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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: PRISIÓN DOMICILIARIA TEMPORAL / DECRETO 546 DE 2020 / EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD / DELITO EXCLUIDO / TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES / PERSONA YA CONDENADA.**

… la excepción de inconstitucionalidad regulada en el art. 4° de nuestra Constitución Política, es entendida como una especie de facultad o para mejor decirlo, casi que un deber que tienen, entre otros, los administradores de justicia de, en un caso concreto, inaplicar una norma porque la misma resulta evidentemente contraria a lo establecido en la constitución, esto en atención al principio de la supremacía constitucional…

Compaginando lo anterior con lo expuesto por la recurrente en su libelo, es evidente que ella considera que el art. 6° del decreto 546 de 2020, va en contra vía de preceptos constitucionales tales como el derecho a la igualdad, pues excluye de la aplicación del beneficio allí establecido a un grupo determinado de personas, pero además también vulnera los derechos a la salud y la integridad física…

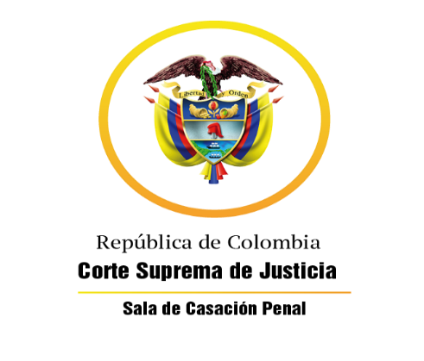
De acuerdo a ello, vale señalar que en efecto el espíritu del Decreto 546 de 2020, era el lograr descongestionar un poco el sistema penitenciario colombiano a fin de evitar la propagación del virus del COVID-19 en las cárceles y centros de detención transitorios del país, enfocando el beneficio de esa detención o prisión domiciliaria transitoria, en aquellos privados de la libertad que, por su edad o estado de salud, son más vulnerables a contraer el virus. Sin embargo, la misma norma en cita, estableció una serie de requisitos y prohibiciones para acceder a dicho beneficio, razón por la cual en su artículo 6°, prácticamente reprodujo lo que el Código Penal dice en el artículo 68A, sin que con ello se pueda decir que se está vulnerando el derecho a la igualdad de las personas privadas de la libertad, puesto que esa especie de trato diferencial está justificado en que no todos los delitos afectan de la misma manera los bienes jurídicamente protegidos por la legislación penal y mucho menos causan el mismo daño a la sociedad.

Aunado a lo anterior, tampoco se puede decir que la aplicación de aquella restricción pone en riesgo la salud o integridad física de la procesada, pues si bien es cierto sus padecimientos requieren una serie de cuidados y atención especial, no existe concepto del médico legista que indique que los mismos son incompatibles con la vida en reclusión…

Por otra parte, una vez revisado el contenido total de la carpeta enviada por el Despacho se evidenció que el Juzgado de primer nivel profirió sentencia condenatoria por preacuerdo, en contra de la señora YA, en la cual se le impuso una pena de prisión intramural de 48 meses de prisión, negándoles además el beneficio del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución transitoria y extraordinaria de la prisión intramural por la domiciliaria regulada por el Decreto legislativo 546 de 2020, por estar excluido de dicho beneficio el delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de “venta” que fue el reato sobre el cual giró el preacuerdo realizado por ella y sus compañeros de causa con la Fiscalía.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**AUTO INTERLOCUTORIO DE 2ª INSTANCIA**

Pereira, diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Aprobado por acta No. 675

Hora: 2:00 p.m.

Procesada: YA

Delito: Tráfico o porte de estupefacientes

Rad. # 66088 60 0062 2019 00001 02

Asunto: Apelación de auto que niega prisión domiciliaria transitoria.

Decisión: Confirma decisión.

**ASUNTO:**

Procede la Sala a resolver la apelación interpuesta de manera subsidiaria por la abogada defensora de la Sra. **YA**, en contra de la decisión adoptada el 05 de mayo de 2020 por parte del Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, por medio de la cual se le negó el sustituto de la detención intramural por la domiciliaria transitoria establecida en el Decreto 546 de 2020, esto dentro del proceso que se surte en contra de la procesada de marras por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes.

**ANTECEDENTES:**

Del contenido de los medios de conocimientos conocidos por la Colegiatura, se desprende que la Procesada YA, a quien se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes, se sometió a una de las modalidades de la terminación abreviada de los procesos penales, y al momento en el que el Juzgado de primer nivel estaba prestó para proferir la correspondiente sentencia, la Letrada que representa los intereses de la encausada deprecó una petición mediante la cual solicitó que el Juzgado *A quo* le concediera el sustituto de la *Prisión Domiciliaria Transitoria* (sic) regulada en el Decreto Legislativo 546 de 2020[[1]](#footnote-1).

Asimismo, la actuación procesal nos señala que el Juzgado de primer nivel no accedió a la petición impetrada por la Defensa, lo que a su vez suscitó para que en su contra la Defensa interpusiera sendos recursos: Uno principal de reposición y uno subsidiario de apelación.

Dado lo anterior, el asunto fue repartido a esta Corporación, sin embargo, la Sala mediante auto del 27 de mayo de 2020 decidió inhibirse de resolver la apelación toda vez que la recurrente interpuso este de manera subsidiara al de reposición que se evidenció no fue resuelto por el *A quo*, por tal razón se ordenó la devolución del expediente al juzgado de origen a fin de que se resolviera la reposición.

Luego, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, por medio de auto interlocutorio del 08 de junio de 2020, resolvió el recurso de reposición confirmando su negativa inicial, por ende, dispuso la remisión del proceso a esta Corporación a fin de se que resolviera la apelación.

El 06 de mayo del año en curso el Juez Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, profirió sentencia condenatoria en contra de la señora YA imponiéndole una pena de prisión intramural de 48 meses de prisión, además, le negó el beneficio del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución transitoria y extraordinaria de la prisión intramural por la domiciliaria regulada por el Decreto legislativo 546 de 2020, por estar excluido de dicho beneficio el delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de “venta”, que fue el reato sobre el cual giro el preacuerdo realizado por ella y sus compañeros de causa con la Fiscalía.

**EL AUTO OPUGNADO:**

Como ya se indicó, se trata de la decisión adoptada el pasado 05 de mayo, por medio de la cual el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, decidió negar a la señora YA el sustituto de la detención preventiva intramural por la domiciliaria transitoria regulada en el Decreto 546 de 2020, para llegar a dicha determinación el A-quo tuvo en cuenta lo establecido en el decreto de marras el cual en su artículo 6º estableció una lista de delitos los cuales quedaban de manera expresa excluidos del beneficio allí regulado, conductas delictuales entre las que se encuentra enlistada aquellos relacionados con el tráfico de estupefacientes, categoría dentro de la que encaja el reato por el cual se estaba juzgado a la señora YA.

Aunado a ello, indicó el juzgador, que en el asunto bajo estudio tampoco operaba la legislación ordinaria por prohibición expresa del artículo 68B del código penal, que la limita a conductas punibles que en su mínimo sean iguales o inferiores a 8 años, sin importar la pena en este caso a aplicar, por haberse dado uno de los fenómenos de terminación anticipada del proceso.

**LA ALZADA:**

Inconforme con la decisión de instancia la Defensora de la procesada interpuso los recursos de ley, indicando para ello que en el caso de su representada debía aplicarse la excepción de constitucionalidad establecida en el art. 4° de la Carta Magna, a fin de proteger las garantías e intereses constitucionales de la encartada, como lo son sus derechos a la salud, vida, integridad física e igualdad, teniendo en cuenta que ella es una paciente que presenta un diagnóstico de V.I.H. además de tuberculosis, padecimientos que con la actual situación que se vive en todo el planeta por la pandemia del COVD-19, incrementan sus posibilidades de contagio de no poder tener ella los cuidados necesarios. Aunado a ello, las excepciones contenidas en el art. 6° del Decreto 546 de 2020, son evidentemente discriminatorias para un grupo de personas, a quien valga decirlo también se les excluye de la posibilidad de acceder a subrogados y beneficios administrativos, según normas preexistentes.

Dado lo anterior, la libelista solicitó se revoque la decisión de instancia para en su lugar concederle a su prohijada el beneficio pedido, en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad y de convencionalidad.

**La Fiscalía como no recurrente** presentó escrito solicitando se confirme la decisión de instancia por cuanto si bien es cierto la señora YA presenta una serie de patologías descritas en el artículo 2° literal C del Decreto 546 de 2020, lo que en principio la haría merecedora del beneficio solicitado, no se puede perder de vista que en el presente asunto no se cumple con el factor objetivo, el cual es dado por la conducta punible endilgada, que excluye de ese beneficio de acuerdo al art. 6° de la misma, entre otros, a quienes son juzgados o han sido condenados por delitos de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes; pero adicional a esa exclusión por el tipo de delito, también se tiene que en el caso bajo análisis opera otra exclusión del beneficio, la cual está contemplada en el parágrafo 2° del art. 6° del Decreto en cita, indicando que “No habrá lugar a detención o la prisión domiciliaria transitorias, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores”, y a la señora YA le figuran en la actualidad dos condenadas activas, una del 12 de noviembre de 2015 por el delito de fraude a resolución judicial en la que se le impuso una pena de 15 meses de prisión y otra del 04 de junio de 2014 por trafico, fabricación o porte de estupefacientes, por la que se le condenó a 84 meses de prisión.

Dado lo anterior es claro que en el caso bajo análisis no es viable acceder a lo pretendido por la defensa pues es evidente la prohibición que existe para ello, además no hay nada que indique que la salud o la vida de la encausada se encuentre en riesgo por permanecer en el sitio de reclusión en donde esta por demás decirlo, viene recibiendo toda la atención necesaria para sus morbilidades.

* **Decisión de la reposición:**

Toda vez que la Letrada que representa los intereses de la señora YA interpuso como principal el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, frente a el primero, el A-quo se pronunció mediante auto del 08 de junio de 2020, no reponiendo su determinación arguyendo para ello lo siguiente:

“Se ha criticado bastante el decreto legislativo que contempla las domiciliarias en tiempos de pandemia, pues lo que hace con la mano lo borra con el codo de las exclusiones, y razón no les falta a sus críticos, pues en la ponderación con garantías superiores vitales se queda corto; pero es su misma naturaleza excepcional de prioritario tramite, el que fija unos lineamientos que los operadores inferiores de la cadena Judicial no pueden sino cumplir, conocidos en carne propia los efectos de orden disciplinario y penal incluso a quienes osen tomar decisiones independientes o autónomas precavidas incluso de abundantes y suficientes argumentos.

Es pues a esas superioridades, de las que conocemos novísimas interpretaciones de sello garantista, a las que les corresponde dejar esa impronta pro homine en la administración de justicia que tanto los necesita, para bajo esa egida marchar todos vuestros subalternos…”[[2]](#footnote-2)

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**Competencia:**

Según lo establecido en el numeral 1º del artículo 34 C.P.P. esta Corporación, en su Sala Penal de Decisión, es la competente para asumir el conocimiento de la presente alzada, no sin antes declarar que hasta ahora no se avizora nulidad alguna que haga inválida la actuación.

**- Problema Jurídico:**

De lo expuesto por la recurrente en su libelo de apelación se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Debe el Juez aplicar la excepción de inconstitucionalidad en el presente asunto, para concederle a la señora YA, el sustituto de la detención intramural por la domiciliaria excepcional regulada en el Decreto 546 de 2020, a pesar de que el delito por el que ella es procesada se encuentra enlistado entre aquellos que la misma norma en su artículo 6° excluye de dicho beneficio?

**- Solución:**

Para empezar a dar solución al problema jurídico acá propuesto, debe empezar la Sala por señalar que la excepción de inconstitucionalidad regulada en el art. 4° de nuestra Constitución Política, es entendida como una especie de facultad o para mejor decirlo, casi que un deber que tienen, entre otros, los administradores de justicia de, en un caso concreto, inaplicar una norma porque la misma resulta evidentemente contraria a lo establecido en la constitución, esto en atención al principio de la supremacía constitucional, sus principales características son: i) competencia in genere de aplicación, ii) sus efectos son inter partes, iii) se puede dar por solicitud de parte o declarada de manera oficiosa, y iv) obedece a unos criterios objetivos de aplicación, como lo es que no exista, de manera previa, un pronunciamiento judicial de exequibilidad por parte de la Corte Constitucional o de legalidad por el Consejo de Estado, según el caso, sobre la norma respecto de la cual se solicita aplicar esta figura, y que dicho pronunciamiento sea declarando el apego de la norma a la constitución.

Sobre el tema, ha dicho la Corte Constitucional que:

Como primera medida, es importante aludir que el artículo 4º de la Constitución Política establece que, cuando existen normas contrarias a la Constitución, se aplicarán las medidas contenidas en la Carta Política debido a su superioridad jerárquica. Lo anterior fundamenta el objeto de la figura conocida como excepción de inconstitucionalidad. La jurisprudencia constitucional ha definido que “la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política”[[3]](#footnote-3)

Compaginando lo anterior con lo expuesto por la recurrente en su libelo, es evidente que ella considera que el art. 6° del decreto 546 de 2020, va en contra vía de preceptos constitucionales tales como el derecho a la igualdad, pues excluye de la aplicación del beneficio allí establecido a un grupo determinado de personas, pero además también vulnera los derechos a la salud y la integridad física de su representada, dadas las patologías base que esta presenta, esto es V.I.H y Tuberculosis.

De acuerdo a ello, vale señalar que en efecto el espíritu del Decreto 546 de 2020, era el lograr descongestionar un poco el sistema penitenciario colombiano a fin de evitar la propagación del virus del COVID-19 en las cárceles y centros de detención transitorios del país, enfocando el beneficio de esa detención o prisión domiciliaria transitoria, en aquellos privados de la libertad que, por su edad o estado de salud, son más vulnerables a contraer el virus. Sin embargo, la misma norma en cita, estableció una serie de requisitos y prohibiciones para acceder a dicho beneficio, razón por la cual en su artículo 6°, prácticamente reprodujo lo que el Código Penal dice en el artículo 68A, sin que con ello se pueda decir que se está vulnerando el derecho a la igualdad de las personas privadas de la libertad, puesto que esa especie de trato diferencial está justificado en que no todos los delitos afectan de la misma manera los bienes jurídicamente protegidos por la legislación penal y mucho menos causan el mismo daño a la sociedad.

Aunado a lo anterior, tampoco se puede decir que la aplicación de aquella restricción pone en riesgo la salud o integridad física de la procesada, pues si bien es cierto sus padecimientos requieren una serie de cuidados y atención especial, no existe concepto del médico legista que indique que los mismos son incompatibles con la vida en reclusión, y tampoco hay dentro del plenario nada que permita entrever que a ella no se le viene prestando la atención médica necesaria para sus patologías, y que por tal razón se debe dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad o al principio pro homine, a fin de conceder lo pedido. Igualmente, no se puede perder de vista que, si la enfermedad que padece un privado de la libertad por orden judicial es incompatible con la vida en reclusión, la legislación penal contempla la opción de que ese penado se le conceda la detención domiciliaria u hospitalaria por enfermedad grave, lo cual hasta el momento parece ser no es el caso de la señora YA.

Por otra parte, una vez revisado el contenido total de la carpeta enviada por el Despacho se evidenció que el Juzgado de primer nivel profirió sentencia condenatoria por preacuerdo, en contra de la señora YA, en la cual se le impuso una pena de prisión intramural de 48 meses de prisión, negándoles además el beneficio del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución transitoria y extraordinaria de la prisión intramural por la domiciliaria regulada por el Decreto legislativo 546 de 2020, por estar excluido de dicho beneficio el delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de “venta” que fue el reato sobre el cual giró el preacuerdo realizado por ella y sus compañeros de causa con la Fiscalía.

Bajo esa perspectiva, y teniendo en cuenta que ya no estamos ante la solicitud realizada por una persona que se encuentra privada de la libertad por una detención intramural preventiva, sino ante el caso de una ciudadana que ya fue condenada y que tal decisión se encuentra en firme pues contra la misma no se interpuso recurso alguno, es evidente que en este momento esa privación de la libertad obedece entonces a una pena de prisión que está descontando, lo que implica que el presente asunto ya no se encuentra inmerso dentro de los supuestos del art. 7º del Decreto 546 de 2020, pues incluso en el momento en que esta Colegiatura tomó la decisión de inhibirse de resolver el recurso interpuesto en contra del auto interlocutorio que negó el sustituto excepcional de la detención intramural por la domiciliaria con base en la norma atrás mencionada, este *Ad quem*, se podría llegar a pensar, ya había perdido competencia para resolver sobre el asunto, pues recuérdese que esa decisión se adoptó el 28 de mayo del año en curso y el Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, dictó al sentencia condenatoria en contra de la señora YA el 06 de mayo de 2020, esto es al día siguiente de que negó el sustituto pedido, pues esa determinación esta calendada el 05 de mayo de 2020; lo que implicaría que en estos momentos el pedido de la Defensa de la señora YA debe tramitarse es bajo el supuesto de lo regulado por el artículo 8º del Decreto 546 de 2020, y entonces le correspondería decidir sobre el asunto es al Juzgado de Ejecución de Penas a quien le correspondió la vigilancia del cumplimiento de la sentencia impuesta a la aludida procesada.

Aunado a lo anterior, consultado el sistema de información de la Rama Judicial, se logró precisar que la vigilancia de la ejecución de la pena atrás referida, le correspondió al Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, según ingresó registrado el 16 de junio de 2020, despacho que en la actualidad también está pendiente de resolver una solicitud de sustitución de prisión intramural por domiciliaria que la penada presentara el 14 de julio del año en curso.

En ese orden de ideas, la Sala es de la opinión consistente en que a pesar de que la decisión adoptada por el *A quo* respecto al tema acá analizado se emitió un día antes de la fecha en que se profiriera la sentencia condenatoria, el hecho de que se profiriera el fallo y este quedara en firme, de manera inmediata cambió la situación de la solicitante, puesto que el supuesto que le dio origen a la petición acá analizada, esto es la detención preventiva intramural mutó a una pena de prisión intramural, respecto de la cual para su sustitución o cambio debe seguirse un procedimiento diferente, aunque se trata del supuesto contemplado en el Decreto Legislativo 546 de 2020.

Lo dicho hasta el momento, resulta ser suficiente entonces para confirmar la decisión adoptada por el Juez Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, el pasado 05 de mayo de 2020.

Sin más por considerar, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la decisión adoptada por el Juez Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, en las calendas del 05 de mayo de 2020, por medio de la cual se le negó a la procesada **YA** la detención domiciliaria transitoria.

**SEGUNDO:** **ORDENAR** que por Secretaría se devuelva de manera inmediata la actuación al Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría.

**TERCERO: DECLARAR** que contra la presente decisión no procede recurso alguno.

**NOTIFICQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

*Con ausencia justificada*

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SÁNZ**

**Magistrado**

1. La que en verdad correspondería a una petición de detención domiciliaria transitoria, si tenemos en cuenta que en contra de la encausada no existe una sentencia condenatoria que daría lugar para ese sustituto. [↑](#footnote-ref-1)
2. Auto del 08 de junio de 2020 proferido por el Juez Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional, sentencia SU-132 de 2013. [↑](#footnote-ref-3)