TRIBUNAL SUPERIO DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, cuatro (4) de abril de dos mil veinticuatro

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 30 del 19 de marzo de 2024

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Radicado	05-615-60-00364-2022-00103 (N.I. 2024-0395-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia de allanamiento del 9 de febrero de 2024 proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia que negó a Jefferson David Hernández Eusse la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Es competente la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, de conformidad con lo previsto en el numeral 1° del artículo 34 de la ley 906 de 2004.

HECHOS

Según la acusación:

> *"Hacia las 11:16 horas del 16-03-2022 en el Aeropuerto Internacional José María Córdoba de éste municipio Rionegro Ant., policial aeroportuaria antinarcóticos que inspeccionaba equipaje de bodegas en salida aérea internacional, y en presencia de su propietario JEFFERSON DAVID HERNANDEZ EUSSE quien se disponía a abordar el vuelo 7042 de la Aerolínea Wingo con itinerario Medellín-Panamá, se halló en su equipaje maleta grande color negro, con Bagtag 951093, tres (3) cajas Oka Loca contentivas de sustancia pulverulenta color rosado, de características de cocaína rosa o 2CB, cocaína o sus derivados, sin permiso sobre el estupefaciente, y ante objetiva flagrancia en hipótesis de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, le capturaron e incautaron los elementos, cuyo contenido se identificó como cocaína, con peso total neto de doscientos ocho coma ocho gramos (208,8 grs.)."*[1]

ACTUACIÓN PROCESAL

El 17 de junio de 2022 la fiscalía acusó jurídicamente a HERNÁNDEZ EUSSE como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, verbo rector transportar, con la finalidad de sacar del país, inciso 3° del artículo 376 del C.P.

El 11 de diciembre de 2023 instalada la audiencia preparatoria, conforme el artículo 356 numeral 5° del C.P.P., el acusado manifestó ser responsable de los cargos por los que fue acusado. El Juez lo ilustró respecto de los derechos que le asisten y las consecuencias de la aceptación de cargos, entre ellas que no tiene derecho a ningún subrogado punitivo.

---

[1] Escrito de acusación, archivo "*03EscritoAcusacion*", folio 2, y audiencia de acusación del 17 de junio de 2022, cuyo registro se encuentra en el enlace consignado al final del acta de la audiencia, archivo "*09AcusaciónJeffersonHernandez170622*", récord 00:07:50 a 00:09:11.

En el trámite de la audiencia del artículo 447 del C.P.P. la defensa pidió que se concediera a su representado la prisión domiciliaria de acuerdo con el artículo 38 del C.P.

El 9 de febrero de 2024 se dio a conocer la sentencia condenatoria proferida en contra de Jefferson David Hernández Eusse a quien se declaró responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes artículo 376 inciso 3°; se le impuso una pena principal de 88 meses de prisión y multa de 113.6 S.M.L.M.V. se le negó el subrogado de ejecución condicional de la pena y la prisión domiciliaria.

IMPUGNACIÓN

La defensa interpuso y sustentó el recurso de apelación con el fin de que se conceda la prisión domiciliaria.

El recurrente citó la decisión AP6304-2015 Rad. 45949, con la finalidad de restar relevancia a la presunta intención del expendedor del procesado y fortalecer su condición de consumidor. Además de cuestionar el peso de la droga incautada informó que: "*como quiera, que ese tema del precedente jurisprudencial vertical, fue presentado como EXCLUSIVO POR EL AD QUO, es evidente, que la presunción de acierto del fallo, en el tema del reconocimiento de los mecanismos sustitutivos es de mayor dificultad, porque inclusive al portador de los 4.672 gramos de marihuana en la terminal de transporte de Medellín, le impusieron una pena de prisión equivalente a 102 meses y se restringieron el acceso a los subrogados. Sin evidencia jurisprudencial que soporte la postura del respetable ad quo, solicitamos se revoque el numeral de la parte resolutiva correspondiente.*"

Advierte que en sentencias: "*SP0 2940-2019 Rad. 41250, SP 497 Rad.50512 y SP 44997 Rad.44947" (sic)* finalizan revocando condenas impuestas a los acusados por violación al contenido del art. 376 del código penal, ante la circunstancia de que a fiscalía no probó el ánimo de distribución

en el porte del estupefaciente. Actuación que finalizaron con la sentencia ordinaria producto del agotamiento de la fase del juicio oral.

Indica que, en este evento, la Fiscalía no demostró en los escenarios procesales de la imputación, imposición de medida y acusación, que Jefferson David Hernández Eusse transportara los (208,8 grs.) de cocaína, con la intención de introducirlos al tráfico de estupefacientes. Además que: "*es de tan especial complejidad, el permanente alejamiento del juez ad quo de los PRECEDENTES VERTICALES en temas específicos elaborados por el tribunal de cierre para este tipo de eventos del hallazgo de sustancia estupefaciente, que exige el desarrollo de unos argumentos de contra- decisión, sobre el tema de la cantidad , para introducir la controversia de ese elemento, en la deducción relativa a que la PRESUNTA INTENCION DE DISTRIBUCION y FINALIDAD DE TRAFICO DERIVADO DE LA CANTIDAD, no aplica, como sistema legal de argumentación, luego, afecta y desvertebra en forma definitiva, la presunción de acierto del contenido del fallo*"

Advirtió que la argumentación anterior tiene la finalidad de plantear la controversia frente, al no establecerse la finalidad de tráfico, el alcance hermenéutico del contenido del art. 68ª del Código Penal, debe extenderse a los parámetros de la humanización del derecho penal, la prevalencia del derecho sustancial y la afirmación de la libertad.

"*En este sentido, queda claro, entonces, que la postura de la judicatura en el tema de la NEGATIVA A RECONOCER LA POSIBILIDAD DE APLICAR EL MECANISMO DE LA PRISION DOMICILIARIA, no solo va en contravía de la aceptación de fenómenos POSITIVOS en el acusado(…) Sino que controvierte, lo especialmente desarrollado en decisiones de La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casacion Penal, frente a las cuales, la APLICACIÓN DEL CONTENIDO DEL ART. 49 CONSTITUCIONAL, van generando verdaderas OPCIONES DE ALTERNATIVIDAD a lo que el ilustre señor juez, reafirma como que mi defendido, tendrá que: cumplir la pena en establecimiento carcelario*". Refiere que: "*La Corte Constitucional / Sentencia C-689 de 2002 aborda el nuevo concepto de tratamiento del*

consumidor que se incorpora al sistema penal, y al trazar pautas de interpretación de lo que debe ser la solución al problema en la perspectiva constitucional, evidentemente, identifica lo que se relaciona como el consumidor con Protección Reforzada."

Refiere que coexisten temas jurisprudenciales que no fueron motivo de debate en la sentencia, por ejemplo, una opción alternativa que el condenado siga en rehabilitación para drogadictos donde se encuentra sometido a proceso de desintoxicación.

Por otro lado, informa que Jefferson David Hernández Eusse ha permanecido en detención domiciliaria más de 24 meses, lo que significa, que en nada se controvierte la legalidad, extender esa medida dentro de la fase procesal de la ejecución de la pena, para efectos de que continúe con su tratamiento de rehabilitación en el sistema de institucionalización. La restricción relacionada en el art. 68A del código penal opera en los eventos de tráfico de estupefacientes, pero no especifica que la prohibición sea para eventos como lo sucedido en el caso droga empacada para dosis de aprovisionamiento como le ocurrió a su defendido.

Desde esa perspectiva entonces, solicita revocar la sentencia condenatoria donde impone al condenado a purgar la pena en el sistema penitenciario, y en su lugar reconozca la prisión domiciliaria en los términos del art. 38 del Código Penal y siguientes.

CONSIDERACIONES

En atención a la naturaleza del recurso se limitará el estudio del asunto que fue objeto de disenso. El recurso es desatinado, aunque refiere que solo pretende controvertir la negativa de la prisión domiciliaria, en el transcurso del escrito cuestionó la falta del elemento subjetivo para probar la responsabilidad del procesado en el delito imputado; y advirtió que es

necesario que el procesado purgue la pena en un centro de asistencia a adictos a la drogadicción aplicando la protección a su derecho a la salud.

Procederá la Sala a resolver los temas propuestos por el recurrente. Se anuncia desde ya la confirmación de la sentencia:

- **Frente a la presunta falta de elementos para probar la responsabilidad.**

Sea lo primero indicar que, sumada a la aceptación voluntaria de responsabilidad de Jefferson David Hernández Eusse, la fiscalía dio traslado de varios elementos que soportan el mínimo probatorio[2] para definir la responsabilidad del procesado de forma anticipada en el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes artículo 376 inciso 3° del Código penal, con el verbo recto de transportar, con la finalidad de sacar del país. Si bien, el recurrente realiza una extensa narración frente a la posible ausencia del elemento subjetivo para probar la responsabilidad de la conducta, el debate en este punto es totalmente improcedente por lo siguiente:

El Juez verificó debidamente con el procesado los presupuestos contenidos en el artículo 131 del C.P.P..[3] El acusado aceptó su responsabilidad como autor del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes artículo 376 inciso 3° del Código penal, con el verbo rector de transportar, con la finalidad de sacar del país. El Juez le hizo claridad de manera detallada que posiblemente podría verse afectado con pena de prisión intramural. Finalmente, luego de brindarle un tiempo prudente para que el procesado fuera asesorado por su abogado, Jefferson David Hernández Eusse aceptó su responsabilidad por el delito imputado.

[2] "38ElementosConocimientoFiscalia" mismos que fueron relacionados en el punto "*4.5. Caso concreto"* dela sentencia de primera instancia."
[3] Record 00:27:00 en adelante, "*40GrabaciónMp3AudAllanamiento11122023 Jefferson David Hernández Eusse"*

No son adecuados los cuestionamientos realizados por el recurrente frente a la falta del elemento subjetivo de la conducta, ya que no se generó el debate probatorio para ello. La fiscalía no tuvo oportunidad de probar su teoría del caso en juicio. Lo anterior, debido a que, Jefferson David Hernández Eusse asesorado por su abogado, teniendo la oportunidad de agotar todas las etapas del trámite, aceptó la responsabilidad de manera voluntaria en la audiencia preparatoria. Sumado a ello, la fiscalía aportó el mínimo probatorio para fundamentar la sentencia de condena anticipada en su contra.

- **Frente al sustituto de la prisión domiciliaria.**

No hay relación lógica ni jurídica de la controversia propuesta inicialmente, con la concesión o no del sustituto penal. El recurrente pretende que como faltó un presunto requisito de condena, se debe inaplicar la prohibición legal y en su lugar concederse la prisión domiciliaria.

Según el artículo 38B del Código Penal, y atendiendo a que los hechos ocurren con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 1709 expedida el 20 de enero del año 2014,[4] la cual adicionó al Estatuto Penal dicha norma en su artículo 23, tenemos que, entre los requisitos para su otorgamiento el siguiente: "*Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000. (…)*"

A su vez el artículo 68A del Código Penal al que alude el citado artículo fue modificado por el art. 32 de la ley 1709 en la que se conformó un listado de conductas excluidas de los beneficios y subrogados penales, entre ellas: ***los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones***.

[4] El recurrente en el escrito de apelación citó la sentencia SP500-2020 Radicación N° 54332 donde la Corte concede el sustituto de la prisión domiciliaria a una mujer condenada por omisión de agente retenedor, **sin percatarse que en esa oportunidad los hechos ocurrieron en el año 2008 antes de la entrada en vigencia de la ley 1709 expedida el 20 de enero del año 2014**.

Como lo informó el Juez de primera instancia, en cuanto el reparo del defensor al indicar que no es claro que el delito imputado a Jefferson David Hernández Eusse tenga que ver con los relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones, La Sala de Casación Penal en decisión AP6304 Rdo. 45949 del 28 de octubre de 2015, dejó claro que, los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones, son los previstos en el Capítulo Segundo del Título XIII (de los delitos contra la salud pública) de la Ley 599 de 2000, donde efectivamente se encuentra citado el artículo 376 sin distinción alguna.

Ahora, teniendo en cuenta que para la fecha de los hechos (16 de marzo de 2022) ya estaba vigente el artículo 32 de la ley 1709 de 2014 que modificó el artículo 68A del Código Penal, es claro que la decisión de primer grado se encuentra ajustada a derecho, pues resulta evidente que el procesado no cumple con el aspecto objetivo que demanda la norma, toda vez que la conducta por la que fue condenado se encuentra expresamente excluida de beneficios y subrogados, circunstancia que torna inane un examen de otros aspectos como los alegados por la defensa.

En conclusión, la legislación vigente no permite que las personas condenadas por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes sean acreedoras a ninguno de los subrogados penales establecidos en los artículos 38 o 63 del Código Penal (modificados por la ley 1709 de 2014).

Por último, frente a la presunta *opción de alternatividad* respecto a que el procesado purgue su pena en un centro de asistencia de adictos al consumo de drogas y alcohol, la legislación actual no contempla ninguna medida de internamiento en ese tipo de centros para purgar pena.[5] Lo cierto es que, el establecimiento penitenciario y carcelario que le asigne

[5] Aunque la sentencia C-689 de 2002 citada por el recurrente, expone problemas de afectación a la salud pública por temas de drogadicción, finalmente decidió declarar la exequibilidad de los artículos 375, 376, 377, 378, 379, 380, 382 y 385 de la Ley 599 de 2000.

el INPEC para cumplir su condena es el llamado a garantizar el derecho a la salud que podría ver afectada.

Sin necesidad de más consideraciones, además de las expuestas por el Juez de primera instancia, se confirmará la decisión apelada.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida por los motivos previamente expuestos.

SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

JOHN JAIRO ORTIZ ALZATE
Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME
Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

John Jairo Ortiz Alzate
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **c2e15cac888a07834f9a596a80a03b266adba0365c766278c11ca6b5ba199fde**
Documento generado en 20/03/2024 03:23:51 p. m.

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica