El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de la respectiva sala.

Providencia: Sentencia - 22 de noviembre de 2016

Radicación Nro. : 66001 60 00 035 2013 03722 01

Procesado: Pablo César Posada Castañeda

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Magistrado Ponente: JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**Tema: APELACIÓN SENTENCIA DE PRIMER GRADO / ALLANAMIENTO UNILATERAL / EFECTOS / SOLO ES POSIBLE APELAR LA DOSIFICACIÓN / SE CONFIRMA / “**Para esta Corporación, el abogado recurrente desconoció los efectos que conlleva el allanamiento unilateral a los cargos por parte de su representado, el cual fue verificado por parte de la juez tercera penal municipal con funciones de control de garantías de Pereira, y corroborado por la juez de conocimiento en la sentencia de primer grado , al establecer que en el presente asunto no se avizoraba ninguna causal de nulidad que viciara el allanamiento a cargos por parte del procesado, ni había elementos de juicio que llevaran a inferir que la conducta atribuida al incriminado no era punible, por lo cual era procedente proferir una sentencia de condena en su contra.

De lo anterior se concluye que dentro del caso que ocupa la atención de la Sala, sólo le era permitido al abogado que representa los intereses del acusado, impugnar el fallo de primer nivel en lo que respecta al proceso de dosificación de la pena, la sanción impuesta, frente a los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, o respecto algún yerro por incongruencia entre lo acordado y lo resuelto en el fallo de primer nivel, razón por la cual la pretensión de absolución planteada por el censor no está llamada a prosperar, máxime cuando del registro de la audiencia de formulación de imputación se desprende que el allanamiento a cargos por parte del acusado se realizó de manera consciente, libre, voluntario y espontáneo, y con la asesoría de un profesional del derecho, razón por la cual no es necesario realizar argumentaciones respecto a la falta de antijuridicidad material de la conducta a la que hizo referencia el recurrente al sustentar su recurso.”

-----------------------------------------------------------------------------------------------------

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE

PEREIRA – RISARALDA

SALA PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Proyecto aprobado mediante acta 1077 del veintidós (22) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Pereira, veinticinco (25) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Hora: 9:30 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 60 00 035 2013 03722 01 |
| Acusado  | Pablo César Posada Castañeda  |
| Delitos | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes  |
| Juzgado de conocimiento  | 2º Penal del Circuito de Pereira  |
| Asunto a decidir  | Recurso de apelación contra sentencia de primera instancia. |

1. ASUNTO A DECIDIR

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado contra la sentencia del 4 de junio de 2014, proferida por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira, mediante la cual se condenó al señor Pablo César Posada Castañeda por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

2. ANTECEDENTES

2.1 Los hechos son los siguientes[[1]](#footnote-1):

*Tuvieron ocurrencia el 9 de agosto de 2013, a las 09:05 horas, cuando una patrulla de la Policía Nacional realizaba control por el sector rural sector Monte Largo, variante Condina kilómetro 3, vía pública de esta jurisdicción, observaron a un grupo de personas procediendo a abordarlas y al adelantar un registro voluntario a quien dijo llamarse Pablo César Posada Castañeda, se halló en poder de una bolsa plástica color blanca contentiva de sustancia vegetal color verde seca con características a estupefacientes; la cual se incautó. Ante este hallazgo se le informó su calidad de persona retenida y se le dan a conocer sus derechos…”*

2.2 Las audiencias preliminares se adelantaron el 10 de agosto de 2013 ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira, en la que la FGN le formuló imputación al señor Pablo César Posada Castañeda, por la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes bajo la inflexión verbal “llevar consigo”, previsto en el artículo 376 del CP, que acarrea una pena de 64 a 108 meses de prisión. El señor Posada Castañeda aceptó los cargos. No se solicitó la imposición de medida de aseguramiento en su contra.[[2]](#footnote-2)

2.3 El conocimiento de la presente causa le correspondió al Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira[[3]](#footnote-3). La audiencia de individualización de pena y lectura de sentencia se realizó el 4 de junio de 2014 [[4]](#footnote-4) Ese mismo día se profirió la sentencia de primera instancia[[5]](#footnote-5) .

2.4 La decisión fue apelada por el defensor del acusado.

3. IDENTIDAD DEL PROCESADO

Se trata de Pablo César Posada Castañeda, C.C. 9.868.314 de Pereira, nacido el 19 de abril de 1976, hijo de Gabriel y Nelly, analfabeta, de ocupación agricultor.

4. SOBRE LA DECISIÓN RECURRIDA

4.1 La juez de conocimiento sustentó el fallo condenatorio con base en los siguientes argumentos:

* El señor Posada Castañeda aceptó la imputación que se le hizo ante la juez tercera penal municipal con funciones de control de garantías, por lo que al no advertirse nulidad por vicios en la decisión de aceptación, ni ausencia de alguno de los requisitos para considerar que la conducta endilgada no es punible, lo procedente es dictar un fallo de condena.
* Pese a que se ha sostenido que la conducta realizada por el procesado no es antijurídica en sentido material, al no haber causado lesión al bien jurídico tutelado, lo real es que la condición de consumidor de marihuana invocada en favor del acusado, no resulta suficiente para plantear que debe ser absuelto por la comisión de la conducta punible que se le atribuye, ya que los adictos al uso de estupefacientes, deben respetar las normas, lo que incluye portar la dosis permitida de una sustancia sicoactiva, o una cantidad que la supere levemente, como se dijo en el precedente CSJ SP del 17 de agosto de agosto de 2011, radicado 35978 (se citó en el fallo recurrido).
* En el presente caso la conducta es típica con respecto a la violación del artículo 376 del CP, ya que el procesado fue sorprendido cuando llevaba consigo marihuana en cantidad que excedió la dosis para uso individual, sin permiso de autoridad competente.
* Tal conducta es antijurídica ya que sin justa causa se vulneró el bien jurídico de la salud pública.
* El comportamiento atribuido al procesado también es culpable, ya que lo ejecutó voluntariamente, no obstante tener conocimiento consciente de que su conducta era contraria a la ley penal
* Como el señor Posada Castañeda aceptó de manera libre, espontánea y consciente, la imputación que le formuló la delegada de la FGN, se entiende, de conformidad con el artículo 293 del CPP, que lo actuado es suficiente como acusación, siendo lo procedente la individualización de la pena.

4.2 PUNIBILIDAD: Luego de hacer el ejercicio de dosificación punitiva, la juez de primer grado fijó una pena de 64 meses de prisión y 2 salarios SMLMV ($1.179.000.oo,)

Seguidamente aplicó el precedente CSJ SP del 11 de julio de 2012, donde se expuso que la rebaja de pena por aceptación de cargos, en los casos de flagrancia, era del 12.5%, si se hacía en la audiencia preliminar.

En consecuencia se le impuso al procesado una sanción definitiva de 56 meses de prisión y $1.031.625.oo de multa y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un período igual al de la pena de prisión.

4.3 Se negó el subrogado de la condena de ejecución condicional, ya que en su caso no se reunía el requisito objetivo del artículo 63 del CP, modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 del 20 de enero de 2014.

4.4 No se reconoció al sentenciado la prisión domiciliaria, ya que el delito investigado, se encuentra enunciado dentro del inciso 2º del artículo 32 *Ibidem,* que modificó el articulo 68A del Código Penal, pues expresamente excluye de ese beneficio, entre otros, *"...delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones”.*

Además la *A quo* consideró que el procesado no tenía la calidad de padre cabeza de familia, en atención a la definición legal de ese concepto, que no incluye solamente a quien es proveedor económico, ya que no se había demostrado que la madre de los menores de edad hijos del señor Posada, con quien convive en unión marital de hecho, no estuviera en capacidad física o psicológica de procurar su cuidado, ya que las manifestaciones extrajuicio que entregaron Sandra Milena Posada Castañeda y José Arnoldo Cardona Arias ante el Notario Segundo del Círculo de Pereira, en el sentido de que la señora Maribel Ocampo padece de la tiroides y de diabetes, no demostraban que padeciera una patología incapacitante, situación que se debió establecer con la prueba pertinente, como un concepto médico.

La juez de primer grado expuso que tampoco se había aportado prueba que indicara que se presentaba una deficiencia sustancial de ayuda familiar para el cuidado de los menores, ya que con las mismas declaraciones que entregaron ante un notario las personas antes mencionadas, se estableció que los hijos menores de edad del señor Posada estaban bajo el cuidado de su progenitora Maribel Ocampo, quien es asimismo compañera del señor Pablo Cesar Posada Castañeda.

4.5 La decisión fue recurrida por el defensor del procesado.

5. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO

5.1 Defensor (recurrente)

Solicitó que se revocara la sentencia proferida en primera instancia, con base en los siguientes argumentos:

* Los jueces no deben aplicar la ley sino que les corresponde administrar justicia, ya que para ello han sido revestidos de facultades constitucionales legales, por lo tanto no deben ser exegéticos en la interpretación de las normas, sino que deben buscar la humanización del derecho penal.
* No resulta justo conducir a una prisión a una persona que presenta una enfermedad, ya que las patologías se curan en los hospitales con tratamientos acordes a sus padecimientos. El señor Posada Castañeda no tiene el perfil de ser un delincuente, y el Estado tiene el deber de garantizar los medios necesarios para que las personas abandonen su estado de adicción y enfermedad y se recuperen.
* La cantidad de droga incautada al acusado corresponde a la quinta parte de una libra de marihuana, que no constituye una dosis representativa de estupefacientes. Lo anterior, en consideración a los grandes cargamentos de drogas que transitan por las carreteras colombianas.
* El procesado es un agricultor, analfabeta, con un marcado grado de marginalidad, que no le hace daño a la sociedad. A su vez no vulneró el bien jurídicamente tutelado, ya que solamente se está causando un daño a si mismo con su adicción.
* Su defendido fue capturado en zona rural, en la finca donde trabajaba. Los miembros de la Policía Nacional ingresaron al predio donde estaba laborando a lindes con la carretera, donde fue requisado y capturado, sin que existiera una orden de allanamiento que le permitiera a los uniformados acceder a ese inmueble. Sin embargo, el señor Posada por ser analfabeta aceptó el procedimiento y luego se allanó a los cargos ya que efectivamente portaba la sustancia ilegal.
* No se puede dejar a un lado el concepto de dosis de aprovisionamiento, pues el acusado no se encuentra en condiciones económicas para salir todos los días a la ciudad, en búsqueda de su dosis personal de estupefacientes.
* El procesado no requiere de tratamiento penitenciario, ya que nunca ha estado detenido. Al sacarlo de su órbita familiar se obligaría a su compañera a salir de su hogar y abandonar a sus hijos para buscar un trabajo.
* En el presente caso no se cumple la función resocializadora, ni protectora que debe cumplir la pena.
* No se puede dar aplicación a lo dispuesto en la ley 1709 de 2014, ya que los hechos fueron anteriores a esa fecha, y la misma es irretroactiva.
* Anteriormente se concedía el subrogado a este tipo de personas, y subsidiariamente se concedía la prisión domiciliaria, por lo que considera que se debe dar aplicación al derecho a la igualdad al señor Posada Castañeda en el evento de que se confirme su condena, quien tiene arraigo en la comunidad y debe proveer el sustento de toda una familia en jornadas extensas, que es lo que lo lleva a consumir sustancias estupefacientes para hacer más liviana su carga y su trabajo.
* Reiteró que su prohijado debe ser absuelto ya que no se vulneró el bien jurídico tutelado; la pena no cumple su finalidad; se trata de un hombre honrado que vela por toda una familia; es adicto a sustancias estupefacientes y en consecuencia debe ser tratado como un enfermo y no como un delincuente.

5.2 Delegado de la FGN (no recurrente)

* El recurso de la defensa se fundamentó en la no concesión del subrogado penal, y en la negativa de absolución de su representado.
* Se encuentra plenamente demostrado que la cantidad de sustancia incautada fueron 121 gramos de cannabis. Dicha sustancia produce dependencia. Está prohibida por la ley, y superó el tope permitido en la ley 30 de 1986.
* No se puede pensar que la cantidad de estupefaciente incautado no haya puesto en peligro el bien jurídico tutelado, ya que es una conducta instantánea que no requiere de un resultado, de un daño efectivo ni material. El simple hecho de haber llevado la cantidad de sustancia, configura la conducta punible por la cual fue sentenciado el señor Posada Castañeda.
* La presunta falta de antijuridicidad material del comportamiento del acusado, que pregona la defensa no se desprende de ninguno de los EMP allegados por la FGN.
* El señor Posada, con el asesoramiento del abogado que funge como recurrente, reconoció haber infringido la ley penal, y por ello aceptó la imputación que le formuló la FGN.
* El recurrente no tendría interés jurídico para impugnar el fallo frente a los temas de la responsabilidad penal del acusado, ni sobre los elementos estructurales del delito, o sus consecuencias familiares, ya que se está frente a un allanamiento a cargos, donde sólo puede apelar sobre el *quantum punitivo*, los descuentos de pena otorgados por el juez de conocimiento, los subrogados o la concesión o no de la prisión domiciliaria.
* No son consistentes los argumentos de la defensa sobre la situación de hacinamiento carcelario, ni sobre los efectos que tendría la conducta del procesado frente a su familia.
* La ley 1709 de 2014 favorece al acusado en lo relativo al factor objetivo correspondiente al monto de pena para acceder al subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Sin embargo, en este caso la sanción impuesta excede los 48 meses de prisión, por lo cual no se cumple el requisito objetivo para acceder a ese beneficio.
* De conformidad con lo dispuesto en el artículo 68A del CP, el delito objeto de investigación se encuentra excluido del subrogado en mención. Pide que se confirme la decisión de primera instancia.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Competencia

Esta colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

6.2. Problemas jurídicos a resolver

En atención al principio de limitación de la segunda instancia, se debe tener en cuenta que en este caso específico, el defensor del procesado plantea dos tipos de peticiones en su recurso a saber: i) que se revoque la sentencia de primera instancia para que en su lugar se absuelva al procesado por la violación del artículo 376 del C.P., por falta de antijuridicidad material de su comportamiento; y ii) que en su defecto se le conceda el subrogado de la condena condicional o la prisión domiciliaria.

6.3 Teniendo en cuenta que en este caso el acusado aceptó cargos en la audiencia preliminar que se adelantó el 10 de agosto de 2013 ante el juzgado 3º penal municipal de esta ciudad con función de control de garantías por la violación del artículo 376 del C.P., con la consecuencia jurídica prevista en el inciso 2º de esa norma[[6]](#footnote-6), se hacen las siguientes consideraciones iniciales:

6.3.1 El artículo 351 del C. de P.P., dispone lo siguiente en su primer inciso: *“La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación.”.*

Por su parte el artículo 293 del mismo estatuto dispone: *“Si el imputado por iniciativa propia o por acuerdo con la fiscalía, acepta la imputación se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación.*

*Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y se convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia.”*

6.4 Frente a la figura jurídica del allanamiento a cargos, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha expuesto lo siguiente:

*“(…)*

*2.1. La aceptación de los cargos.*

*Es de la esencia del proceso penal acusatorio que un juez imparcial decida en un juicio público con inmediación y controversia probatoria acerca de la responsabilidad del procesado, en el contexto de un sistema que da cabida, de una parte, a la aplicación del novísimo principio de oportunidad, y de otra, a trámites que permiten decidir anticipadamente sobre el objeto del proceso sin controversia probatoria ni juicio.*

*La aceptación de cargos es precisamente una de las modalidades de terminación abreviada del proceso, que obedece a una política criminal cifrada en el objetivo de lograr eficacia y eficiencia en la administración de justicia mediante el consenso de los actores del proceso penal, con miras a que el imputado resulte beneficiado con una sustancial rebaja en la pena que habría de imponérsele si el fallo se profiere como culminación del juicio oral, de una parte, y de otra, que el Estado ahorre esfuerzos y recursos en su investigación y juzgamiento.*

*En tal actuación y en el marco del principio de lealtad que las partes deben acatar, por surgir la aceptación de cargos de un acto unilateral del procesado, que decide allanarse a los que le fueron formulados en la audiencia imputación con el fin de obtener una rebaja significativa en el quantum de la pena –como ocurre en este caso–, no hay lugar a controvertir con posterioridad a la aceptación del allanamiento por parte del Juez, la lesividad del comportamiento, o a aducir causales de justificación o de inculpabilidad.*

*En otras palabras, luego de que el Juez de control de garantías acepta el allanamiento por encontrar que es voluntario, libre y espontáneo, no es posible retractarse de lo que se ha admitido y el Juez de conocimiento debe proceder a señalar fecha y hora para dictar sentencia e individualizar la pena (artículos 131 y 294 de la ley 906 de 2004). En consecuencia, es incompatible con el principio de lealtad, toda impugnación que busque deshacer los efectos del acuerdo o la aceptación de la responsabilidad.*

*(…)*

*Ahora bien, si la aceptación de los cargos corresponde a un acto libre, voluntario y espontáneo del imputado, que se produce dentro del respeto a sus derechos fundamentales y que como tal suple toda actividad probatoria que permite concluir más allá de toda duda razonable que el procesado es responsable de la conducta, el Juez no tiene otra opción que dictar sentencia siendo fiel al marco fáctico y jurídico fijado en la audiencia de imputación.*

*De ello se sigue una segunda conclusión: el procesado tiene facultad para discutir en apelación y posteriormente alegar en casación la vulneración de sus garantías fundamentales, el quantum de la pena y los aspectos operacionales de la misma, aspecto éste último que le está vedado controvertir a quien precauerda con la fiscalía los términos de su responsabilidad y el quantum de la pena, siempre y cuando el Juez, como le corresponde, los haya respetado (inciso 4 del artículo 351 ley 906 de 2004).*

*Esto, porque se sabe que dentro de los presupuestos operativos del sistema con tendencia acusatoria se encuentra la contundencia de la actividad investigativa de la Fiscalía General de la Nación, postulado según el cual, su correcto funcionamiento supone que un alto porcentaje de procesos terminen por la vía del allanamiento a la imputación, por lo que el Legislador, para garantizar la seguridad jurídica y la operatividad del sistema, prohibió, desde determinado momento procesal, la posibilidad de retractación de lo aceptado. Por lo demás, en el asunto que ahora convoca la atención de la Sala, nunca se le ha escuchado al imputado manifestar su retractación.*

*De suerte que una vez realizada la aceptación de la imputación, la unidad defensiva conformada por el procesado y su procurador judicial, renuncian de manera voluntaria y definitiva, a desplegar la labor defensiva que la ley les ha reservado, a cambio de una sustancial reducción de pena.( Art. 8° ley 906 de 2004)*

*Si el momento propicio para solicitar la exclusión de prueba, información legalmente obtenida es la audiencia preparatoria, la aceptación de la imputación comporta una renuncia a dicha discusión y por tanto, aquellos asuntos que habrían de debatirse en dicha audiencia o en el trámite del debate público, estarían excluidos de la impugnación de la sentencia, la cual, como se ha dicho, queda reducida a aspectos relacionados con el monto de la pena a imponerse y la concesión de los subrogados penales; no siendo la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad, tópicos que pudieran discutirse.*

*No de otra manera puede entenderse el objetivo político criminal de las sustanciales reducciones de pena otorgadas por el legislador como consecuencia de la aceptación de cargos.”.*

6.5 SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO:

6.5.1 Al escuchar los registros correspondientes a la audiencia de formulación de imputación que se celebró el 10 de agosto de 2013, ante el juzgado 3º penal municipal con función de control de garantías de esta ciudad[[7]](#footnote-7) se advierte que se le formuló imputación al acusado por la violación del artículo 376 del C.P., con la pena prevista en el inciso 2º de esa norma, en la modalidad de “llevar consigo” y una vez enterado de los beneficios y consecuencias de su allanamiento a cargos, el señor Pablo César Posada Castañeda, quien estaba asistido por el mismo togado que funge como recurrente, aceptó de manera libre, consciente e informada la imputación jurídica que le presentó la delegada de la FGN en esa oportunidad[[8]](#footnote-8).

Esta situación impide reabrir el debate probatorio sobre la existencia del delito, y la responsabilidad del acusado, por lo cual no resulta procedente la solicitud de absolución, en los términos planteados por el defensor del señor Posada Castañeda, quien fue el mismo profesional que representó al procesado durante el desarrollo de esa diligencia preliminar.

6.5.2 Se debe tener en cuenta que durante la audiencia de individualización de pena y sentencia, efectuada el 4 de junio de 2014[[9]](#footnote-9) el abogado del señor Posada Castañeda planteó inicialmente que este debía ser absuelto o que en su defecto se le aplicara la pena mínima para la conducta en que incurrió, incluyendo la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional.

Expuso que el procesado no representaba ningún peligro para la sociedad ni para la comunidad, ya que no se trataba de un expendedor de sustancias estupefacientes, sino de una persona enferma que era adicta al consumo de marihuana, que tenía arraigo en la comunidad, era padre cabeza de hogar así conviviera con su compañera, quien estaba impedida para trabajar y se dedicaba al cuidado de sus hijos.

Para fundamentar su solicitud dio lectura a dos declaraciones extrajuicio rendidas en la Notaría Segunda del Círculo de Pereira por medio de las cuales se daba fe entre otras situaciones, de que el señor Posada velaba por su grupo familiar y de la adicción del acusado a las sustancias estupefacientes desde hacía 20 años. Asimismo leyó una constancia del Laboratorio Clínico Integral en la que se certificó que el señor Posada Castañeda era “positivo para marihuana”.

También expuso que de acuerdo a los precedentes existentes en materia penal, a las personas consumidoras de sustancias estupefacientes se les debía tratar como verdaderos enfermos, no como delincuentes, y se les debían brindar todos los medios para que abandonaran su estado de adicción, por lo cual su internación carcelaria no era la medida más idónea para tratar la problemática del señor Posada, ya que en su caso no se cumpliría ninguno de los fines de la pena.

6.5.3 Para esta Corporación, el abogado recurrente desconoció los efectos que conlleva el allanamiento unilateral a los cargos por parte de su representado, el cual fue verificado por parte de la juez tercera penal municipal con funciones de control de garantías de Pereira, y corroborado por la juez de conocimiento en la sentencia de primer grado , al establecer que en el presente asunto no se avizoraba ninguna causal de nulidad que viciara el allanamiento a cargos por parte del procesado, ni había elementos de juicio que llevaran a inferir que la conducta atribuida al incriminado no era punible, por lo cual era procedente proferir una sentencia de condena en su contra.

6.5.4 Por lo anterior, a la Sala le corresponde definir si en el caso *sub lite,* resulta procedente el pedimento de absolución del procesado que ha formulado la defensa, pese a la existencia de una aceptación de responsabilidad efectuada válidamente por el acusado, frente a la imputación que se le hizo por la violación del artículo 376 del CP.

6.5.5 Sobre el tema hay que manifestar que esta colegiatura, en providencia del 26 de septiembre de 2014, con ponencia del Magistrado Jorge Arturo Castaño Duque, en un caso similar, adujo lo siguiente:

*“(…)*

*Es bien cierto, como lo ha sostenido el Tribunal desde hace ya buen tiempo con asiento en la jurisprudencia nacional, que no puede ser suficiente la mera aceptación de cargos para proferir una condena.*

*La Corte Constitucional, inicialmente por medio de la Sentencia C-425/96, M.P. Carlos Gaviria Díaz, y posteriormente en la SU-1300/01, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, con relación a la anterior figura de la sentencia anticipada, señaló:*

*“El juez no puede fallar basado exclusivamente en el dicho o aceptación de los hechos por parte del procesado, sino en las pruebas que ineludiblemente lo lleven al convencimiento de que éste es culpable. La aceptación por parte del implicado de ser el autor o partícipe de los hechos investigados penalmente, aunada a la existencia de prueba suficiente e idónea que demuestre tal afirmación, permite desvirtuar la presunción de inocencia”.*

*En vigencia del nuevo estatuto contenido en la Ley 906/04, el mismo órgano de cierre constitucional retomó el punto en su Sentencia T-091/06, M.P. Jaime Córdoba Triviño, para hacer un comparativo entre la sentencia anticipada y el nuevo allanamiento unilateral a cargos, a consecuencia de lo cual se aseveró:*

*“La validez de estas opciones está condicionada, de manera general, a la existencia de prueba sobre la responsabilidad aceptada por el imputado o acusado y a que se preserven las garantías fundamentales.*

*[…]*

*En el nuevo sistema la carga de la prueba radica igualmente en el órgano de investigación penal. La aceptación unilateral de cargos conduce necesariamente a una sentencia condenatoria que debe estar fundada en el “convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda” (Art.7°). De manera que la sentencia condenatoria producida sin agotar el debate público debe contar con el presupuesto relativo a la existencia de evidencia o material probatorio sobre la responsabilidad aceptada del procesado. Mediante la aceptación de los cargos y la evidencia o elementos materiales de prueba, el procesado renuncia a controvertirlos en el juicio”.*

*Es claro por tanto para el Tribunal y así lo ha entendido desde siempre, que no puede ser suficiente la mera aceptación de cargos para proferir una condena, en cuanto el juez no es un autómata, ni estamos ante un procedimiento mecánico, y el funcionario tiene que apersonarse de la situación a efectos de verificar, por lo menos, que el hecho atribuido sea en realidad típico y que existe una base seria de autoría y responsabilidad en la incriminación; de lo contrario, no podría proferir una declaración de culpabilidad por encima de preclaros preceptos legales y constitucionales.*

*De ese modo, cuando se asegura que el procesado no puede retractarse de lo ya admitido, ello se entiende sin perjuicio de que la evidencia demostrativa mínima esté garantizada y que, por supuesto, los hechos referidos como ciertos por el ente acusador -imputación fáctica- estén acordes con la adecuación legal del comportamiento -imputación jurídica-.*

*Cabe recordar también, que el juez de control debe estar alerta a la proposición fáctica y jurídica que hace la Fiscalía al momento de comunicar al indiciado la imputación, con el fin de pedir las aclaraciones, complementaciones o correcciones que fueren indispensables, en aras de hacer congruente el cargo y tener un control efectivo sobre la tipificación de la conducta .*

*Ocurre sin embargo, que esa posibilidad en cuanto a la exigencia de prueba para condenar se refiere, tiene también una limitante apenas obvia tratándose de las terminaciones abreviadas del proceso por consenso o por aceptación unilateral, puesto que la defensa no puede entrar a cuestionar los elementos materiales probatorios o evidencias físicas que en forma preliminar ha presentado la Fiscalía como soporte de la imputación.*

*Desde hace ya buen tiempo y de manera pacífica, nuestro Tribunal de Casación dejó sentado como criterio -nos referimos a los pronunciamientos surgidos a partir, que se recuerde, de la sentencia del 08-07-09, radicación 31531-, que la defensa tenía derecho a apelar las sentencias que avalaran los allanamientos a cargos o los preacuerdos y a interponer el recurso de casación, siempre y cuando ello no signifique que las instancias superiores sirvan para que el procesado se retracte de su alegación de culpabilidad. Allí se dijo, que la posibilidad de apelar y de solicitar la casación por parte de la defensa se limita a controvertir la dosificación de la pena, a exigir mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, a controvertir alguna incongruencia entre lo acordado y lo resuelto y, desde luego, a alegar transgresiones a las garantías fundamentales del procesado. Lo cual traduce, que si el defensor sostiene la vulneración de los derechos al debido proceso o a la defensa, no podrá concentrar su censura en cuestiones probatorias, como la omisión en la práctica de pruebas o la violación del derecho de contradicción.*

*Esa posición ha sido reiterada en múltiples pronunciamientos por nuestro órgano de cierre, y en reciente decisión precisó lo siguiente:*

*“[…] La fundamentación que presenta la demandante en el único cargo formulado, se encamina a desacreditar la concurrencia de la circunstancia de agravación del delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones determinada por el empleo de medios motorizados (numeral 1º del artículo 365 del Código Penal), pretensión que evidentemente se encamina a desconocer la aceptación de cargos que libre, voluntaria y debidamente informado hicieron los procesados en la audiencia de imputación, situación que resulta manifiestamente improcedente, pues quien promueve la terminación anticipada del proceso por vía de aceptación de cargos carece de interés jurídico para controvertir a través de apelación e, incluso, de casación, lo relacionado con el injusto o su responsabilidad, en tanto ello implica una retractación de lo aceptado o acordado que desconoce lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 293 del Código de Procedimiento Penal de 2004, modificado por la Ley 1453 de 2011, conforme al cual:*

*“(…) Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes…” .*

*Ya la Sala, reiterada y pacíficamente ha sostenido, en consonancia con lo expuesto en vía de exequibilidad por la Corte Constitucional, que en tratándose de esas formas de terminación anticipada del proceso acusatorio, insertas dentro de la llamada justicia premial, referidas al allanamiento a cargos y los preacuerdos o negociaciones, no es factible, una vez verificado que se trató de una aceptación de responsabilidad penal que operó libre, voluntaria y completamente informada, desdecir de lo pactado, no importa si ello proviene, en el caso de los acuerdos, de la Fiscalía o el acusado […]”*

*Y lo anterior es totalmente lógico, porque precisamente el allanarse a los cargos implica necesariamente el despojo del derecho a la no autoincriminación y de la facultad de controvertir lo allegado en su contra.*

*En esos términos, la Colegiatura encuentra que no le es dable a la defensa, como ocurre en el presente caso, elevar una impugnación con el ánimo de controvertir la responsabilidad de su representado, el cual asesorado por ella, aceptó los cargos, máxime cuando dicho argumento ya había sido propuesto en la primera instancia y se obtuvo una respuesta adversa a su pretensión.*

*No obstante considera preciso el Tribunal señalar, en consonancia con lo sostenido por el funcionario a quo, que el hecho de que el acusado utilice la sustancia estupefaciente con fines terapéuticos no torna en lícita su conducta, como erróneamente lo sostiene la togada recurrente, puesto que hasta el momento en nuestro país no se ha autorizado su utilización con esos fines; por tanto, el mero hecho de llevarla consigo, como en efecto ocurrió, independientemente del uso que pretendía darle, configura la conducta que le fue endilgada y respecto de la cual se allanó a los cargos.*

*(…)”*

6.5.6 De lo anterior se concluye que dentro del caso que ocupa la atención de la Sala, sólo le era permitido al abogado que representa los intereses del acusado, impugnar el fallo de primer nivel en lo que respecta al proceso de dosificación de la pena, la sanción impuesta, frente a los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, o respecto algún yerro por incongruencia entre lo acordado y lo resuelto en el fallo de primer nivel, razón por la cual la pretensión de absolución planteada por el censor no está llamada a prosperar, máxime cuando del registro de la audiencia de formulación de imputación se desprende que el allanamiento a cargos por parte del acusado se realizó de manera consciente, libre, voluntario y espontáneo, y con la asesoría de un profesional del derecho, razón por la cual no es necesario realizar argumentaciones respecto a la falta de antijuridicidad material de la conducta a la que hizo referencia el recurrente al sustentar su recurso.

6.5.7 Aunado a ello, se debe recordar que como consecuencia de su avenimiento a la imputación, el señor Pablo César Posada Castañeda renunció al derecho de tener un juicio oral, público, concentrado y con inmediación de la prueba, a través del cual se hubieran practicado las pruebas que hubiera considerado pertinentes para acreditar que en su caso se configuraba alguna causal de exoneración de responsabilidad.

Por ello considera esta Corporación que en aplicación del principio de preclusión de los actos procesales, la declaración extraprocesal[[10]](#footnote-10) y la prueba de laboratorio[[11]](#footnote-11) mencionada por el defensor del acusado en la audiencia prevista en el artículo 447 del CPP, con la cual el defensor del acusado pretendía acreditar su condición de persona adicta a las sustancias estupefacientes, que no tiene la calidad de dictamen pericial en los términos de los artículos 405 y ss. del CPP, resultan irrelevantes puesto que como ya se advirtió, en el caso concreto se presentó un allanamiento a cargos del procesado, que fue verificado por el juez competente en un acto público donde le fueron respetadas las garantías fundamentales al procesado.

Por lo anterior, fue acertada la decisión de la juez segunda penal del circuito de esta ciudad en el sentido de emitir sentencia de carácter condenatorio en contra del señor Pablo César Posada Castañeda, con base en la aceptación de cargos realizada en la audiencia preliminar de formulación de imputación del 10 de agosto de 2013, por lo que se confirmará dicho proveído en tal aspecto.

6.6 A su vez se debe manifestar que en atención al monto de la pena impuesta que excede de 4 años de prisión, no se reunía el factor objetivo previsto en el artículo 63 del CP, para reconocer el subrogado de la condena de ejecución condicional, reclamado por el recurrente.

6.6.1 Sin embargo como en el recurso interpuesto se plantea la posibilidad de conceder al sentenciado la prisión domiciliaria, se debe manifestar lo siguiente:

En el texto vigente del artículo 38 del C.P., para la fecha de los hechos, se disponía lo siguiente en su primer numeral:

 *“Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos…“*

En este caso el delito investigado tiene una pena mínima de 64 meses de prisión, que excede ese límite.

Se podría argüir en favor del sentenciado que el artículo 23 de la ley 1709 de 2014 resulta más favorable ya que dispone lo siguiente:

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

Con lo anterior, se cumpliría el factor objetivo para reconocer ese beneficio. Sin embargo se debe tener en cuenta que el artículo 32 de la citada ley 1709 de 2014, prohibió la concesión de ese beneficio a quienes hayan sido condenados por: *“delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones“,* conforme a la restricción establecida en el inciso 2º del artículo 38B del C.P.

6.6.2 Por lo tanto no se podría aplicar al caso una especie de *lex tertia,* tomando lo favorable de la ley 1709 de 2014, en lo relativo al factor objetivo y dejando de lado la restricción antes mencionada que aparece consignada en la misma norma.

6.6.3 A su vez, de la declaración extrajuicio anexada por el defensor en la audiencia prevista en el artículo 447 del CPP, no se deduce claramente que el sentenciado reúna los requisitos previstos en el numeral 5º del artículo 314 del CPP, en consonancia con el artículo 461 *ibídem,* por lo cual no se accederá a esa solicitud, lo que no impide que sea presentada ante el juez de EPMS, una vez cobre ejecutoria la sentencia, para que se haga la correspondiente visita socio-familiar y se establezca si realmente el señor Posada tiene la calidad de “padre cabeza de familia”, de acuerdo a la definición contenida en el artículo 2º de la ley 2 de 1982 modificado por la ley 1232 de 2008 que dispone lo siguiente:

*“Artículo 2o. Jefatura femenina de hogar. Para los efectos de la presente ley, la Jefatura Femenina de Hogar, es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios sociodemográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil.”*

En concordancia con lo anterior, es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

Lo anterior con base en lo dispuesto en el artículo 38-6 de la ley 906 de 2004.

Sobre el tema se debe agregar que en la sentencia CSJ SP del 23 de marzo de 2011, radicado 34784 se dijo lo siguiente:

*(…)*

*“Como se observa, la Corte Constitucional es reiterativa en señalar que el interés superior del niño, es el criterio que debe guiar al juez al momento de examinar la viabilidad del beneficio. Por tanto, una vez establezca la condición de madre o padre cabeza de familia, según el caso, es ineludible examinar la concreta situación del menor, el grado de desprotección, o desamparo por ausencia de otra figura paterna o familiar que supla la presencia del progenitor encargado de su protección, cuidado y sustento.*

*Adicionalmente, precisó que el funcionario judicial también debe atender a la naturaleza del delito por el cual se adelanta proceso penal al padre o madre cabeza de familia, en orden a preservar la integridad física y moral del menor…”*

6.7 Finalmente, y en aplicación del principio de limitación de la segunda instancia, esta colegiatura no hará ningún pronunciamiento sobre la pena impuesta al procesado, ya que ese acápite de la sentencia no fue objeto del recurso de apelación.

Por lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada por la juez 2º penal del circuito de Pereira en la cual se condenó al señor Pablo César Posada Castañeda, por la violación del artículo 376 del C.P., en lo que fue objeto de impugnación.

SEGUNDO: La presente decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ

Secretaria

1. Folio 2 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 4-5 [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 6 [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 11 [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 16-22 [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 4 a 5 [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 4 a 5 [↑](#footnote-ref-7)
8. Audiencia del 10 de agosto de 2013. A partir de H. 00. 19.35 [↑](#footnote-ref-8)
9. Audiencia del 4 de junio de 2014. A partir de H. 00.06.07 [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 12 [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 15 [↑](#footnote-ref-11)