



SALA PENAL

Radicado: 05-001-60-00000-2022-00008
Procesados: Jonathan Cardona Alzate
Christian Jiménez Ospina
Cristian Daniel Zapata García
Delito: Concierto para delinquir agravado y otros
Asunto: Apelación sentencia con preacuerdo
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 060

Medellín, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa de Christian Jiménez Ospina, en contra de la sentencia proferida el 2 de marzo de 2022 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Medellín, que vía preacuerdo condenó al procesado mencionado por el concurso de delitos de concierto para delinquir agravado y tráfico de estupefacientes.

Es de advertir que en la misma sentencia se condenó a Jonathan Cardona Alzate por el concurso de delitos de concierto para delinquir agravado, porte de arma de fuego de defensa personal, porte de arma de uso restrictivo de las fuerzas armadas y tráfico de estupefacientes; así mismo, se condenó a Cristian Daniel Zapata García por el delito de concierto para delinquir agravado, respecto a quienes no se interpuso recurso, causa por la cual su situación no será examinada, salvo que lo impusiera el debido proceso o la razón vinculante.

Atendiendo a que se trata de un asunto que terminó de manera anticipada y que se realizan reparos respecto a la

procedencia de sustitutos penales, se le dará prelación a su resolución.

1. ANTECEDENTES

1.1. El Hecho

Atendiendo a que se recurre únicamente la sentencia proferida en contra del señor Christian Jiménez Ospina, solo se relacionarán los hechos que a este se le atribuyen en la acusación en los siguientes términos:

“La señora LEIDY JOHANA SUAREZ MUÑOZ denunció el hurto de la motocicleta AKT AK125WII de placa XLE66E, hecho ocurrido el 23 de abril 2019, cometido en la modalidad de halado, el cual fue cometido, según la información recolectada por la denunciante, por la persona conocida con el alias de JHON PEPO.

Con relación al dato proporcionado por la señora LEIDY SUAREZ, inicialmente se recibió información acerca de la existencia de un grupo delincuenciales que opera en el barrio San Pablo dedicado al hurto de motos de alto cilindraje, organización delincuenciales que está conformada, entre otros, por los alias JAMES que es el jefe de la banda, TINACHO o TINACO que responde al nombre de MARLON GARCIA MORENO, por CHIMPA que se llama LUIS SANTIAGO MORENO, JHON PEPO que responde al nombre de JHON STIDUAR VILLA QUIROZ, MUERTO, y CHOMPI entre otros; con posterioridad, para el 20 de mayo del 2020 se documentó que el combo de LOS TINACOS era manejado por HERNANDO o NANDO, además lo integraban alias DANI o DANIEL, quien fue privado de la libertad, dejando encargado a su hijo de nombre JUAN DANIEL, el cual le rendía cuentas tanto a su padre, como a alias NANDO; de JUAN DANIEL se logró establecer que utilizaba para comunicarse el abonado telefónico número 3225444619, y de manera continua fue visto reunido por los lados de la HUEVERA con los alias CHIMPA, JOHAN, TATO o SURA y EL MUERTO, todos ellos reconocidos como presuntos responsables de la ejecución del hurto de motocicletas y el control de las plazas de vicio en el sector.

De los EMP, EF e ILO allegados a la indagación con NUNC 050016100335201909230, se puede inferir razonablemente la existencia de un grupo delincuenciales común organizado, que atendiendo al origen de la indagación, se denominó TINACOS, determinándose que sus integrantes han permanecido en el tiempo, que son numerosas las personas que pertenecen al mismo, cada uno de ellos cumpliendo una o varias funciones o roles dentro del grupo; y que como toda una organización, tienen un esquema de

trabajo que les permite su permanencia y ejecutar sus actividades ilícitas; de la misma manera se evidencia, que los miembros de esta organización se CONCERTARON para cometer delitos de hurto de personas y motocicletas, y/o Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, de esta manera estas personas pusieron en peligro y lesionaron en forma efectiva los bienes jurídicos del patrimonio económico, la seguridad pública, y la salud pública, siendo conscientes que concertarse para esos fines era delito.

Este grupo delincuencial tiene asentamiento en el sector de San Pablo, del barrio Manrique, en el barrio Campo Valdés, y en el sector El Pinal del barrio Enciso, y sus actividades delictivas las desarrollan en el Área Metropolitana del Valle de Aburra y otros municipios de Antioquia.

Respecto de cada uno de los indiciados se tiene:

(...)

CHRISTIAN JIMENEZ OSPINA alias POPER o POPE o POPEYE. Es integrante del grupo delincuencial que atendiendo al origen de la indagación se ha denominado TINACOS, se documentó su participación desde el 22 de septiembre 2020 cuando se comunicó con JHOJAN y JHONATAN JIMENEZ a través de la línea de JUAN DANIEL RESTREPO para planear ilícitos, hasta el mes de febrero 2021 que los presuntos integrantes de la banda delincuencial estuvieron interceptados.

El señalado se encarga de realizar la dosificación y distribución de estupefacientes, para él mismo y para los hermanos JIMENEZ RESTREPO, en colaboración con la señora DIANA MARIA RESTREPO, aunado a lo anterior planea y ejecuta hurtos selectivos de personas, haciendo uso de armas de fuego y motocicletas.

Durante la investigación se determinó que realiza sus actividades delictivas, entre otros, con JUAN DANIEL RESTREPO ZAPATA, JHONATAN JIMENEZ, JHOJAN JIMENEZ, DIANA RESTREPO y los mencionados con los alias EL DIABLO, CHORY, y TIESTO.

El 24 de febrero de 2021, siendo las 06:13 horas, en diligencia de allanamiento y registró realizada en la residencia del señor CHRISTIAN JIMENEZ, ubicada en carrera 38C No. 99A-17 Int 301 sector San Pablo del barrio Manrique Medellín, se hallaron 02 bolsas negras envueltas con cinta, una de ellas contenía en su interior una sustancia color verde vegetal que por sus características se asemeja a la marihuana y la otra contiene en su interior 40 cigarrillos envueltos en papel color café con una sustancia color verde vegetal que por sus características se asemeja a la marihuana, sustancia que al ser sometida a la prueba de identificación preliminar homologada, PPIH, arrojó un peso bruto de 311 gramos, un peso neto de 243 gramos, positivo para cannabis y sus derivados.”

1.2. Trámite Procesal

El 25 de febrero de 2021 se formuló imputación en contra de Jonathan Cardona Alzate, Christian Jiménez Ospina y Cristian Daniel Zapata García, así como en contra de Juan Daniel Restrepo Zapata, Jhonatan Alberto Jiménez Restrepo, Diana María Restrepo Cortés y Jhojan Alexis Jiménez Restrepo, siendo este último grupo de imputados juzgados por cuerda separada, en tanto se decretó la ruptura de la unidad procesal en virtud de los preacuerdos presentados. Específicamente, al señor Christian Jiménez Ospina se le atribuyó la comisión, en calidad de autor, de las conductas de concierto para delinquir agravado con fines de hurto y con fines de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (artículo 340 inciso 2 del Código Penal), y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (artículo 376 inciso 2° del Código Penal), sin que aceptara los cargos formulados.

El 12 de enero de 2022, el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de esta ciudad instaló la audiencia de acusación en la cual fue presentado un acuerdo celebrado entre la Fiscalía y el primer grupo de imputados antes referenciado, asistidos por sus defensores, específicamente para Christian Jiménez Ospina en los siguientes términos:

El acusado aceptó los cargos formulados por los delitos de concierto para delinquir agravado y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, pactándose una pena de 52 meses de prisión y multa de 2714 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma fecha se llevó a cabo la audiencia de individualización de la pena. La lectura del fallo tuvo lugar el 2 de marzo de 2022.

2. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Como la resolución de la apelación no impone ingresar en otros temas diferentes a los recurridos, que versan sobre la concesión de la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38B del Código Penal, solo reseñamos de la sentencia lo que guarda relación con lo que fue objeto de censura. En lo restante, se entenderá incorporada la decisión de primera instancia a este fallo, pues se conserva su carácter condenatorio y lo allí resuelto que no fue objeto de impugnación.

En virtud del preacuerdo celebrado con la Fiscalía, en la que se acordó la pena, el juez de primer grado condenó a Christian Jiménez Ospina a 52 meses de prisión y multa de 2714 salarios mínimos legales mensuales vigentes, al haber sido hallado penalmente responsable de los delitos de concierto para delinquir agravado (art. 340 inc. 2) y tráfico de estupefacientes (art. 376 inc. 2 del CP). Como pena accesoria le impuso la inhabilidad de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal.

El juez de conocimiento le negó a este procesado la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por expresa prohibición legal, en tanto los delitos por los que fue condenado se encuentran incluidos en el artículo 68 A del Código Penal, que prohíbe la concesión de subrogados penales. Consideró que el procesado no se encontraba en alguno de los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004 que permiten la sustitución de la ejecución de la pena ni sus apoderados los alegaron, además que la carencia de antecedentes no es impedimento para que vaya a prisión y no encontró razones para dejar de aplicar el artículo 68A.

3. LA APELACIÓN

El defensor del señor Christian Jiménez Ospina interpuso el recurso de apelación cuestionando la negativa de la prisión domiciliaria con fundamento en el artículo 68A del Código Penal, por cuanto se dejó de examinar de manera gradual y ponderada la posibilidad de que el procesado recuperara los espacios de libertad restringida en su lugar de residencia, situación que no fue evaluada por el juzgado con miras a determinar si se cumplían o no los requisitos para acceder al beneficio de sustitución de prisión domiciliaria en el lugar de su residencia, por lo que se le excluye ese beneficio al condenado por el solo hecho de estar taxativamente prohibido en el código.

Así mismo, considera que no se hizo una interpretación para la aplicación excepcional del beneficio, violándose las disposiciones de los artículos 13, 28, 29 y 248 de la Constitución Política, referentes al derecho a la igualdad, al debido proceso y a la presunción de inocencia y en especial el de aprestigiar la administración de justicia, según los artículos 350 y 351 del Código de Procedimiento Penal, sin observar que se trata de una justicia premial para que se favorezca al reo con el beneficio pretendido y no negarlo tajantemente.

Afirma que su representado cumple con los requisitos para la concesión de la prisión domiciliaria, por cuanto el artículo 38 del Código Penal señala que la pena no debe exceder de 8 años, lo que se cumple en este caso, además que se le reconoció el tiempo que lleva privado de la libertad por más de 24 meses; así mismo, el artículo 38B ídem dispone que uno de los requisitos para no conceder el subrogado es que el reo tenga antecedentes penales no superior a cinco años y en este evento el procesado es la primera vez que se ve involucrado en una investigación penal,

desconociendo el juez de primer grado que no cuenta con sentencias condenatorias de las que se infiera que no procede el beneficio en el que el juzgador tiene amplias potestades para su reconocimiento, por lo que se debió determinar si Christian Jiménez merecía tratamiento penitenciario atendiendo a la gravedad del delito y el diseño de la política criminal encaminado a la resocialización.

Por consiguiente, solicita se revoque la sentencia recurrida para que se le conceda a su defendido la sustitución de la prisión intramural por la prisión domiciliaria, toda vez que posee arraigo familiar y social.

4. CONSIDERACIONES

Atendiendo a que la segunda instancia se rige por los principios de la justicia rogada, en tanto lo alegado por el recurrente delimita el objeto de la impugnación y otorga competencia para resolver el asunto puesto a consideración, es deber de la Sala, por sistemática procesal, verificar si el recurso de apelación presentado por la defensa fue adecuadamente sustentado.

Es carga inexcusable del apelante presentar una adecuada sustentación del recurso para lo cual de ordinario ha de tener en cuenta el fundamento de los aspectos que cuestiona para generar la posibilidad de su remoción. El 28 de septiembre de 2011, con ponencia del Magistrado Fernando Alberto Castro Caballero, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia expedida en el proceso radicado con el número 37.258, hizo las siguientes consideraciones:

“Conforme se desprende de la norma transcrita, no se somete a duda alguna, la necesidad de sustentar la impugnación, pero la misma norma es clara en señalar que no basta la mera sustentación o defensa de una posición, sino que esa sustentación debe ser la debida, la adecuada, la apropiada al caso. Esto lleva a concluir que no es suficiente la mera exposición de argumentos que tiendan a defender una determinada postura, sino que es preciso que esa argumentación esté orientada a controvertir de manera seria la decisión impugnada, señalando las razones del disenso, destacando cuáles pueden ser las falencias de la providencia y de qué manera tal decisión no resulta acertada y acorde con el ordenamiento, todo ello siempre sin perder de vista el substrato fáctico sobre el cual se realiza el debate. La sustentación debe señalar con claridad qué es lo que se pretende.

Sobre ese ejercicio dialéctico que comporta la impugnación, y que implica una sustentación adecuada, ha destacado la Corte:

“De ahí que la fundamentación de la apelación constituya un acto trascendente en la composición del rito procesal, en la medida que no basta con que el recurrente exprese inconformidad genérica con la providencia impugnada, sino que le es indispensable concretar el tema o materia de disenso, presentando los argumentos fácticos y jurídicos que conducen a cuestionar la determinación impugnada, carga que de no ser acatada, obliga a declarar desierto el recurso, sin que se abra a trámite la segunda instancia, toda vez que de frente a una fundamentación deficiente el funcionario no puede conocer acerca de qué aspectos del pronunciamiento se predica el agravio. Pero una vez satisfecho el presupuesto de la fundamentación explícita o suficiente, en cuanto identifica la pretensión del recurrente, adquiere la característica de convertirse en límite de la competencia del superior, en consideración a que sólo se le permite revisar los aspectos impugnados¹”

Desde el punto de vista sistemático, el acierto de la decisión se escruta siguiendo el razonamiento del apelante, de modo que, si este es insuficiente, en tanto no logra demoler los cimientos de la decisión impugnada; o si la interpretación que pretende proponer

¹ Rad 23667 sentencia 11 de abril de 2007.

no es fundamentada argumentativamente, es inútil la revisión de la segunda instancia, pues de todas maneras la providencia se tornaría en inmodificable.

Este último aspecto impone que para que una sustentación sea adecuada, que no necesariamente acertada, el impugnante ha de partir de una ajustada comprensión de los motivos que tuvo el funcionario judicial para resolver del modo como lo hizo, y ofrecer argumentos para removerlos, de manera que se genere la posibilidad de hacer variar la decisión. Por esto, cuando no se atacan todos los fundamentos de la providencia, no se remueve la fuerza argumentativa de sus soportes, los que por sí solos son suficientes para mantener la decisión, de modo que esta mantiene su presunción de acierto y validez. También debe considerarse que la sustentación de la apelación es deficiente cuando se presenta la tesis del argumento, pero no se desarrollan las premisas, por lo cual la alegación queda reducida a ser meras aseveraciones genéricas que impiden seguir el razonamiento del apelante para extraer la conclusión que enarbola.

En el presente caso la negativa de la prisión domiciliaria, así como de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, obedeció de manera exclusiva a que los delitos por los que resultó condenado Christian Jiménez Ospina, esto es, concierto para delinquir agravado y tráfico de estupefacientes, cuentan con prohibición para acceder a este tipo de beneficios, tal como está previsto en el inciso segundo del artículo 68 A del Código Penal.

Esta postura, amparada por la fuerza de la ley y el sentido natural y obvio de la norma, es enfrentada por el defensor del procesado con la tesis de que se dejó de examinar de manera gradual y ponderada la posibilidad de que el procesado recuperara los espacios de libertad restringida en su lugar de residencia y que

no se hizo una interpretación de cara a la aplicación excepcional del beneficio, conforme con los derechos a la igualdad, al debido proceso, la presunción de inocencia y la finalidad de apostrogiamiento de la administración de justicia. Pero resulta que no explica de manera fundada por qué la decisión asumida es sesgada y debe ser ponderada de cara a esos derechos, así como cuáles son las razones para que, tomando como base o guía esos derechos, se pueda excluir la aplicación de la norma que prohíbe la concesión de subrogados y beneficios penales.

No explica el defensor cómo podría realizarse un análisis ponderado de la norma y cuál es la necesidad de hacerlo en detrimento de la libertad de configuración del legislador, como podría ser la carencia de razonabilidad de cara a los postulados constitucionales. Tampoco despeja el asombro que causa que una interpretación acorde a lo literal y el sentido que emana de la disposición legal deba ser estimada como sesgada. Iguales consideraciones pueden hacerse cuando se sugiere una interpretación favorable atendiendo a la carencia de antecedentes penales y el tiempo que lleva en reclusión el procesado, sin especificar fundamento alguno para hacerlo y por qué esa consideración permitiría desatender el tenor literal de la ley.

Las falencias argumentativas del impugnante radican en que no distinguió entre un discurso de fundamentación y uno de aplicación, pues no basta mencionar postulados jurídicos válidos, sino también cómo cobran efectividad en el caso, con mayor razón cuando se tiene establecido que la mera invocación genérica y abstracta de una proposición no es suficiente motivación. Si bien se diseñó la tesis o conclusión del razonamiento con precisión, no se hizo así con sus premisas de modo que, si la Sala ingresara al fondo del asunto, realmente debería hacerlo de modo oficioso,

considerando supuestos no planteados por el recurrente, en detrimento de los derechos de contradicción de su contraparte.

Entonces cotejado el punto de vista de la defensa de Christian Jiménez Ospina con la decisión del juez, observa la Sala que el impugnante no logró presentar argumentos sino la aseveración de que es viable ponderar circunstancias particulares en desarrollo de los derechos constitucionales a la igualdad, debido proceso y presunción de inocencia para excepcionalmente acceder al beneficio pretendido cuando los delitos por los que se procede cuentan con prohibición legal de concederlo, pues pareciera que para el apelante le resultaba suficiente asegurar que debe realizarse el análisis desde la perspectiva de los derechos en mención, sin ninguna explicación o desarrollo, por lo que encuentra la Sala que esta sustentación no remueve los sustentos legales expuestos por el juez de primera instancia, lo que torna inane el ingreso al fondo del asunto, motivo suficiente para declarar desierto el recurso de apelación por indebida sustentación.

Por último, la invocación de que el asistido por el apelante reúne los demás requisitos para que se le conceda la prisión domiciliaria es un argumento impertinente, pues ellos no soportaron la decisión, sino que esta se fundamentó en la referida prohibición legal.

Aun más, si en gracia de discusión pudiera considerarse sustentado el recurso, procedería su rechazo de plano con base en lo establecido en el numeral 1° del artículo 139 de la Ley 906 de 2004, por cuanto el recurso surge como manifiestamente inconducente en tanto lo alegado no introduce alguna premisa normativa que permita desconocer la prohibición, ni la Sala

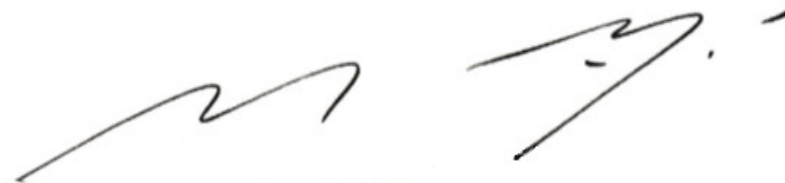
encuentra bajo qué reglas o principios podría desconocerse dicha regulación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero: Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por el defensor de Christian Jiménez Ospina en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Medellín, conforme con lo dicho en la parte motiva.

Segundo: Contra esta decisión, la que queda notificada en estrado al momento de su lectura, procede el recurso de reposición.



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO