

REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, dieciocho (18) de junio de dos mil veinte (2020)

**ACTA DE APROBACIÓN N° 480
SEGUNDA INSTANCIA**

Acusado:	William Alexánder López Gamajoa y Juan Carlos Masinsoy Escobar
Cédula de ciudadanía:	87.068.836 y 87.068.666, ambas expedidas en Pasto (N.)
Delito:	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Víctima:	La salud pública
Procedencia:	Juzgado Sexto Penal del Circuito con función de conocimiento de Pereira (Rda.)
Asunto:	Decide apelación interpuesta por la defensa contra el fallo condenatorio de fecha julio 30 de 2020. SE CONFIRMA

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- HECHOS Y PRECEDENTES

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- Los hechos tuvieron ocurrencia en junio 09 de 2019 a eso de las 22:40 horas, en el sector "La Y" de Andalucía kilómetro 86 vía cerritos de esta capital, cuando por parte de miembros de la Policía Nacional se

procedió a realizar la señal de pare al vehículo tipo camión de placas SOY181, conducido por **WILLIAM ALEXÁNDER LÓPEZ GAMAJOA**, quien venía acompañado por **JUAN CARLOS MASINSOY ESCOBAR**, quienes al ser requeridos para un registro voluntario indicaron transportar 184 bultos de papa desde Pasto (N.) con destino a Medellín (Ant.), y al ejecutar la revisión pertinente encontraron debajo de los mencionados bultos, 3 cajas de cartón que alojaban 174 cajas más pequeñas con igual número de frascos de sustancia líquida, de los cuales 75 eran de 75 ml. y 99 de 100 ml., los cuales se incautaron. Realizado el PIPH de sustancias controladas, se estableció como positivo para Ketamina, y realizado el proceso de secado se obtuvo el sólido resultante con un peso neto de 1.480,5 gramos.

1.2.- Con ocasión de la aprehensión de los señores **LÓPEZ GAMAJOA** y **MASINSOY ESCOBAR**, se efectuaron las audiencias preliminares (junio 11 de 2019) ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con función de control de garantías de Pereira (Rda.), en donde: (i) se decretó la legalidad de las capturas; (ii) se les formuló imputación como coautores a título de dolo del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes -art. 376 inc. 1º C.P.-, verbo rector "transportar", el cual **NO ACEPTARON**; y (iii) se les impuso detención preventiva en su lugar de residencia.

1.3.- Ante esa no aceptación unilateral ni bilateral de cargos, la Fiscalía radicó escrito de acusación (agosto 08 de 2019), por medio del cual les endilgó igual conducta que les había sido imputada, cuyo conocimiento le correspondió al Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira (Rda.), autoridad que luego de diversos aplazamientos, señaló fecha para la audiencia de formulación de acusación (mayo 14 de 2020), momento en el cual la Fiscalía indicó que se había llegado a un preacuerdo con los procesados, consistente en que aceptan su responsabilidad y a cambio de ello se les degradaba su participación en el delito atribuido de coautores a cómplices, y por ende, la pena se tasaría en 64 meses de prisión y multa

de 667 smlmv, consenso que fue coadyuvado por la defensa y la agente del Ministerio Público.

Se procedió en consecuencia en esa fecha a adelantar la audiencia de individualización de pena y en julio 30 de 2020 se dictó la respectiva sentencia, por medio de la cual: (i) se declaró responsable a los señores **WILLIAM ALEXÁNDER LÓPEZ GAMAJOA** y **JUAN CARLOS MASINSOY ESCOBAR** del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de "transportar"; (ii) se les impuso una pena de 64 meses de prisión, y multa de 667 smlmv, así como la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término de la pena; y (iii) se les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, lo mismo que la prisión domiciliaria, y se ordenó su traslado a centro de reclusión, a la vez que se abstuvo el despacho de hacer devolución del camión incautado.

1.4.- Inconforme con lo decidido, el apoderado de los sentenciados interpuso recurso de apelación que sustentó por escrito dentro del término legal.

2.- DEBATE

2.1.- Defensa -recurrente-

Pide se revoque el fallo y con fundamento en el Decreto 546 de 2020 se conceda a sus defendidos la posibilidad de cumplir la pena en su domicilio, para lo cual, luego de hacer un recuento del acontecer procesal, expuso:

El a quo no otorgó la prisión domiciliaria a sus defendidos al considerar que la conducta atribuida está excluida del Decreto 546 de 2020, y dejó de lado la posibilidad de analizar la aplicación de derechos fundamentales y principios rectores, por lo cual estima que tal decisión vulnera garantías, pues si bien son conscientes que infringieron la ley, ello se presentó por

una situación de ignorancia y dificultad económica, lo que influyó en la comisión de la ilicitud, la cual voluntariamente aceptaron. De igual modo, en el fallo no se hizo un análisis constitucional de las circunstancias reales que vive el país y los centros carcelarios, dada la alta probabilidad que quienes ingresen se contagien de la Covid-19.

Pide se apliquen los principios rectores de la ley penal, se revoque lo decidido y se permita que cumplan la pena en su domicilio, máxime que en tiempo oportuno puso de presente pronunciamiento de una autoridad homóloga de Bogotá -Juzgado 38 Penal del Circuito de mayo de 2020-, donde en un caso similar y con fines humanitarios y de derechos fundamentales, se concedió la prisión domiciliaria. Y si bien no afirma que ello sea doctrina probable, el llamado es a dar aplicación al principio de la realidad que vive el país.

Con base en el planteamiento esgrimido por el juzgado de Bogotá, solicita que en este caso se tenga en cuenta la condición particular de sus clientes, quienes han permanecido en su residencia y tuvieron el propósito de aceptar su error y someterse a la justicia, de donde nunca se han evadido ni incumplido sus obligaciones, ya que de atenderse la orden del a quo y proceder a su traslado a la cárcel de Pasto, se desconocerían las situaciones de hacinamiento carcelario y se les condenaría a que se contagiaran de manera mortal con la Covid-19, dadas las elevadas cifras de contagio e incluso la muerte de algunas personas en esa reclusión.

La alzada tiene por finalidad salvaguardar la vida, salud, integridad física y psicológica de sus defendidos y por ello pide se dé aplicación al aludido Decreto con fines humanitarios, y se les permita de forma transitoria acatar la pena en su domicilio, al menos por el término consagrado en la norma.

2.2.- Ministerio Público -no recurrente-

Solicita se confirme la decisión y al respecto expone:

Como lo indicó el a quo, el sustituto reclamado no resulta procedente, por cuanto el canon 68A C.P. prohíbe de manera expresa la concesión de subrogados en delitos como el que nos ocupa, negativa que igualmente contempla el Decreto 546 de 2020 para personas que hayan sido condenadas, entre otros delitos, por tráfico de estupefacientes.

2.3.- Debidamente sustentado el recurso, el a quo lo concedió en el efecto suspensivo y dispuso la remisión de la actuación y los registros pertinentes por medio virtual ante esta Corporación, con el fin de desatar la alzada.

3.- Para resolver, SE CONSIDERA

3.1.-Competencia

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y apropiadamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por las partes habilitadas para hacerlo -en nuestro caso la defensa-.

3.2.-Problema jurídico planteado

Se contrae básicamente a establecer si en el caso concreto es viable otorgar la prisión domiciliaria transitoria a los sentenciados **WILLIAM ALEXÁNDER LÓPEZ GAMAJOA** y **JUAN CARLOS MASINSOY ESCOBAR**, como lo reclama su apoderado; o en su defecto, si la determinación proferida por el funcionario de primer grado se encuentra ajustada a derecho.

3.3.- Solución a la controversia

Nos encontramos en presencia de un trámite abreviado por la temprana admisión de los cargos por parte de los procesados, por la vía de un preacuerdo que se llevó a cabo de manera libre, voluntaria, consciente, debidamente asistidos, y profusamente ilustrados acerca de las consecuencias de hacer dejación de su derecho a la no autoincriminación, lo que no obsta para asegurar que además de ese allanamiento bilateral que despeja el camino hacia el proferimiento de un fallo de condena, en el diligenciamiento en verdad obran elementos de convicción que determinan que la conducta ilícita que se pregona sí existió y que los hoy involucrados tuvieron participación activa en la misma.

No se avizora irregularidad sustancial alguna de estructura o de garantía, ni error *in procedendo* insubsanable que obligue a la Sala a retrotraer la actuación a segmentos ya superados; en consecuencia, se procederá al análisis de fondo que en derecho corresponde.

Antes de ingresar al estudio de lo debatido, debe la Sala empezar por decir que en punto de lo mencionado por la parte recurrente, en el sentido que el hecho atribuido a sus defendidos se originó por la ignorancia y la difícil situación económica que influyeron en la comisión de la ilicitud, son situaciones que no tienen cabida en un escenario de aceptación bilateral de cargos como el presente. Lo dicho, toda vez que la figura de la terminación anticipada impide atacar el fallo en lo atinente a la potencial controversia probatoria o deficiencia en tema de autoría y/o responsabilidad, o en relación con las posibles condiciones de marginalidad a las que hace alusión el letrado, en tanto solo es permitida la impugnación a efectos de controvertir la dosificación de la pena, los mecanismos sustitutivos de la sanción privativa de la libertad, o cuando se esgrime vulneración de garantías fundamentales.

No obstante lo anterior, entiende la Corporación que cuando el letrado se refirió a tal aspecto, en momento alguno quiso significar su contrariedad con dicha aceptación, sino que lo tomó como referente de las circunstancias que en su sentir llevaron a sus defendidos a incurrir en esta ilicitud, con miras quizá a obtener un tratamiento más benigno en cuanto a la forma de ejecutar la pena.

Debe entenderse por tanto, que el disenso de la defensa radica esencialmente en que por parte del funcionario de primer nivel no se le concedió a sus defendidos el sustituto de la prisión domiciliaria provisional, a raíz de la emergencia sanitaria que vive el país, en especial el centro de reclusión de Pasto, derivada de la pandemia de la Covid-19. Frente a ello, lo que solicita es que de manera temporal se le otorgue tal sustituto "hasta por el término referido en el Decreto 546 de 2020", esto es, por seis meses.

De la información allegada a la actuación, se evidencia con claridad meridiana que en primer lugar el funcionario de primer nivel con miras a atender el requerimiento efectuado, si bien consideró que acorde con el canon 38B C.P. los procesados cumplían con el requisito objetivo, dado que la pena impuesta era inferior a los ocho años, no acreditaban la exigencia contemplada en el numeral 2º *ídem*, es decir, que la conducta atribuida no se tratara de alguno de los delitos incluidos en el inciso 2º del art. 68A *ejusdem*, de cuya lectura se extrae sin equívoco alguno que la prisión domiciliaria que se pide se encuentra excluida, en cuanto, como es sabido, los señores **WILLIAM ALEXÁNDER LÓPEZ GAMAJOA** y **JUAN CARLOS MASINSOY ESCOBAR** fueron condenados por un delito contra la salud pública, en el entendido que decidieron transportar 1.408,5 gramos de Ketamina.

No puede perderse de vista tampoco, amén de la situación actual que vive el país derivada de la pandemia, que ello motivó al Ejecutivo en ejercicio del poder de configuración legislativa que le confirió el Estado de Emergencia Económica, Social y Ambiental, a expedir el Decreto 546 de abril 24 de 2020 por medio del cual se dictaron medidas para sustituir la pena de prisión y la detención preventiva en establecimientos penitenciarios, por la prisión y la detención domiciliaria transitorias, respectivamente, en lo relacionado con personas que se encuentran en circunstancias de mayor vulnerabilidad ante al Covid-19. Así mismo, se adoptaron otras medidas para combatir el hacinamiento carcelario, con miras también para prevenir y mitigar el riesgo de propagación del virus.

En esa dirección, según lo entiende la Sala, la defensa pide la concesión de la prisión domiciliaria provisional o temporal de sus defendidos, razón por la cual debe analizarse si en este caso específico es procedente otorgar tal sustituto, bajo el amparo de la mencionada normativa de excepción.

Y a ese respecto se dirá, como igualmente lo consideró el juez de la causa y la agente del Ministerio Público como no recurrente, que los señores **LÓPEZ GAMAJOA** y **MASINSOY ESCOBAR** tampoco cumplen las exigencias a las que hace alusión el Decreto 546 de 2020 para ser merecedores de la prisión domiciliaria temporal, toda vez que el delito por el que fueron sentenciados se encuentra expresamente excluido acorde con lo establecido en el artículo 6º *ejusdem*.

En esa misma línea de pensamiento, la Sala de Casación Penal ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones, incluso respecto a personas que padecen patologías crónicas -lo cual no es el caso de ninguno de los acá investigados-, y que han sido sentenciadas por conductas contra la salubridad pública, donde expresamente se plasmó: "Así las cosas, ningún desacierto se avizora en la decisión del tribunal de negar la medida solicitada, por no tener el procesado derecho a ella, pues, como se ha dejado visto, para su procedencia no basta hallarse en las situaciones relacionadas en el artículo 2º, sino

que es necesario, adicionalmente, que el delito por el que se procede no esté incluido en el listado de prohibiciones”¹.

De lo anterior se evidencia que el precedente al que aludió el recurrente - sentencia de mayo 04 de 2020 del Juzgado 38 Penal del Circuito de Bogotá -, no solo fue desatinado conforme la postura asumida sobre ese particular por la Sala de Casación Penal, sino que este no obliga al Tribunal, por cuanto los únicas decisiones judiciales que podrían compeler a la Corporación para que adoptara una determinación similar sobre una situación jurídica ya consolidada y dilucidada, lo serían el horizontal -que debe ser observado por el mismo juez o corporación que lo generó o incluso por otro de igual jerarquía funcional, y el vertical -el cual proviene de un funcionario o Corporación de superior jerarquía-. A cuyo efecto habrá de recordarse que esa posición fue acogida de tiempo atrás por parte de esta Colegiatura y todavía se mantiene, en atención precisamente a que dicho tema ha sido debidamente decantado vía reiteración por la jurisprudencia nacional.

De otro lado, como se anunció, el recurrente cuestiona el alto grado de hacinamiento y en especial la alta tasa de contagio en la cárcel de Pasto - sin saberse si los acá acusados serán o no reclusos en tal Establecimiento-, lo que los pondría en riesgo inminente de contraer la Covid-19, y para ello trae a colación la decisión proferida por el Juzgado 38 Penal del Circuito de Bogotá, donde se concedió la prisión domiciliaria temporal en un caso de similar estirpe, a lo cual accedió por razones humanitarias. Respecto a tal postura, debe la Sala manifestar que a la hora de ahora -casi 11 meses después del fallo de primer nivel-, se sabe que la condición actual de los centros carcelarios en relación con el contagio del aludido virus se encuentra controlada, toda vez que por parte no solo de las autoridades sanitarias sino carcelarias y del Fondo de Atención en Salud PPL 2019 encargado de la prestación de los servicios de salud a los internos, se han

1 CSJ AP. 19 ago. 2020, Rad. 586/57380.
<https://www.inpec.gov.co/documents/20143/96157/Boleti%CC%81n+Informativo+N o.023.pdf/eb393141-f9ac-f92b-5b39-1b1e6f8f48f7>

agotado diversos mecanismos no solo para evitar el ingreso sino la propagación del virus en los centros carcelarios², y de ello igualmente dio cuenta el INPEC por medio de boletín informativo en el que además de referir lo atinente al avance de la vacunación en el interior de los centros carcelarios, también acotó el número total de infectados que a marzo 25 de 2021 solo ascendía a 77 casos positivos entre la población privada de la libertad³.

Así las cosas, como quiera que en este asunto en concreto no se acreditaron a favor de los sentenciados las exigencias normativas para acceder a la prisión domiciliaria temporal, no podía el funcionario de primer nivel, como tampoco esta Corporación, conceder la misma, y en ese sentido la decisión objeto de alzada será avalada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira (Rda.) en contra de los ciudadanos **WILLIAM ALEXÁNDER LÓPEZ GAMAJOA** y **JUAN CARLOS MASINSOY ESCOBAR**, en lo que fue materia de apelación.

En atención a lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, no se realizará audiencia de lectura de sentencia, y por ende esta decisión se notificará por la Secretaría de la Sala vía correo electrónico

2 En el siguiente enlace, se hace alusión a las medidas que tanto la USPEC, el INPEC, y el Fondo de la Salud de las personas privadas de la libertad han determinado para evitar dentro de los Establecimientos de Reclusión de Orden Nacional (ERON), situaciones de contagio de COVID-19 de las personas privadas de la Libertad (PPL):

<https://www.fiduprevisora.com.co/noticias/el-consorcio-fondo-de-atencion-en-salud-ppl-2019-garantiza-la-prestacion-de-los-servicios-de-forma-satisfactoria-responsable-y-eficaz-para-las-personas-privadas-de-la-libertad/>

3 Obsérvese el Boletín Informativo No. 23 de marzo 25 de 2021 del INPEC, al respecto: <https://www.inpec.gov.co/documents/20143/96157/Boleti%CC%81n+Informativo+N o.023.pdf/eb393141-f9ac-f92b-5b39-1b1e6f8f48f7>

a las partes e intervinientes acorde con las disposiciones del artículo 8º del Decreto Legislativo N° 806 de 2020⁴, determinación contra la cual procede el recurso extraordinario de casación que de interponerse deberá hacerse dentro del término de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

JULIÁN RIVERA LOAIZA

Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

AUTORIZADO CONFORME

arts. 7º, Ley 527 de 1999, 2º Decreto 806 de 2020
y 28 del Acuerdo PCJA20-11576 del C.S.J.

WILSON FREDY LÓPEZ

Secretario

Firmado Por:

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

DESPACHO 2 SALA PENAL TRIBUNAL SUPERIOR PEREIRA

MANUEL ANTONIO YARZAGARAY BANDERA

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

DESPACHO 1 SALA PENAL TRIBUNAL SUPERIOR PEREIRA

⁴ En tal sentido se puede consultar CSJ AP, 11 nov. 2020, Rad. 58318, en el cual se estableció la procedencia en el proceso penal del régimen de notificaciones electrónicas consagrado en el Decreto 806 de junio 04 de 2020.

TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES
RADICACIÓN: 6600160000352019-01399-01
PROCESADOS: WILLIAM ALEXÁNDER LÓPEZ GAMAJOA
JUAN CARLOS MASINSOY ESCOBAR
SE CONFIRMA SENTENCIA
S. N°012

JULIAN RIVERA LOAIZA

MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL 003 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD DE PEREIRA-RISARALDA

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:

39ecd97c612dfbb925a275300cc737722c5511b5a93a74d38efe6f00e47f4311

Documento generado en 18/06/2021 03:49:12 PM