

M. PONENTE : LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
ACTA DE APROBACIÓN : 11 / 2017
RADICADO : 05001 60 00 206 2015 42954
CLASE DE ACTUACIÓN : APELACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA : SENTENCIA CONDENATORIA
FECHA : 13 DE FEBRERO DE 2017
DECISIÓN : CONFIRMA CONDENA
DELITOS : TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

PROVIDENCIA

PROCESO: 05001-60-00-206-2015-42954

DELITO: Tráfico de Estupefacientes

CONDENADO: Jorge Iván Zambrano Loaiza

PROCEDENCIA: Juzgado 25 Penal del Circuito de Medellín

OBJETO: Apelación de sentencia Condenatoria, Preacuerdo.

DECISIÓN: Confirma.

M. PONENTE: Luis Enrique Restrepo Méndez

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA DE DECISION PENAL

Medellín, trece (13) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

Aprobado por Acta Nro. 11

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2016, por el Juzgado 25 Penal del Circuito

de Medellín, Antioquia por medio de la cual se condenó a Jorge Iván Zambrano Loaiza, como autor del punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

I. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los hechos sucedieron el 29 de agosto de 2015, a eso de las 21: 36 horas, en la calle 1 sur con carrera 82, barrio Belén Rincón, zona urbana de esta ciudad, cuando personal de la Policía Nacional realizaba labores de patrullaje y observaron a un ciudadano que se movilizaba en motocicleta, y al identificarse, manifestó llamarse JORGE IVAN ZAMBRANO LOAIZA, a quien se le notó un abultamiento en el bolsillo trasero izquierdo del pantalón, el cual sacó y entregó voluntariamente, consistiendo en una bolsa plástica transparente con cierre hermético, que en su interior contenía 100 bolsas plásticas herméticas de menor tamaño, las cuales contenían una sustancia en polvo color blanco que por su color y características era similar a la base de coca. Por tal motivo le dieron a conocer sus derechos como capturado y fue puesto a disposición de la autoridad competente.

La sustancia hallada al señor JORGE IVAN ZAMBRANO LOAIZA fue sometida a la correspondiente prueba de identificación preliminar homologada, dando como resultado positivo para cocaína y sus derivados, con peso neto de 43.6 gramos.

Ante el Juzgado 7º Penal Municipal de la ciudad con funciones de control de garantías, se verificaron las audiencias preliminares y la fiscalía realizó la imputación por el cargo de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, previsto en el Art. 376 inciso 2 del C. Penal, en la modalidad de “llevar consigo”, cargos a los que no se allanó el señor Zambrano Loaiza. La fiscalía declinó de la imposición de medida de aseguramiento en contra del imputado.

El Delegado de la Fiscalía presentó escrito de acusación el 8 de septiembre de 2015, requerimiento fiscal que se concretó en audiencia celebrada el 18 de noviembre del año siguiente, sesión en la cual se varió el sentido de diligencia, teniendo en cuenta que las partes llegaron a un acuerdo donde el imputado aceptó su responsabilidad en el delito endilgado, a cambio de lo cual el Ente Acusador le reconoció el haber actuado bajo

circunstancias de marginalidad o pobreza extrema, pactando una pena de 18 meses de prisión.

Verificado el preacuerdo y anunciado el sentido de fallo condenatorio, se dio paso a la lectura de la sentencia, imponiendo al señor Jorge Iván Zambrano Loaiza, la pena de dieciocho (18) meses de prisión, multa por valor de 0.33 SMLMV e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicos por el mismo lapso de la pena de prisión; se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia y la prisión domiciliaria como sustitutivos de la pena intramural, por no satisfacer los requisitos para su reconocimiento.

La sentencia fue apelada por la defensa del señor Zambrano Loaiza.

II: DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

El apelante dirigió su censura contra la negativa del juez de conceder el beneficio de suspensión condicional de la ejecución de la pena o, en subsidio, la prisión domiciliaria, al considerar que su prohijado cumple con los requisitos legales para acceder a tales beneficios, para lo cual argumenta que en los delitos enlistados en el artículo 68 A del Código Penal, no está prohibido el otorgamiento de subrogados. Cita a continuación algunos autores clásicos del derecho penal, haciendo énfasis en la dignidad humana y racionalidad de las penas.

Indica que se debe orientar la ejecución de la pena hacia la resocialización, por lo que la legislación colombiana ha considerado que si un condenado, dada las características del hecho punible y sus rasgos personales, no necesita de la privación física de su libertad para readaptarse a la sociedad, debe brindársele la oportunidad de cumplir su condena, mediante mecanismos que comporten una menor aflicción.

Dice que el “*espíritu del legislador*” cuando hizo la prohibición expresa frente a la concesión de beneficios en el delito que nos atañe, fue con la finalidad de evitar el flagelo del narcotráfico que azota nuestro país, y no para caso como el que nos convoca en este proceso, cuando la cantidad incautada de estupefaciente es ínfima y solo se acreditó el porte de la misma, el cual no tiene ninguna finalidad de tráfico, ni venta, ni menudeo.

Considera que su asistido es un infractor primario y que el porte del estupefaciente no lesiono ningún bien jurídico de la sociedad, por lo que estamos ante una figura de peligro abstracto que permite la concesión del subrogado penal.

Concluye que la ejecución de la pena intramuros debe ser el último recurso, basado en el derecho penal como ultima ratio, dada la existencia de criterios subjetivos de los que discrecionalmente pueden hacer uso los jueces.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

1. Conforme al artículo 34 numeral 1° de la Ley 906 de 2.004, es competente esta Magistratura para conocer de la apelación que se interpuso en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 25 Penal del Circuito de Medellín, por hacer parte de este Distrito Judicial.

2. El problema jurídico planteado por el recurrente tiene que ver con establecer si el punible de tráfico de estupefacientes ejecutado bajo el verbo rector *llevar consigo*, que fue el que se imputó al señor Zambrano Loaiza, está o no cobijado por la prohibición contenida en el inciso segundo del artículo 68 A del C.P. modificado por la Ley 1709 de 2014.

3. Desde ya la Sala anticipa que la respuesta al problema postulado por la defensa es positiva y, en consecuencia, la decisión será confirmada. Las razones para ello son las siguientes:

3.1. El *a quo* aplicó acertadamente al caso el Art. 32 de la Ley 1709 de 2014 al Art. 68 A del C Penal, pues los hechos ocurrieron el 29 de agosto del año de 2015, cuando ya se hallaba vigente dicha normatividad siendo imperativa por tanto su aplicación al caso concreto.

3.2. El recurrente considera que como su apadrinado no fue sorprendido en el ejercicio de tráfico del estupefaciente y que el cargo deducido lo fue por "*llevar consigo*", debe concedérsele la suspensión de la ejecución de la pena, o en su defecto la prisión domiciliaria, porque reúne los requisitos subjetivos para acceder a dicho beneficio.

3.3. El Art. 29 de la Ley 1709 que modificó el Art. 63 del C. Penal, prevé que la pena privativa de la libertad será suspendida por un período de prueba de 2 a 5 años, a quien le sea impuesta prisión que no supere los 4 años, siempre que carezca de antecedentes y **no haya sido condenado por alguno de los delitos previstos en el inciso 2 del Art. 68A de la ley 599 de 2000.**

Igualmente señala que quien reporte antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, podrá acceder al mecanismo sustitutivo cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

3.4. Por su parte el Art. 32 de la Ley 1709 de 2014, modificó el 68 A del C. Penal y allí se plasmó que no se concederá la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, para quienes hayan sido condenados, entre otros, por “*delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones*”.

3.5. En opinión de la Sala, como lo ha venido expresando en oportunidades anteriores, la prohibición que consagra el precepto, incluye en su totalidad los delitos contenidos en el Capítulo II del Título XIII, “*Del tráfico de estupefacientes y otras infracciones*”, que comprende los Artículos 375 a 385 del Código Penal, sin diferenciar entre los mismos o aludir a un verbo rector específico de alguno de esos preceptos, en particular al contenido en el artículo 376, como al parecer lo entiende el recurrente quien en los argumentos expuestos en procura de la concesión del sustitutivo penal que contempla el Art. 63 del C. Penal, refirió que el *a quo* sustentó la negativa por un supuesto “*tráfico de estupefaciente*” cuando esta actividad o ejercicio de venta no fue comprobado, pues simplemente lo “*llevaba consigo*”, por lo que nada impide que su acudido pueda gozar de la suspensión de la ejecución de la pena.

3.6 La posición asumida por el recurrente desconoce la literalidad del precepto en el que se aprecia que el legislador fue meticuloso al introducir el listado de delitos que pretendía excluir de los beneficios penales, acudiendo para ello a varias estrategias de enunciación, a saber: En algunos casos, haciendo referencia al bien jurídico protegido, en otros, al objeto material sobre el que recaen las conductas o simplemente al nombre de la conducta

punible; para el caso concreto, optó por la denominación del capítulo del Código Penal que contiene las conductas objeto de prohibición, sin establecer excepción alguna, precisiones que sin lugar a dudas se dirigieron a que el operador jurídico respetara su tenor literal.

Si la intención del legislador hubiera sido la de hacer una diferenciación o distinción como la sugerida por el togado, habría acudido a fórmula semejante a la incluida en la parte final del Art. 28 de la Ley 1709 de 2014 que adicionó el 38G al C. Penal, donde se excluyó la posibilidad de permitir la ejecución de la pena privativa de la libertad en el lugar de residencia cuando el sentenciado haya alcanzado la mitad de la pena a quienes hayan sido condenados por “delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, salvo los contemplados en el artículo 375 y el inciso 2º del artículo 376 del presente código”.

El legislador, entonces, consideró que los delitos relacionados con el *tráfico de estupefacientes*, comportan cierto nivel de gravedad y por ello opera la expresa prohibición de conceder los beneficios y subrogados penales que consagra el Art. 68 A del C. Penal, en el que no se hace ninguna distinción respecto de las conductas que conforman el título que refiere al tráfico de estupefacientes y otras infracciones y menos hace diferenciación alguna entre los verbos rectores alternativos que contiene cada una de las disposiciones.

Es que no puede dejarse de lado que el Art. 376 del Código Penal, es un tipo penal de conducta alternativa que contiene 12 verbos rectores, por lo que un correcto entendimiento de la norma evidencia que cualquiera de ellos constituye vía idónea para vulnerar el bien jurídico de la Salud Pública y constituye tráfico de estupefacientes en los términos a que acudió el legislador, es decir, responden a un mismo fenómeno delictual, esto es, aquel que tenga que ver con sustancias estupefacientes.

Expresado de manera diferente, verbos como *portar, llevar, tener, almacenar, conservar*, se encuentran contenidos en el tipo penal consagrado en el artículo 376, Título XIII, Capítulo II **“Del tráfico de estupefacientes y otras infracciones”**, de modo que la expresión tráfico se utiliza como una síntesis en la que cabe incluir cualquiera de aquellas conductas que pueda ejecutar el sujeto agente.

3.7 En asunto similar al que ahora concita la atención, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, así se pronunció:

“... solo para efectos de evidenciar que el recurrente se equivoca en todo lo que afirma, precísese que cuando en el inciso 2º del artículo 68A del Código Penal se extiende la exclusión de beneficios y subrogados a algunos delitos, entre ellos, los “relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones”, que dígase, son los previstos en el Capítulo Segundo del Título XIII (“de los delitos contra la salud pública”) del Libro Segundo del Estatuto Punitivo, no hace distinción alguna, bien frente a alguno de los ilícitos allí contenidos o en relación con una de las conductas por ellos descrita como lo sugiere el censor en relación con el artículo 376 y en particular frente al verbo rector “llevar consigo”.

Es que si bien el aludido Capítulo Segundo se denomina “del tráfico de estupefacientes y otras infracciones”, no por ello puede interpretarse que la prohibición prevista en el artículo 68A solo opere frente a las conductas de “tráfico” como lo asegura el libelista, pues de ser así, el legislador habría hecho la salvedad correspondiente.”¹

4. Se concluye entonces, que ante la claridad que ofrece la norma, no se puede someter a interpretaciones que buscan indagar por su espíritu, pues si aquella no distingue no le corresponde hacerlo al intérprete, es decir, que no resulta viable acudir a otros criterios que contrarían el texto mismo del precepto cuya literalidad no establece tal diferenciación.

Corolario de lo expuesto, como ningún otro reparo se hizo a la sentencia, se impartirá confirmación en esta instancia.

Por lo anterior la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución, **CONFIRMA** la sentencia de fecha, origen y sentido referidos en esta decisión.

La presente decisión se notifica en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ

¹ Sentencia AP 6304 Rdo. 45949 del 28 de octubre de 2015.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
Sala de Decisión Penal
Radicado 05001 60-00-206 2015-42954

MAGISTRADO

**JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO**

**NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO**