C.P.P. que los mismos, siempre y cuando no quebranten garantías fundamentales, son de obligatorio cumplimiento tanto para el Juez de Conocimiento como para las partes e intervinientes, quienes no pueden retractarse de lo estipulado una vez que el Juez de la Causa le haya otorgado su correspondiente aprobación.

En el caso en estudio, observa la Sala que la tesis de la discrepancia propuesta por el recurrente, gira en torno a afirmar que por parte de la Jueza del Conocimiento se desconocieron los postulados del Principio de Obligatoriedad, en atención a que al momento de la dosificación de la pena pregonó en contra de los Procesados una serie de circunstancias agravantes que en ningún

momento le fueron endilgadas a los encausados por parte de la Fiscalía.

Pero si analizamos los términos del convenio pactado entre la Fiscalía y la Defensa en las calendas del 1º de noviembre de 2.011, la Sala es del criterio que en ningún momento la Jueza A quo actuó a espaldas del mismo como lo afirma el recurrente y mas por el contrario honró lo acordado entre las partes, si nos atenemos a que la esencia del acuerdo radicaba en que los Procesados aceptaban o admitían los cargos endilgados en su contra por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes tipificado en el inciso 3º del artículo 376 C.P. en la modalidad de conservar, y a su vez en compensación la Fiscalía les reconocía un descuento punitivo del 50% de la pena a imponer.

De lo antes expuesto se desprende que en dicho convenio en ningún momento se pactaron temas relacionados con la tasación de las penas a imponer, lo cual quiere decir que la Jueza de Conocimiento quedó con las manos libres en todo lo que tiene que ver con las operaciones de dosimetría punitiva, a las cuales tenía la obligación de aplicar las reglas consagradas en los artículos 60 y 61 C.P. pero obviamente que una vez que hubiese tasado la pena a imponer, le correspondía el deber o la obligación de descontarle a la misma el 50%, para de esa forma acatar lo acordado entre las partes, lo cual en efecto tuvo ocurrencia si nos atenemos a una simple lectura del fallo confutado.

Sobre este tema, la Corte, de vieja data, ha sido del siguiente criterio:

> "Es que a pesar de que la norma antecitada señale que *"el sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y la defensa"*, la interpretación sistemática y teleológica que a ella le ha dado la Sala indica que dicha prohibición no opera cuando el preacuerdo o negociación no incluyan el monto de la pena, de modo que -dijo la Corte en su radicado de tutela No.24.868 de abril 4 de

> 2.006 y reiteró en sentencia de casación dictada el 4 de mayo del mismo año en el proceso No. 24.531……."[1].

Por lo tanto, si en el presente asunto lo único que se acordó fue un descuento punitivo del 50% de la pena a imponer, sin que se dijera nada al respecto sobre la individualización o tasación de la pena, insistimos en que lo único a lo que la Jueza del Conocimiento estaba obligado a respetar de dicho convenio era el tema del quantum del descuento punitivo, por lo que válidamente podía acudir a las reglas de dosimetría punitiva para así individualizar la pena a la cual se le debía aplicar el descuento del 50%, como en efecto lo hizo.

Es más, si analizamos las operaciones de dosimetría punitiva llevadas a cabo por parte de la A quo, considera la Sala que la Jueza de primer nivel estuvo acertada cuando al momento de individualizar de la pena decidió no partir del límite inferior sino del superior del primer cuarto de punibilidad, lo cual es una consecuencia del mayor grado discrecionalidad que tiene el fallador en la fase en individualización de la pena la que se debe hacer en concordancia con los criterios del inciso 3º del artículo 61 C.P. los cuales están relacionados con *"la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto…."*.

Por lo que si el presente asunto el monto de las sustancias estupefacientes incautadas correspondían a un neto de de 127,8 gramos en lo que atañe a la cocaína y un peso neto de 998.3 gramos en lo que tiene que ver con la marihuana, las características relacionadas con la forma como estaban envueltas en papeletas y bolsas, aunado a que el inmueble en el cual fueron incautados dichos narcóticos era prácticamente un sitio de acopio

[1] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 07 de febrero de 2.007. Rad. # 26.448. M.P. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO.

de sustancias sicotrópicas, era válido pregonar la existencia de un mayor juicio de gravedad generado por la comisión del reato, así como una mayor alarma y amenaza social, lo que en consonancia con los postulados que orientan los principios de proporcionalidad y de prevención, justificaba que el fallador de instancia, al momento de la determinación de la pena, bien pudiera apartarse del mínimo punitivo consignado en el cuarto de punibilidad escogido para de manera discrecional tasar una pena superior que obviamente debe encontrarse dentro del rango de movilidad consignado en ese cuarto punitivo.

Luego, aquí no se presentó una doble valoración como de manera equivocada lo afirma el recurrente, sino que la cantidad de sustancia estupefaciente incautada, la cual excedía con creces la dosis mínima, de manera acertada fue utilizado al momento de la individualización de la pena, tal como lo ordena el ya enunciado inciso 3º del artículo 61 C.P. como criterio para determinar la mayor gravedad y el daño social generado por la comisión del delito, lo que a su vez habilitada al Fallador de instancia para no poder partir de la pena mínima y escoger una mayor.

En igual sentido a lo expuesto con antelación, bien vale la pena destacar que la Corte ha sido de la siguiente opinión:

> "En cuanto mayor sea la cantidad de droga objeto de decomiso, mayor será la intensidad del daño potencial o real ocasionado al interés jurídico tutelado y consecuencialmente más grave el hecho.....“[2].

En resumidas cuentas, concluye esta Colegiatura que no son acertados los reproches efectuados por el recurrente para catalogar como ilegal la pena impuesta en contra de declarado penalmente responsable, ya que por el contrario, como lo pudimos demostrar, la *A quo* estuvo acertada en las operaciones de dosimetría punitiva que condujeron a las penas impuestas en contra de los procesados

[2] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 7 de octubre de 1999, Rad. # 11.565. M.P. CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR.

de marras. Fuera de lo anterior, se les premió doblemente ya que se debió partir del segundo cuarto -108 a 132 meses- por la intervención de un sujeto activo plural, lo que no se puede examinar por prohibición de la *reformatio in pejes*.

APUNTES DE COLOFÓN:

No desconoce la Sala que como consecuencia de la entrada en vigencia de la Ley 1709 de 2014, fueron modificados los requisitos que los artículos 38 y 63 C.P. -Ley 599 de 2.000- exigían para la procedencia del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como el de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión. Tal situación se desprende de manera diáfana del contenido de los artículos 23 y 29 de la ley de marras, los cuales rezan lo siguiente:

> ART. 23. Adicionase un artículo 38B a la Ley 599 de 2000, del siguiente tenor:
>
> "ART. 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.
>
> 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.

ART. 29. Modificase el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

"ART. 63. **Suspensión de la ejecución de la pena.** La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos:

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.

2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2º del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1º de este artículo.

3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.

El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad accesorias a esta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política se exigirá su cumplimiento.

De lo antes expuesto se desprende que en lo que tiene que ver con la procedencia de tales sustitutos penales, se dio un giro drástico porque además de suprimirse todo lo relacionado con el análisis de los requisitos subjetivos, de igual forma fueron modificados el cumplimiento de los requisitos objetivos, ya que para la procedencia de la prisión domiciliaria ahora se exige que el delito objeto de la condena sea sancionado con una pena mínima que sea

de ocho (8) años de prisión o menos; mientras que para la suspensión condicional de la ejecución de la pena, se requiere esta no exceda los cuatro (4) años de prisión.

Pero es de anotar que la nueva ley consagró un requisito adicional para la procedencia de dichos sustitutos de la ejecución de la pena, el cual consiste en que el delito objeto de la declaratoria de responsabilidad criminal no haga parte de un listado de reatos consignados en el artículo 32 de la Ley 1709 ibidem[3] para los cuales estaba prohibido la concesión de tales subrogados penales.

Al aplicar lo antes expuesto al caso en estudio, como consecuencia de los postulados que orientan el principio de favorabilidad, consagrados en el inciso 3º del artículo 29 de la Carta, que pregona la aplicación retroactiva de la ley penal más beneficiosa a los intereses del procesado o condenado, es válido colegir que el aquí encausado no puede hacerse acreedor del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena acorde con la nueva reglamentación de la Ley 1709 de 2.014 debido a que no se cumple con el requisito objetivo, en atención a que el monto de la pena impuesta en su contra, que correspondió a 66 meses de prisión, superaría con creces el *quantum* de los 4 años de prisión.

Ahora bien en lo que tiene que ver con el reconocimiento de la pena de prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión intramural, en un principio se podría decir que el aquí procesado en virtud del Principio de Favorabilidad puede hacerse merecedor de tal pena sustitutiva, puesto que efectivamente el monto mínimo de la pena del delito por el cual fue pregonada su responsabilidad criminal corresponde a 64 meses de prisión, y ello no excede los 8 años establecidos en la nueva ley, y como quiera que no es necesario llevar a cabo ningún tipo de análisis para determinar el cumplimiento del factor subjetivo, válidamente se cumplirían a cabalidad con los requisitos exigidos por el ya enunciado artículo 23 de la Ley 1709 de 2.014.

[3] Subrogatorio del artículo 68A C.P.

Lo anterior seria cierto, de no ser porque el delito por el cual fue declarada la responsabilidad criminal del procesado es el de **Tráfico de Estupefacientes,** el que se encuentra dentro de ese listado de reatos consignados en el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014 para los cuales está expresamente prohibida la concesión de la prisión domiciliara.

Sobre este tema se hace necesario anotar que las prohibiciones delictivas consignadas en el artículo 32 de la Ley en cita, muchas de ellas, como consecuencia de una extraña técnica legislativa, no hacen relación a una modalidad punitiva especifica, sino al interés jurídicamente protegido, el cual a su vez está integrado por una serie de conductas punibles que de manera individual fueron tipificadas para su protección, como bien acontece en el caso subexamine en el cual como materia de prohibición se hace expresa mención de ***"los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones"***, que en esencia corresponderían a aquellos delitos que hacen parte del Titulo XIII, Capitulo II del Código Penal que ampara el interés jurídico de la Salud Publica. Por lo que en este asunto harían parte de la prohibición todos y cada uno de los delitos incluidos en el antecitado titulo y capitulo del código de penas, entre los cuales se encuentra el consagrado en el articulo 376 *ibidem*, que tipifica el delito de tráfico de estupefacientes, reato este que se caracteriza por consagrar una serie de múltiples conductas entre las cuales se encuentra la endilgada al procesado, la que corresponde a los verbos rectores de portar o llevar consigo.

Finalmente se podría decir que el procesado puede ser beneficiario de ese fenómeno de conjugación de leyes conocido por la doctrina como *"Lex Tertia"*, lo que en un principio no sería válido porque por regla general cuando tiene ocurrencia el fenómeno del conflicto de leyes en el tiempo que implicaría la aplicación del principio de favorabilidad, una vez que el intérprete haya escogido la Ley que en su opinión era la más favorable o beneficiosa a los interés del acriminado, dicha ley debe aplicarse en toda su integralidad, lo que

a su vez conllevaría a la exclusión de la ley odiosa, restrictiva o menos favorable.

Tal restricción hermenéutica conllevaría a que el intérprete al aplicar el principio de favorabilidad no pueda combinar o conjugar la leyes en conflicto para de esa forma crear una especie de tercera ley con base en la escogencia de los retazos que de tales leyes le resulten más favorables o beneficiosos al procesado y la exclusión de aquellos que no le sean convenientes.

Sobre las anteriores limitaciones habidas a la aplicación del principio de favorabilidad, la doctrina ha sido del siguiente criterio:

> "El segundo problema se plantea cuando la ley posterior contiene aspectos beneficiosos pero también perjudiciales, por ejemplo, disminuyendo la gravedad de la pena señalada para el delito pero estableciendo circunstancias agravantes que son aplicables al caso. Tal situación debe resolverse comparando las consecuencias concretas que una y otra ley supone para el caso en cuestión y **aplicando de manera completa la ley que permita las menos gravosas.**
>
> **Lo que no resulta posible, pese a que se ha propuesto doctrinalmente, es aplicar los aspectos más beneficiosos de una ley y de otra, pues con ello el tribunal estaría creando una nueva norma *(lex tertia)* y desempeñando con ello funciones legislativas que no le competen**……"[4].

Luego, en caso que se considere que las disposiciones la Ley 1709 de 2014 para la concesión de la prisión domiciliaria son más beneficiosas para los intereses del procesado que las consagradas en el Código Penal, ello, acorde con lo antes enunciado, implicaría la aplicación integral – principio de inescindibilidad de la Ley- de las normas más favorables en detrimento de aquellas consideradas como restrictivas u odiosas. Por lo que tal aplicación integral conllevaría a que la Ley 1709 de 2014 deba aplicarse en todo aquello que le resulte favorable como odioso a los interés del procesado, y en el presente asunto, como bien lo destacamos con antelación, el delito por el cual se pregonó la responsabilidad

[4] MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: Derecho Penal, Parte General. Página # 146, 8ª Edición. 2.012. Tirant Lo Blanch Editores. {Negrillas fuera del texto}.

criminal de los encausados se encuentra dentro del listado de aquellos reatos para los cuales está prohibido el reconocimiento de la prisión domiciliaria.

Por lo tanto, ya sea en aplicación de la ley derogada o de la ley nueva, seria válido concluir que en ninguna de esas dos disposiciones normativas el procesado podría hacerse acreedor de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión intramural.

Ahora bien en lo que tiene que ver con el tema de la *lex tertia*, no desconoce esta Colegiatura que la línea jurisprudencial trazada por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha morigerado un poco los drásticos limites hermenéuticos relacionados con la integración o conjugación de disposiciones que se encuentran en conflicto como consecuencia de la aplicación del principio de favorabilidad, como bien se desprende del siguiente precedente jurisprudencial que puede ser catalogado como sentencia hito:

> "Por lo menos dos cambios se advierten en la nueva legislación, en relación con la desaparecida, porque la *favorabilidad* quedó incluida dentro del principio de *legalidad*, dado que aquélla apenas constituye una excepción a uno de los matices de la legalidad (ley previa), pues de todos modos, aunque la ley sea posterior, por ser favorable (y sólo por ello) estaría eximida del requisito de la *preexistencia*, pero igualmente deberá ser *escrita, estricta y cierta*. De la misma manera, la *analogía favorable* excusa la exigencia de ley estricta, pero ésta deberá reunir las demás características. El segundo cambio atañe al énfasis legal, como norma rectora, de que la favorabilidad se aplicará "sin excepción".
>
> Se recordará que el Código Penal de 1980 consagraba el principio de legalidad en el artículo 1°, la favorabilidad en el artículo 6° y la exclusión de analogía en el artículo 7°.
>
> A partir de los cambios normativos resaltados, será necesario reinterpretar el significado de la palabra "ley" en el artículo 6° de la Ley 599 de 2000.
>
> En primer lugar, la favorabilidad es un problema que ocupa al funcionario judicial en el momento de aplicar la ley, desde luego siempre de cara a una vigencia sucesiva de normas. Es decir, como no es un problema de producción legislativa (legislador) sino de aplicación de la ley (funcionario judicial), debe atenderse al máximo al caso concreto o a la práctica y un poco menos al acervo teórico, con más

veras si el propósito legislativo ha sido el de que no se ponga cortapisa a la aplicación de la ley benigna o favorable así definida ("sin excepción", dice el precepto).

En razón de la amplitud que perfila el legislador en la aplicación de la ley permisiva, ha de entenderse por "ley" la norma o precepto que por regular jurídicamente un comportamiento, materia, problema o institución determinada, logra su propia individualización y tiene su particular ámbito de aplicación, sin importar en el concepto el grado de relación entre ellas, porque éste se encuentra supeditado a la ontología de aquéllas.

Así pues, en el caso de las penas principales concurrentes, como quiera que cada una de ellas tiene su regulación general, sus propios fines y el respectivo ámbito de aplicación que depende solamente del cumplimiento de la condición que significa el supuesto de hecho, en hipótesis (justificable sólo para determinar la ley más favorable) sería factible conformar una norma con cada una de ellas y el presupuesto común. Es decir, para el caso del artículo 408 del Nuevo Código Penal, analíticamente podrían advertirse tres (3) normas, porque la prisión de 4 a 12 años se prevé para la conducta de contratar con violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, y por igual comportamiento también se disponen sucesiva y concurrentemente las consecuencias de multa entre 50 y 200 salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas entre 5 y 12 años. De modo que, en cada caso concreto, será necesario predecir racionalmente entre las dos legislaciones que se suceden en el tiempo, cuál de ellas contiene la disposición más favorable en materia de pena privativa de la libertad, multa e inhabilitación, individualmente consideradas, porque si bien las tres consecuencias están previstas como concurrentes en un solo tipo penal, en su aplicación resultan perfectamente separables como normas individuales.

Igual ocurre con las penas accesorias porque ellas también ostentan su propio régimen, finalidad y ámbito de aplicación característicos, según se prevé en la parte general y en el tipo correspondiente de la parte especial, y, no obstante que accedan a las sanciones principales, de todas maneras no depende primeramente de éstas su aplicación sino de la satisfacción del supuesto de hecho.

(...)

Quienes piensan que la favorabilidad sólo puede preverse en relación con el código, ley o tipo complejo como sistemas o instituciones, y así, verbigracia, aplicarían integralmente el nuevo estatuto porque consagra una pena privativa de la libertad más benigna, no obstante contemplar una sanción pecuniaria más grave que la del anterior ordenamiento, sencillamente han dejado de aplicar la favorabilidad en esa última materia, a pesar de ser ésta perfectamente deslindable en su concepción teórica y práctica, aunque haga parte de un todo orgánico;

> o, en otras palabras, le han puesto restricciones a un instituto que el legislador quiere que los jueces desplieguen generosamente, siempre y cuando el precepto conserve su identidad y sentido jurídicos, por más que en su aplicación concreta deba relacionarse con otras normas. Adicionalmente, quienes de esa manera proceden, han puesto a depender la identidad y concreción de la pena de multa (o de la accesoria, en su caso) de la sanción privativa de la libertad, y no de la realización del supuesto de hecho, como debe ser.
>
> **Lo importante es que identificada una previsión normativa como precepto, cualquiera sea su conexión con otras, se aplique en su integridad, porque, por ejemplo, no sería posible tomar de la antigua ley la calidad de la pena y de la nueva su cantidad, pues un tal precepto no estaría clara y expresamente consagrado en ninguno de los dos códigos sucesivos, razón por la cual el juez trascendería su rol de aplicador del derecho e invadiría abusivamente el ámbito de la producción de normas propio del legislador.** A esta distinción de preceptos para efectos exclusivos de favorabilidad (ella supone una ficción), de modo que hipotéticamente puedan separarse en su aplicación, contribuye, verbigracia, el espíritu del artículo 63 del estatuto vigente, según el cual el juez podrá suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad y exigir el cumplimiento de las otras (multa e inhabilitación), sin que por ello se convierta en legislador o renegado de la respectiva disposición sustantiva que obliga la imposición de las tres penas como principales y concurrentes, pues la decisión judicial no es norma sino derecho aplicado…….”[5].

Es de resaltar que tal línea jurisprudencial ha sido reiterada de manera pacífica y uniforme por parte de la Corte en varios de sus pronunciamientos, entre los cuales vale la pena destacar, entre otros: la sentencia del 27 de agosto de 2.007, proceso # 23272; el auto del 22 de junio de 2.011, proceso # 36387 y la providencia del 23 de mayo 2012, proceso # 37.724. Por lo tanto, de un análisis del contenido de dichos precedentes, válidamente podríamos concluir que acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para la procedencia de la *ley tercia* en aquellos casos en que se requiera aplicar el principio de favorabilidad como baremo para la solución de un conflicto de sucesión de leyes en el tiempo, se requiere:

[5] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia de Única Instancia del tres de septiembre de 2.001. Proceso # 16837. M.P. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO. {Negrillas fuera del texto}.

- Que las normas en conflicto sean de naturaleza pluritemáticas o complejas, es decir, que regulen un fenómeno jurídico de manera integral pero con variedad de disposiciones y previsiones. Es de anotar que entre los ejemplos clásicos de leyes complejas o pluritemáticas, bien vale hacer mención de los códigos.

- Que sean múltiples y no únicas las consecuencias jurídicas generadas como efecto del cumplimiento o el acaecimiento de los preceptos o supuestos tipificados en las normas en conflicto, las cuales válidamente pueden ser escindidas como normas individuales. Vg. En materia penal, este fenómeno se presenta cuando el legislador decide por técnica y por política criminal que ante el cumplimiento del supuesto de hecho tipificado en la norma, el mismo puede generar de forma conjunta diferentes sanciones o penas, las cuales en caso de fraccionamiento bien pueden operar de manera independiente o autónoma, como acontece por vía de ejemplo en aquellos delitos que amparan el interés jurídico de la administración pública, en los cuales las sanciones corresponden a las penas de prisión y de multa, las que operan al mismo tiempo como penas principales, pero que válidamente pueden ser escindidas sin afectar la descripción típica.

Al aplicar lo antes expuesto al caso en estudio, podemos observar que las leyes en conflicto en un principio pueden ser catalogadas como normas de naturaleza pluritemática o compleja, pero si acudimos de manera específica a las dos disposiciones en choque, ósea el articulo 38 C.P. {Ley 599 de 2.000} y el artículo 23 de la Ley # 1.709 de 2.014, *las cuales regulan de manera específica y concreta el tema de la procedencia de la pena de prisión domiciliaria*, válidamente podríamos colegir que en esencia estamos en presencia de un conflicto generado entre disposiciones monotemáticas o simples. Pero aun mas, si analizamos más a fondo las consecuencias jurídicas que podrían generar el cumplimiento del supuesto de hecho tipificado en la norma, el cual no es otro que el reconocimiento de la pena de prisión domiciliaria

como sustitutiva de la pena de prisión intramural, se puede colegir de manera indubitable que estamos en presencia de una consecuencia única e indivisible, porque el legislador en ningún momento previó diferentes o plúrimas consecuencias ante el cumplimiento de tal precepto.

Tal situación nos indica que en el presente asunto al estar en presencia de disposiciones de naturaleza simple, que hacen parte de otras de carácter pluritemática, en las cuales el cumplimiento de sus supuestos de hecho solo generan una única consecuencia jurídica- en criterio de la Sala, acorde con lo establecido en los párrafos anteriores, ello incide para considerar como no válida la aplicación de la *lex tertia*. Por lo tanto, la norma escogida como posiblemente favorable a los intereses del procesado es la única que deba ser aplicada de manera integral, sin que la misma pueda ser objeto de ningún tipo de conjugación o de integración hermenéutica.

En resumidas cuentas, al no asistirle la razón a la tesis de la discrepancia propuesta por el recurrente, puesto que insistimos él *A quo* estuvo acertado en dosificación de la pena impuesta los acriminados, a la Sala no le queda otra opción distinta que la de confirmar lo decidido en el fallo confutado.

En merito de todo lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Administrando Justicia en nombre de la Republica y por Autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

Primero: Confirmar la sentencia proferida en las calendas del 4 de septiembre de 2.012, por parte del Juzgado 4º Penal del Circuito de esta localidad en la cual fue declarada la responsabilidad penal de los Procesados FELIPE ESTRADA ESTRADA y ÓSCAR HERNÁN BUITRAGO MARÍN por incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Segundo: Declarar que en contra de la presente sentencia de 2ª instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

Las partes quedan notificadas en estrado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SÁNZ
Magistrado

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ
Secretaria