

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, diecinueve (19) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 052126000201201700050
Procesado: John Esteban Cano Vanegas
Delito: Hurto calificado
Asunto: Apelación de Sentencia –preacuerdo-
Sentencia: No. 004 Aprobada por acta No. 030 de la fecha
Decisión: Revoca y niega domiciliaria
Lectura: Viernes 26 de febrero de 2021

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede esta Sala de decisión a resolver el recurso de apelación presentado por la Fiscalía en contra de la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2020 por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Bello, Antioquia, que decidió condenar al señor **John Esteban Cano Vanegas** del delito de hurto

calificado a la pena de 1 año de prisión y le concedió el beneficio de la prisión domiciliaria

2. ACONTECER FÁCTICO

Los hechos que generaron la presente actuación penal ocurrieron el 25 de enero de 2017 a las 16:20 horas en la avenida 32 No. 29ª-135 de la vía Machado Bello de esa municipalidad, cuando la señora Elizabeth Zamora Barrera, en estado de gestación, se desplazaba por dicho sitio conduciendo su motocicleta y fue interceptada por **John Esteban Cano Vanegas** y otro ciudadano, que se desplazaban también en moto, quienes la amenazaron con arma de fuego para despojarla de su bolso y velocípedo; pero afortunadamente en ese momento pasaban por el lugar dos miembros del Ejército Nacional, quienes se percataron del hecho y le dieron captura a **Cano Vanegas**, mientras su compañero de causa lograba huir.

3. RECUENTO PROCESAL

El presente proceso se ha surtido bajo el rito de la Ley 1826 de 2017, procedimiento penal abreviado, pues el punible por el que está siendo juzgado el señor **John Esteban Cano Vanegas**, hurto calificado y agravado, permite la aplicación del mismo.

El 19 de octubre de 2018 la Fiscalía le corrió a **Cano Vanegas** y a su defensora traslado del escrito de acusación formulado en su contra por la comisión del delito de tentativa de hurto calificado y agravado (artículos 27, 239, 240 inciso 2 y 241 numeral 10) en la modalidad de coautor, cargos que decidió no aceptar.

El escrito fue presentado por la Fiscalía ante los jueces penales municipales con funciones de conocimiento de Bello, Antioquia, el 8 de noviembre de 2018 y le fue repartido al Segundo de esa especialidad, quien celebró audiencia concentrada el 8 de abril de 2019 y se decretaron las pruebas solicitadas por las partes.

El 29 de septiembre de 2019 cuando se disponían iniciar la audiencia de juicio oral, la Fiscalía solicitó la variación del objeto de la audiencia en tanto había llegado a un preacuerdo con el procesado y su defensora, el cual consistía en que eliminaría de los cargos formulados en contra de **John Estaban Cano Vanegas** el agravante del numeral 10 del artículo 241 del C.P. y a cambio de ello, este ciudadano aceptaba el delito de hurto calificado en grado de tentativa (artículo 239, 240 inciso 2 y 27 del C.P.), lo cual verificó el funcionario judicial en punto a descubrir si esa negociación había sido producto de la voluntad y liberalidad de **Cano Vanegas**. En consecuencia, se avaló el preacuerdo y se emitió sentido de fallo de carácter condenatorio.

El 2 de septiembre de 2020 se dio trámite a la audiencia estipulada en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 y el 17 del mismo mes y año se fijó fecha para el traslado de la sentencia, la cual se emitió el día siguiente y en ella decidió el juez condenar al señor **John Estaban Cano Vanegas** a la pena de prisión de 12 meses, tras hallarle responsable del delito de hurto calificado en modalidad tentada, concediéndole el beneficio de purgar la pena de prisión en su domicilio.

La sentencia fue apelada por la Fiscalía General de la Nación.

4. DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Para lo que interesa en esta instancia, el juez consideró procedente concederle al procesado la prisión domiciliaria, luego de hacer un análisis de proporcionalidad y necesidad de la pena y adicional a ello, por mandato del artículo 4 Constitucional, realizó un control difuso sobre los cánones 38B y 68A y, luego de hacer el análisis que ameritaba el caso concreto, determinó procedente inaplicar dichos artículos.

Señaló que la privación de la libertad para un ciudadano debe ser consultiva de criterios de equidad, razonabilidad y proporcionalidad de cara a un análisis holístico de todos los factores que involucraron la investigación, pudiendo el juez alejarse de la norma bajo análisis ponderativos que velen no solo por los derechos del procesado, plenamente garantizados por la jurisprudencia de las altas Cortes que ha establecido que en materia de restricciones a la libertad de las personas, aboga para que la misma sea lo menos lesiva posible, sino también por los derechos de las víctimas y la colectividad.

Advirtió que en este evento se garantizó a la víctima la verdad cuando el procesado aceptó su delito, hubo reparación y en razón de ello se le concedió una significativa rebaja a **Cano Vanegas**, se espera que no haya repetición del hecho delictivo y que este ciudadano se resocialice y, en punto a la justicia, la misma también se garantizó por la emisión de una sentencia condenatoria en contra de este, sin que pueda pensarse que solo hay justicia si se encarcela a al infractor penal, en este caso aplicando irrestrictamente el canon 68A del Código Penal, porque creer ello sería tanto como considerar que cuando se da aplicación a beneficios punitivos consagrados por el legislador no opera la justicia, lo cual no es cierto.

Consideró que tampoco era cierto, como lo afirmó la Fiscalía, que el hecho de conceder al penado la prisión domiciliaria sea un premio para este y que el

mismo envía un mensaje muy negativo a la comunidad, en tanto el hecho de que algunas decisiones no sean populares o del agrado de la sociedad, no significa que con ellas no se cumpla la función judicial bajo los estrictos parámetros de legalidad.

En consecuencia, reiteró que en este caso no se comete ninguna injusticia con la víctima ni con la comunidad por el hecho de otorgar la prisión domiciliaria a **Cano Vanegas**, porque fue su actuar voluntario el que dio lugar a que se iniciara el presente proceso y ello demuestra que no requiere tratamiento penitenciario, pues si bien es muy censurable que **John Esteban** en un primer momento, luego de que fue capturado por los hechos que ahora se juzgan, aprovechara un motín que se presentó en la estación de policía para evadirse y con ello impidiera que se legalizara dicha captura y se iniciara el proceso penal, es lo cierto que, meses posteriores, se presentó de manera voluntaria a la justicia.

Señaló que no es a través de la aplicación estricta del artículo 68 A penal, que conlleva la privación de la libertad en establecimiento carcelario, que el procesado entenderá las consecuencias negativas de su actuar, como quiera que esas consecuencias pervivirán y las entenderá no solo por la sentencia condenatoria a la que se enfrentó, sino también por el ingente esfuerzo que hizo para reparar a la víctima y por el hecho de que sí tendrá restringida su locomoción, en tanto se le impondrá prisión domiciliaria.

Advierte que no desconoce que los hechos son graves, pero ello *per se* no impide la inaplicación del artículo en comento, adicionalmente señala que no vulnera el principio de igualdad el conceder ahora la prisión domiciliaria, porque todos los funcionarios son autónomos en sus decisiones y si bien la mayoría de jueces optan por dar aplicación lineal, taxativa y exegética al mandato legal contenido en el art. 68A de la Ley 906 de 2004, bien pueden

apartarse de esas interpretaciones para asumir una postura más comprometida con el hombre que siempre estará por encima de la ley, siendo siempre imperante para la determinación de la concesión de la prisión domiciliaria analizar, no las prohibiciones de la norma, sino el contexto y la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de una prisión en establecimiento carcelario.

Indica que teniendo en cuenta la pandemia y la exagerada sobrepoblación carcelaria, el funcionario judicial debe propender por humanizar la pena, es decir que esta se cumpla con dignidad, además la muestra de arrepentimiento que dio el procesado no amerita que se envíe a un establecimiento de reclusión donde evidentemente no hay humanidad en el cumplimiento de una pena.

Finalmente puntualiza que con la prisión domiciliaria se cumple con los fines de la pena, pues la prevención general está dada por la sanción penal impuesta, la retribución justa, por la reparación que hizo de la víctima y la prevención especial es evidente en tanto el procesado se arrepintió del hecho y enderezó su actuar.

5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El delegado de la Fiscalía General de la Nación se muestra inconforme con la decisión de primera instancia en razón de la concesión de la prisión domiciliaria, pues la misma se dio como consecuencia de un control difuso que, según él, no hizo adecuadamente el funcionario judicial *a quo*.

Advierte que no encontró en la sentencia recurrida cuál fue el análisis detallado de ponderación, de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad,

para inaplicar el artículo 68A del CP y aludir a la elaboración del control difuso, cuando lo que se advierte de la decisión es que solo se rebaten los argumentos que expuso la Fiscalía en la audiencia del artículo 447 del CPP

Señala que la concesión de la prisión domiciliaria y la consecuente inaplicación de la norma penal, la hace el funcionario judicial advirtiendo que, dada la personalidad del procesado y su posterior arrepentimiento, no requiere tratamiento penitenciario, pues no es reincidente delictivo, lo cual no se discute en el inciso 2 del artículo 68A que fue el que dejó el juez de aplicar.

No comparte lo que asevera el *a quo* en relación con la indemnización a la víctima y el actual cambio de vida que ha dado el procesado como requisitos evaluados para conceder la prisión domiciliaria, como quiera que el hecho de que estas situaciones sucedan, no eluden la obligación de cumplir la norma y con ello imponer la prisión intramural, pues de ser estos criterios relevantes, el legislador los hubiera considerado dentro del texto normativo.

Difiere de la aseveración que hizo el juez cuando eludió a que el hecho de conceder la prisión domiciliaria no podría verse como desigual o injusto, porque la justicia en este caso se cumple con la emisión de una sentencia condenatoria sin importar la forma del cumplimiento de la pena impuesta.

Precisa que no es el buen modo de vivir del procesado un criterio para inaplicar una norma sustantiva, porque cuando se introdujo el inciso 2 del artículo 68A del CP, se restringió la concesión de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural por la sola conducta juzgada, sin que para nada se le impusiera al juez hacer análisis subjetivos de peligrosidad, buen comportamiento posterior al ilícito y falta de antecedentes anteriores y posteriores, porque ciertamente lo que implica la norma en cuestión es un

aspecto objetivo para el que ya el legislador tuvo en cuenta esas valoraciones de peligrosidad que hizo el juez en la decisión que ahora recurre.

Finalmente, según el apelante, el juez acude a criterios subjetivos para inaplicar una norma disfrazándolos de un control difuso, del que se alejó porque no expuso serios argumentos de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad, olvidando, incluso, que la prisión domiciliaria no se le concede a las personas que hayan evadido voluntariamente la acción de la justicia, lo cual sucede en este caso, en donde **Cano Vanegas** fue capturado en flagrancia y cuando se llevó a los calabozos de una estación de policía de Bello, se evadió infringiendo violencia sobre su custodio, lo que impidió a la Fiscalía presentarlo ante los jueces de control de garantías de la ciudad, todo lo cual se halla probado en los elementos materiales probatorios que fueron dados en traslado al juez al finalizar la audiencia de verificación del preacuerdo presentado.

Por lo anterior, solicita se revoque la decisión de primera instancia en punto a la concesión de la prisión domiciliaria, para que en su lugar sea dispuesto que la pena de prisión impuesta al señor **John Estaban Cano Vanegas** se cumpla en establecimiento carcelario.

6. PRONUNCIAMIENTO DE LOS NO RECURRENTES:

La defensora del procesado señaló no estar de acuerdo con los argumentos de disenso planteados por el Fiscal en contra de la sentencia emitida en contra de su prohijado, porque considera que el juez *a quo* cumplió con su obligación de motivar su decisión y responder cada uno de los argumentos propuestos por la Fiscalía.

Señala que en la sentencia se realizó una ponderación de criterios y expresó con claridad porqué la privación de la libertad en centro de reclusión no devenía necesaria ni razonable en el presente asunto, todo a la luz de las funciones de la pena.

Aduce que contrario a lo que advirtió la recurrente, es claro que en la sentencia sí se hizo un análisis sesudo sobre la función judicial y las posibilidades del juez de cara a los fines constitucionales de la pena y se realizó, en sentido lato y estricto, el test de proporcionalidad que permitió concluir porqué la privación de la libertad en el domicilio del procesado persigue una sanción legítima que posibilita la inaplicación de la norma, en tanto reemplaza el medio más lesivo que solicitó la Fiscalía y, por ende, no puede verse como impunidad.

Precisa que la ponderación que se exigía para inaplicar la norma se cumplió y la misma consistía en analizar las situación particular y las circunstancias que rodean el caso, no puede ser algo general, sino concreto, y en el presente evento se halló arrepentimiento del acusado por el error cometido, lo cual se reflejó en su sometimiento a la justicia y en un ingente esfuerzo para pagar la suma por reparación de perjuicios, todo lo cual fue valorado positivamente por el juez para conceder el beneficio deprecado que, para nada, puede considerarse como impunidad.

Considera que en un Estado Social de Derecho la función o finalidad del proceso penal no puede ser la venganza, sino la verdadera resocialización que está íntimamente ligado a la prevención especial, lo que se evidenció en este caso por advertir que el procesado lleva una vida normal, no ha incurrido en sucesos ilícitos ni antes ni después del hecho aquí juzgado, reside con su familia a quien sostiene con sus labores del campo, luego entonces, no entiende en porqué la fiscalía insiste con la sanción más severa,

cuando ya vio que es absolutamente innecesaria como bien lo indicó el juez de primera instancia.

Precisa que si bien, como lo indicó la Fiscalía, la prohibición que contiene el artículo 68A es un factor objetivo, el mismo debe ser interpretado, como cualquier norma, pues no se puede partir de una visión aislada, más aún cuando el artículo 2 del C.P habla de la integración normativa que debe hacer el intérprete y el 13 de la misma codificación sobre la prevalencia de los principio rectores, dentro de los que se encuentra el artículo 4 *ibidem* que claramente establece las funciones de la pena. Todo lo cual permite que el juez analice la necesidad de la prisión intramural en el presente caso y no simplemente se ciña a la prohibición objetiva.

Señala que incluso la Corte Suprema de Justicia ha referido que el juez es un intérprete de la norma y no simplemente una máquina que aplica el Derecho, por lo que puede extender el alcance de las normas teniendo como límite la Constitución y, obviamente la vulneración de garantías de los demás intervinientes en el proceso, lo cual no ocurre en este caso con la decisión de conceder a **Cano Vanegas** la prisión domiciliaria, donde se respetaron los derechos de las víctimas y cualquier norma de rango constitucional y principialístico.

Indica que el hecho de que el procesado hubiera sido aprehendido en flagrancia y no se hubieran logrado realizar las audiencias preliminares por haberse evadido de la estación de policía, es un hecho que en nada interesa para la determinación de si se concede o no la prisión domiciliaria y menos aún para evaluar negativamente la personalidad del procesado, quien en últimas se presentó voluntariamente para iniciar el presente asunto penal.

Finaliza puntualizando que si se tiene en cuenta la pandemia que se atraviesa por causa de la COVID-19 y el extremo hacinamiento carcelario, tampoco sería lógico que se decidiera el purgamiento en prisión de la impuesta a su prohijado, como quiera que los brotes que se están presentando en los establecimientos de reclusión y el insuficiente personal médico que se tiene para atender la condición de salud de los privados de la libertad, sería indigno hacer trasladar a **Cano Vanegas** a un centro carcelario.

En consecuencia, depreca la confirmación de la providencia recurrida.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1. Competencia:

Conforme lo reglado por el artículo 34 numeral primero de la Ley 906 de 2004, es competente la Sala para conocer el recurso de alzada en tanto es superior funcional del Juzgado Segundo Penal Municipal de Bello, Antioquia, despacho que profirió la providencia apelada.

A tono con las previsiones del artículo 179 y siguientes de la Ley 906 de 2004, estatuto que rige este juzgamiento, la Sala limitará su decisión a los puntos centrales de impugnación y las cuestiones inescindibles a ellos.

7.2. Problema jurídico:

Dados los planteamientos hechos en la sentencia de primera instancia, los reparos a esta por parte de la Fiscalía y los contraargumentos presentados

por la defensa, los problemas que se abordaran son los siguientes en su orden:

7.2.1. ¿Puede el juez inaplicar una norma sustantiva por razones de orden constitucional y, en caso afirmativo, cuál es su carga argumentativa?

7.2.2. ¿Es jurídicamente admisible dejar de aplicar el numeral 38B que remite al artículo 68A, ambos del Código Penal, por resultar supuestamente contrarios los cánones 2 de la Constitución Nacional y 4 del Código Penal?

Planteadas así las cosas, lo procedente será entrar a analizar los problemas jurídicos propuestos, para, luego de ello, descender al análisis del caso en concreto:

7.2.1. ¿Puede el juez inaplicar una norma sustantiva por razones de orden constitucional y, en caso afirmativo, cuál es su carga argumentativa?

En el artículo 4 de la Constitución Nacional se consagra la primacía de la Carta Magna sobre cualquier descripción legal plasmada en otro ordenamiento jurídico¹, pues esta es el máximo referente al que deben someterse las decisiones administrativas y judiciales.

¹ Las leyes, actos administrativos, decisiones judiciales y todas las actuaciones de los órganos del poder público que fueron establecidos por la misma Constitución.

Sin embargo, en ocasiones las normas legales van en contravía de las constitucionales, siendo por ello que la misma Carta Magna consagró el control de constitucionalidad para hacer prevalecer estas sobre aquellas.

En Colombia, existe el control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional en razón de lo establecido en el canon 241 de la misma; no obstante, si se analizan otras tantas normas de la misma Constitución², es claro que también ese control lo pueden realizar los jueces, autoridades administrativas o incluso particulares cuando al momento de aplicar una norma legal evidencian su ostensible contrariedad con disposiciones superiores. Esto es lo que se conoce como control difuso de constitucionalidad.

Una muestra de ese control difuso de constitucionalidad se ve con cierta frecuencia en los fallos de tutela; pero eso no obsta para que los jueces ordinarios en ciertas ocasiones también tengan que acudir a este mecanismo de protección constitucional dentro de los procesos sometidos a su conocimiento, eso sí solo con efectos *inter partes* y jamás *erga omnes*, pues tal característica solo la tiene el control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional.

La Corte Suprema de Justicia ha reconocido esa facultad constitucional de los jueces y ha señalado:

“Cualquiera sea la definición que se tenga de esa figura, ya sea como “herramienta”, “facultad” o “posibilidad”, es lo cierto que en un Estado como el colombiano que se autodefine como Social de Derecho y Democrático, es,

² Los artículos 4, 93, 94 y 237 numeral 2, entre otros de la C.N

ante todo, un poder/deber constitucional, del que la propia Carta dota a quienes deben dar aplicación a una norma para inaplicarla en tanto observe una incompatibilidad manifiesta entre cualquier precepto y la Constitución. Esa Institución es parte del mérito nacional del control constitucional difuso que en este ámbito específico se manifiesta en el poder/deber que se le reconoce a cualquier Juez para mantener la integridad de la Constitución frente a cualquier norma de rango inferior. Naturalmente que tal facultad solo opera en tanto la Corte Constitucional como “guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución” no haya realizado el juicio de constitucionalidad que procede, según sea el caso, por vía de la acción pública de inconstitucionalidad o la extraordinaria de control oficioso que procede, entre otros, contra Decretos Legislativos.”³

Además, el mismo también ha sido reconocido por la Corte Constitucional, quien, de antaño, ha señalado:

“2.1 La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que *“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...”*. Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución.

2.2 De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o *ex officio* por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son *inter partes*, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución.”⁴

Empero esa facultad o poder judicial de inaplicación de una norma legal, no podrá ser caprichosa ni arbitraria, o basada en criterios subjetivos de mejor interpretación, conveniencia, practicidad o humanidad, sino que debe

³ AP1073-2020 Sala de Casación Penal, M.P. Hugo Quintero Bernate

⁴ Sentencia C-122 de 2011

obedecer a serios y verdaderos fundamentos jurídicos de prevalencia del ordenamiento constitucional, pues es así la única manera de precaver actos de arbitrariedad, incertidumbre jurídica, u otros valores o principios caros al Estado social, democrático y constitucional de Derecho que tiene como modelo Colombia.

En términos más concretos, para que sea posible esa realización del control difuso como clara aplicación de una excepción de inconstitucionalidad, es necesario que la contradicción entre la norma legal y la constitucional sea manifiesta de tal manera que del simple cotejo de estas su incompatibilidad refulja nítida y sea imposible aplicarlas simultáneamente, lo que debe ser analizado detallada y cuidadosamente por el funcionario que inaplica la norma legal, quien con razones de peso y argumentos jurídicos muestre la manifiesta, palmaria o flagrante confrontación entre la Constitución y la Ley.

Es así que para que pueda hacerse ese control difuso en un caso sometido a su consideración y dejar de aplicar una norma de obligatorio acatamiento, tendrá que presentarse en la decisión una alta y sesuda carga argumentativa, la cual nunca podrá basarse en puntos de vista o criterios, como se señaló, subjetivos o acomodaticios, sino en una mirada objetiva y una hermenéutica global de la norma y la Constitución para luego razonar de cara al caso concreto.

La Corte Constitucional al hacer análisis de exequibilidad de normas en sede de control constitucional, ha considerado que la visión de incompatibilidad entre la norma legal y la suprema, debe ser normativa, gramatical, libre de toda consideración personal y con una carga analítica y expositiva suma. Así lo ha dicho esa Corporación:

En ese sentido, ante comprensiones diferentes de una misma disposición el intérprete debe escoger una de ellas para ser aplicada en casos concretos. Sin embargo, si esta tarea es asumida en el marco del control de constitucionalidad, el parámetro de escogencia es la vigencia de la Constitución, por lo que la Corte, a partir de la función directiva de la Carta Política, define qué comprensiones de las normas resultan compatibles con la supremacía constitucional, proscribiendo aquellas que no cumplan con esa condición. A su vez, en caso que ninguna de ellas esté conforme a la Constitución, se infiere la inexecutable del enunciado normativo y su consecuente expulsión del orden jurídico. En otras palabras, conforme a la función directiva de la supremacía constitucional, la armonía con la Carta Política opera como árbitro entre dichas interpretaciones jurídicas divergentes, otorgándose con ello no solo plena eficacia de dicho principio, sino también seguridad jurídica, la racionalidad y la razonabilidad al orden jurídico en su conjunto.^[8]

Esta actividad es un aspecto esencial del control de constitucionalidad y ha sido definida por la jurisprudencia de la Corte a partir del contenido y alcance de los principios de conservación del derecho e interpretación conforme. Una definición de dichos principios se encuentra en la sentencia C-038 de 2006, que al explicar los fundamentos para la adopción de las decisiones de executable condicionada, pone de presente que *“la utilización de sentencias interpretativas o condicionadas por parte de la Corte se fundamenta en dos importantes principios, los cuales son, el principio de la conservación del derecho y el principio de la interpretación de la ley conforme a la Constitución. El principio de la conservación del derecho constituye una obligación para los Tribunales Constitucionales de mantener al máximo las disposiciones normativas o leyes emanadas del Legislador, en virtud del principio democrático. Así, en virtud de este principio, la Corte decide adoptar una decisión que permita preservar, antes que anular, la labor del Congreso^[9], es decir, mantener la voluntad del Congreso y, por ende, garantizar el principio democrático. En la sentencia C-100 de 1996, la Corte manifestó lo siguiente: “uno de los criterios que debe orientar sus decisiones el llamado ‘Principio de la conservación del derecho’, según el cual los tribunales constitucionales deben siempre buscar conservar al máximo las disposiciones emanadas del legislador, en virtud del respeto al principio democrático”^[10]. En igual sentido, en virtud del principio hermenéutico de conservación del derecho, la Corte ha precisado que “no puede excluir una norma legal del ordenamiento jurídico, por vía de la declaración de inexecutable, cuando existe, por lo menos, una interpretación de la misma que se aviene con el texto constitucional. De ser así, el juez de la carta se encuentra en la obligación de declarar la executable de la norma legal condicionada a que ésta sea entendida de acuerdo con la interpretación que se concilie con el estatuto superior. Con esto, se persigue, esencialmente, salvaguardar, al menos, algunos de los posibles efectos jurídicos de la disposición demandada, de manera que se conserve, al máximo la voluntad del legislador”^[11] || Así mismo, el principio de la interpretación de la ley conforme a la Constitución ha sido entendido por la Corte Constitucional como una técnica de guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución^[12], este principio encuentra su fundamento en el artículo 4º de la Constitución Política según el cual “en caso de*

incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales". Así, la Corte ha precisado que: "El principio de la interpretación de la ley conforme a la Constitución impide a la Corte excluir del ordenamiento una norma cuando existe por lo menos una interpretación de la misma que se concilia con el texto constitucional. Este principio maximiza la eficacia de la actuación estatal y consagra una presunción a favor de la legalidad democrática. El costo social e institucional de declarar la inexecutable de una norma jurídica infraconstitucional debe ser evitado en la medida en que mediante una adecuada interpretación de la misma se respeten los postulados de la Constitución".^[13]⁵

Así las cosas, es claro que ese análisis de inconstitucionalidad de una norma no puede obedecer a una mera visión particular del operador jurídico, porque esa función de interpretar la ley obedece a criterios de seguridad y coherencia al ordenamiento jurídico, por lo que ante un texto legal claro y categórico, el juez está en el deber de aplicarlo, a no ser que dicho canon esté en abierta contravía del ordenamiento constitucional, evento en el cual el funcionario podría desestimarlos, pero eso sí, asido de una adecuada y suficiente carga argumentativa.

Adicionalmente, si la norma que pretende inaplicarse viene siendo acatada por funcionarios judiciales de rango superior, es decir aquellos encargados de emitir precedente jurisprudencial, la carga de sustentación debe ser mucho mayor, pues no solo implica dejar de aplicar la norma, sino desconocer el precedente, el cual también es de obligatorio acatamiento⁶ y, aunque en ocasiones es posible proceder así, eso será muy excepcional y precedido, como se dijo, de una fortísima sustentación por razones de preservación de principios de igualdad, seguridad jurídica, confianza legítima y autonomía judicial, entre otros.

⁵ Sentencia C-054-2016

⁶ Sentencia C-836 de 2001

7.2.2. ¿Es jurídicamente admisible dejar de aplicar el numeral 38B que remite al artículo 68A, ambos del Código Penal, por resultar supuestamente contrarios los cánones 1 y 2 de la Constitución Nacional y 4 del Código Penal?

En un Estado Constitucional y Democrático de Derecho como es el nuestro, se conserva la división de poderes, condición sustancial y necesaria para el control de los mismos⁷, pero se flexibiliza dicho principio para una colaboración armónica entre ellos, que permita una consecución más fácil y expedita de los cometidos y fines estatales.

Así por ejemplo, la función legislativa no es del resorte exclusivo del Congreso de la República, sino que en la creación del Derecho intervienen otros actores entre ellos los jueces, al tenerse hoy por hoy como una verdad incontrastable que los ordenamientos jurídicos no son sistemas perfectos, cerrados y completos y que por el contrario al participar de la vaguedad y la ambigüedad propias del lenguaje del cual se nutren, al presentar antinomias (enfrentamiento o contraste de normas) y lagunas normativas (vacíos de ley), se hace en absoluto necesario una fuerte y decidida actividad hermenéutica; ello sin contar con la prevalencia y la eficacia normativa que en estos modelos políticos tiene la Constitución Política, lo que implica de suyo, que en caso de contradicción entre una regla de inferior categoría con aquella, el operador judicial debe necesariamente preferir la norma superior.

Esto, en otras palabras, significa que la jurisprudencia, entendida simple y llanamente como el pronunciamiento de los jueces, es una verdadera fuente

⁷ Teoría de los pesos y contrapesos

de Derecho; sin embargo, tal razonamiento no puede llegar al extremo vicioso de desconocer que la función legislativa, creadora de primer orden del Derecho, se encuentra, por lo menos en nuestro país, en el Congreso de la República.

En ese orden de ideas, ciertamente la labor del juez es un factor determinante en la producción o creación del Derecho; empero, no solo debido al modelo político en el que estamos insertos, sino, además, para la coherencia del ordenamiento jurídico, dentro de lo posible el funcionario judicial en la labor interpretativa de la norma debe respetar el sentido natural y obvio de la misma⁸; y solo cuando tal primaria exégesis resulte problemática a la solución del caso, bien porque su contenido es oscuro, ambiguo o vago, vaya en contravía del sistema o de la finalidad para la cual fue creada, traiga consecuencias no queridas, la respuesta que brinde no sea razonable, no regule el caso particular o simplemente porque contraría la Constitución, el operador judicial deberá acudir a otros métodos hermenéuticos que proporcionen soluciones adecuadas. Solo de esta manera se acompaña el principio de la división de los poderes estatales con el también axioma constitucional de colaboración armónica entre los mismos.

Ahora bien, cuando el legislativo de manera expresa decide excluir de beneficios y subrogados ciertas conductas que considera afectan de manera grave al conglomerado social y establece como consecuencia que la pena de prisión impuesta deba ser descontada en establecimiento carcelario, lo hace

⁸ Ley 57 de 1887. ARTÍCULO 27. INTERPRETACIÓN GRAMATICAL. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.

ARTÍCULO 28. SIGNIFICADO DE LAS PALABRAS. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal.

plenamente facultado y en desarrollo del principio de la libre configuración normativa, como una medida de política criminal que tiene como única talanquera los principios de necesidad, adecuación y proporcionalidad frente al fin que constitucionalmente se persigue.

Precisamente en ese sentido la Corte Constitucional realizó un pronunciamiento de fondo al examinar la constitucionalidad del artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, que introdujo el artículo 68A al Código Penal:

“55. Ahora bien, al igual que sucede con la imposición de medidas de aseguramiento, los requisitos para decretar la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la libertad condicional y los beneficios a favor del condenado hacen parte de la libertad de configuración normativa del legislador porque constituyen elementos fundamentales del debido proceso penal y responden a las evaluaciones propias de la política criminal del Estado...”⁹

Según esto, para esta Sala no existe mayor discusión en punto a que el legislador dentro de las prohibiciones del artículo 68A quiso cobijar a ciertos delitos, analizando para ello la necesidad de corrección punitiva para los infractores de tales reatos, la peligrosidad de los mismos por ser conductas más nocivas socialmente, el impacto que tienen en la comunidad y el merecimiento que de un tratamiento más drástico.

Se tiene entonces, que el artículo 68 A establece una prohibición general para las personas que cometen cierto tipo de delitos y ello para nada contraviene de ninguna manera la filosofía ni la principialística de los fines del Estado y la dignidad humana, ni menos va en contravía del principio rector contenido en los artículos 4 del mismo estatuto, pues simplemente

⁹ sentencia C-425. 30 abril de 2008

una manifestación de política criminal a cargo del legislador, que la Corte Constitucional a encontrado acorde con la Carta Política.

Es así porque el hecho de hacerle efectiva la mentada prohibición legal a una persona que deliberadamente decidió afectar la seguridad y demás derechos de otro coasociado, no desconoce garantías sociales, por el contrario, las efectiviza, en tanto se está garantizando la aplicación de la sanción que estableció el legislador para el infractor de ciertos delitos, previo el estudio de que la misma se hizo por el legislador y por la Corte Constitucional de no violentar los derechos del destinatario.

El negar a una persona el derecho de la concesión de la prisión domiciliaria teniendo como fundamento la entidad del delito cometido, no desconoce en lo absoluto criterios de igualdad, vida digna ni debido proceso, por el contrario, lo que se está haciendo es garantizar un trato similar a personas en iguales condiciones bajo criterios desprovistos de subjetividades que eventualmente pueden generar inequidad.

De igual manera, es cierto que en muchas cárceles del país se viven condiciones de hacinamiento que ponen en estado de vulnerabilidad a sus internos, pero esta no puede ser razón para desconocer de manera abierta normas del ordenamiento penal, más aún cuando la prisión es la consecuencia natural y primaria de quienes cometen delitos y aunado a ello se trata de una sanción prohijada por la misma Constitución.

Ahora bien, en punto a la incompatibilidad de la prohibición legal de concesión de la prisión domiciliaria en relación las funciones de la pena, advierte la Sala que la misma tampoco desconoce tal cuestión, como quiera

que ese análisis de funcionabilidad que estableció el legislador en el artículo 4 del C.P. ya se hizo por él mismo al insertar la prohibición del canon 38B y 68A *ibidem*, relevando al funcionario judicial del mismo.

Es claro que las funciones de la pena descritas como la prevención especial, reinserción social y protección al condenado, fueron previstas en la composición gramatical de la mentada norma 68A y por ende hacer un nuevo estudio de esos ítems para inaplicar esa prohibición es redundar en un asunto saldado por el legislador, pues no hay evidencia de que la norma sustantiva se oponga a ese principio rector.

7.3. Análisis del caso concreto

En el presente asunto, el juez de primera instancia decidió conceder al procesado la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural con base solamente en el cumplimiento del requisito objetivo contenido en el numeral primero del artículo 38B de la Ley 599 del 2000, omitiendo la restricción contenida en el numeral segundo del referido artículo 68A, ello con fundamento en su particular visión de varios preceptos constitucionales, de los principios *pro homine* y *pro libertatis*, y asido también en supuestos criterios de necesidad, ponderación y proporcionalidad, que le indicaban que frente a un delito menor como es el de hurto calificado no podían darse este tipo de restricciones tan severas cuando, en su criterio, la persona no era reincidente.

Para el apelante, el juez de primera instancia erró en conceder el beneficio al aquí procesado, como quiera que frente al delito de hurto calificado existe expresa y categórica prohibición al respecto contenida en el artículo 68A penal, modificado por la Ley 1709 de 2014 y su aplicación no admite ningún tipo de valoración subjetiva.

Pues bien, frente a la controversia planteada por el recurso de apelación de la Fiscalía, lo primero que debe advertirse es que los hechos que originaron la acción penal ocurrieron el día 25 de enero del año 2017, es decir, cuando la Ley 1709 de 2014 surtía plenos efectos jurídicos, normatividad que en su artículo 23 adicionó el artículo 38B de la Ley 599 del 2000, estableciendo bajo qué requisitos debe ser concedida la prisión domiciliaria como sustitutiva de la intramural, así:

“Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.
2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.
3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.

En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.

...”

Considerando que tales requisitos imperan, no una verificación disyuntiva sino copulativa, debía verificarse el cumplimiento irrestricto de todos en su orden, así:

Con respecto al cumplimiento del primer requisito se evidencia que se cumple a cabalidad, debido a que la pena mínima que el artículo 240 del C.P. establece para el delito de hurto calificado es de 8 a 16 años de prisión, cifra inferior que se ajusta al postulado que establece la norma de 8 años.

En lo atinente al segundo numeral, núcleo del problema jurídico a resolver, dicho precepto establece como requisito objetivo para otorgar el beneficio que la pena impuesta no se origine en uno de los delitos que se encuentran taxativamente descritos en el artículo 68A de la Ley 599 del 2000, entre los cuales efectivamente se halla el delito de hurto calificado.

El juez de primera instancia calificó como pertinente y necesario el conceder tal beneficio debido a que el procesado no cuenta con antecedentes penales, que se encuentra arrepentido y que hizo un gran esfuerzo por reparar a la víctima -aunque dichas consideraciones subjetivas no se encuentran establecidas como requisito para concederlo-, aduciendo que se debe realizar una interpretación ajustada a principios y garantías constitucionales como el de la libertad y el *pro homine* y con base en criterios de necesidad, ponderación y proporcionalidad como factores moduladores de la función judicial.

Si se tiene en cuenta todo lo dicho en acápite anteriores, refulge nítida la indebida excepción de inconstitucionalidad que aplicó el *a quo*, porque brillan por su ausencia verdaderos argumentos constitucionales que demuestren la contradicción abierta del art. 38 B con la Carta Política, resultando la argumentación de primera instancia, solo un esbozo de razones de humanidad y de conveniencia que no vienen al caso en una decisión tan difícil como la que propuso. Los análisis de proporcionalidad, necesidad y fines de la pena simplemente son un discurso acomodaticio para sustentar de

manera artificial su deseo de no aplicar la norma en comento; pero alejados de cualquier análisis sesudo de la constitucionalidad de la norma, como era su deber hacerlo.

Sin embargo, para ahondar en razones, es importante señalar que la ley bajo estudio no es contradictoria, por lo menos en el punto donde lo ve la primera instancia, ya que el legislador en desarrollo de su función y en ejercicio de la libertad de configuración legislativa y como diseñador de primer orden de la política criminal del Estado, decidió implementar, por medio de la expedición de la Ley 1709 de 2014, unas estrategias de descongestión carcelaria, entre otras cosas, flexibilizando los requisitos para el acceso a ciertos subrogados y beneficios; sin embargo, consciente de que dentro de esa estrategia de descongestión podían eventualmente quedar incluidos ciertas conductas antisociales que tienen alta repercusión en la comunidad, decidió modificar el artículo 68 A penal para ahí mantener un listado de delitos que quedaban excluidos de estos beneficios, sobre lo cual se puede discutir acerca de su inconveniencia, pero ello no puede ser soporte para desconocer su juridicidad, porque, como se dijo, eso hace parte del poder de configuración legislativo en materia de política criminal, frente a lo cual le está vedado inmiscuirse al operador judicial.

De otra parte, el considerar al delito de hurto calificado como un delito de menor impacto o entidad, bien porque en realidad no perfeccionó el mismo, porque se reparó a la víctima o porque el procesado no tiene esa conducta reiterada de antes, ni tampoco en momento posterior a los hechos ahora juzgados, no pueden asumirse sino como una visión muy particular y subjetiva de la primera instancia, pues desde hace tiempo los 3 poderes públicos son conscientes de que este tipo de reatos realmente afectan de manera grave la convivencia pacífica, lo que ha contribuido a una creciente sensación de zozobra e inseguridad en las personas del común y en la poca

credibilidad que tienen los ciudadanos frente al Estado con respecto a la manera como enfrenta este flagelo, y por ello es razonable que al ser una conducta que reviste características especialmente graves, haya decidido el legislativo restringirle cierto tipo de beneficios como el que ahora se revisa.

Así las cosas, si el artículo 68A trae un listado de delitos sobre los cuales se prohíbe la concesión de subrogados y otros beneficios penales, ello no es más que la simple y llana expresión de una política criminal del legislador, que por encima de que se estime conveniente o no, es una regla de obligatorio cumplimiento por lo que no le es dable a los jueces, so pretexto de interpretar el ordenamiento jurídico en clave de constitucionalidad, desconocer su contenido que se muestra claro y categórico, peor aún si lo que se evidencia es una confusión entre un razonamiento de constitucionalidad con uno de mera conveniencia, como es patente en este caso.

Planteadas así las cosas, forzoso resulta concluir que la exclusión de beneficios y subrogados establecida en el artículo 68 A del Código Penal, modificado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014 impedía al juez de instancia concederle a **John Esteban Cano Vanegas** el beneficio de la prisión domiciliaria atinente al canon 38B de la Ley 599 de 2000, se procederá a revocar parcialmente la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2020.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

8. RESUELVE

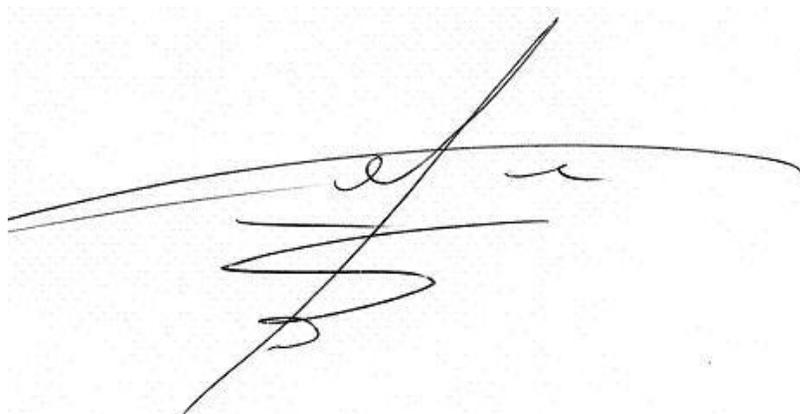
Primero: **REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bello (Ant.), en el sentido de negar la prisión domiciliaria a **John Esteban Cano Vanegas** tal y como se expuso en la parte motiva de este proveído. Lo demás de la decisión quedará incólume

Segundo: Por lo anterior la pena de prisión impuesta será descontada en el centro de reclusión que para tal efecto designe el INPEC. ORDÉNESE su traslado inmediato.

Tercero: En contra de la presente decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos de ley.

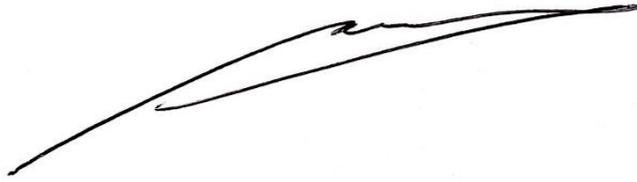
Cuarto: Una vez en firme, remítase de inmediato el expediente a los Juzgados de Ejecución de Penas para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, overlapping strokes. The signature is positioned above the name of the signatory.

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado