

M. PONENTE : **LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ**
ACTA DE APROBACIÓN : **17 / 2017**
RADICADO : **05001 60 00 206 2016 07796**
CLASE DE ACTUACIÓN : **APELACIÓN**
TIPO DE PROVIDENCIA : **SENTENCIA CONDENATORIA**
FECHA : **16 DE MARZO DE 2017**
DECISIÓN : **CONFIRMA CONDENA**
DELITOS : **TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES Y FABRICACION, TRAFICO , PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO.**

PROVIDENCIA

PROCESO: 05-001-60-00-206-2016-07796
DELITO: Trafico, fabricación o porte de estupefacientes
CONDENADO: Andrés Camilo Cano Arboleda
Eunice Arboleda Serna
PROCEDENCIA: Juzgado 1º Penal del Circuito de Medellín
OBJETO: Apelación de sentencia por preacuerdo.
DECISIÓN: Confirma
M. PONENTE: Luis Enrique Restrepo Méndez

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR
Medellin

SALA DE DECISION PENAL

Medellín, dieciséis (16) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

Proyecto Aprobado por Acta Nro. 17

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de los señores Andrés Camilo Cano Arboleda y Eunice Arboleda, en contra de la sentencia proferida el 16 de diciembre de 2016 por el Juzgado 1º Penal del Circuito de Medellín, a través de la cual se les halló penalmente responsables como autores del punible de Trafico, fabricación o porte de estupefacientes en concurso con fabricación, trafico, porte o tenencia de armas de fuego o accesorios.

I. HECHOS

A través de un informante, conoció la policía que en la residencia ubicada en la calle 103 nro. 44 A – 09, segundo piso, barrio Santa Cruz de la ciudad de Medellín, se realizaban actividades relacionadas con el tráfico de sustancia estupefaciente, lo cual conllevó, agotadas las actividades de verificación, a que el día 18 de febrero del año 2016, siendo las 14:10 horas aproximadamente, personal de la Policía Judicial realizara el allanamiento y registro del inmueble, en el que se encontraban ANDRES CAMILO CANO ARBOLEDA, y posteriormente llegó EUNICE ARBOLEDA SERNA, exigiendo la dejaran entrar porque esa era su casa, encontrando en el interior cocaína en un peso neto total de mil trescientos treinta y nueve punto dos gramos (1.339,2), tres armas de fuego tipo revolver calibre 38, marca Ruger con seis cartuchos y 2 marca Llama Cassidi con seis cartuchos cada uno, además de 17 cartuchos calibre 38 aptos, para un total de 35 cartuchos, armas y municiones aptas para su uso.

Igualmente se hallaron seiscientos mil pesos (\$600.000) en billetes de dos mil, cuatro millones de pesos (\$4.000.000) en billetes de veinte mil, ciento setenta mil pesos (\$170.000) en billetes de cinco mil, diez mil y veinte mil, para una suma total de cinco millones setecientos mil pesos.

Por lo anterior, se privó de la libertad al ciudadano ANDRES CAMILO CANO ARBOLEDA y a quien dijo ser la residente y propietaria del inmueble, la señora EUNICE ARBOLEDA SERNA.

La Fiscalía, una vez estableció la posible autoría de la conducta investigada en cabeza de los capturados, solicitó ante el Juzgado 40 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías las audiencias de legalización de allanamiento y captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, deduciéndoles cargos por los punibles de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, delitos a los cuales no se allanaron los imputados.

Presentado el escrito de acusación y asignadas las diligencias al Juzgado 1º Penal del Circuito de Medellín, se realizó la audiencia de formulación de acusación el día 25 de mayo de 2016.

De manera previa al inicio de la audiencia preparatoria, las partes manifestaron haber llegado a un preacuerdo, consistente en que los procesados aceptaron los cargos endilgados en la acusación, a cambio de que se les reconociera que actuaron en circunstancias de marginalidad, solicitando se les imponga pena de 78 meses de prisión y multa equivalente a 27 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Comprobada la legalidad del preacuerdo, la juez de conocimiento profirió sentencia el 16 de diciembre de 2016, imponiéndole a los señores Andrés Camilo Cano Arboleda y Eunice Arboleda Serna, la pena de setenta y ocho (78) meses de prisión y multa de veintisiete (27) SMLMV, acorde con los delitos objeto de acusación, reconociéndoles la rebaja contenida en el artículo 56 del Código Penal. Se les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

En relación con la condición de madre cabeza de familia deprecada por la procesada Arboleda Serna para acceder a la prisión domiciliaria, el Juzgado negó la solicitud argumentando que conforme los criterios jurisprudenciales sobre el tema, la relevancia de esta figura radica en la necesidad de proteger los derechos prevalentes de terceros en razón a su situación de abandono, cuestión que no se da en este caso, en la medida en que la menor a la cual hizo referencia la defensa, se encuentra a cargo de su abuela, que no obstante contar con 76 años de edad, ha atendido a su

nieta, y no se demostró que estuviera en imposibilidad objetiva para continuar con el cuidado.

La sentencia fue apelada por la defensa.

II: DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

El apelante dirigió inicialmente su censura contra la negativa del juez de conceder la prisión domiciliaria a la señora Eunice Arboleda Serna, asegurando que en este caso, habiéndose probado la calidad de madre cabeza de familia de dicha ciudadana con la documentación que se encuentra adjunta a la carpeta, se debió haber concedido la “*sustitución de la medida por el domicilio*”.

Por otro lado, solicitó se le conceda la prisión domiciliaria al señor Andrés Camilo Cano Arboleda, al considerar que en este caso se hizo una aplicación indebida por analogía, pues la prohibición consagrada en el artículo 68 A del Código Penal para los delitos de tráfico de estupefacientes, en ningún momento incluye el verbo rector “*conservar*”, ya que no se condenó a sus patrocinados por distribución o venta de alcaloides.

Afirma que Cano Arboleda es un joven de familia, estudioso, responsable, el cual no merece tratamiento penitenciario.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

1. Esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004.

2. Ha de recordar la Magistratura el carácter restringido que ostenta la competencia del *ad quem*, que lo obliga a circunscribir su análisis única y exclusivamente al tema propuesto por el recurrente, con mayor razón cuando se enfrenta a una fallo de condena producto de una forma de terminación anticipada del proceso, circunstancia que restringe el alcance del interés para recurrir y, por contera, los motivos de discusión en segunda instancia.

3. El primer problema jurídico propuesto por el recurrente tiene que ver con determinar si resulta procedente conceder la prisión domiciliaria a su representada, en atención a su posible condición de madre cabeza de familia, de conformidad con la ley 750 de 2002.

3.1 El *a quo* afirma que no se demostró en este caso la condición de madre cabeza de familia de la señora Eunice Arboleda Serna, dado que la menor de la cual se deprecia la protección especial cuenta con otros familiares que pueden hacerse cargo de su cuidado, en este caso su abuela.

3.2 El recurrente, por su parte, dedicó gran parte de su memorial a transcribir apartes teóricos sobre la figura de “*madre cabeza de familia*”, para luego afirmar, de manera general, que esta situación sí se acreditó en el caso de su representada, pero sin realizar un mayor esfuerzo en aras de controvertir los sólidos argumentos esbozados por el juez para denegar la solicitud. No obstante lo anterior, la Sala, en aplicación del principio de caridad, resolverá el “*recurso*”, mismo que evidentemente no tiene vocación de prosperidad, pues está claro que la situación de la señora Arboleda Serna no encaja dentro de los parámetros establecidos en la ley para la concesión del beneficio petitionado.

3.3. Así, se tiene que en sede de audiencia de individualización de la pena, la defensa justificó su petición bajo argumentos generales de que la acusada era la persona que tenía a cargo a su hija Isabela Mesa Arboleda, de trece años de edad, persona de la cual aportó registro civil de nacimiento, allegando igualmente declaraciones juradas donde se dice que la procesada responde económicamente por dicha menor.

3.4. Al efecto, la ley 1232 de 2008 define a la madre (o padre) cabeza de familia como aquella persona que siendo soltera a casada “ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente **o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”**.

Conforme lo ha dicho la Corte Suprema de justicia, *“el concepto de padre cabeza de familia se rige por las mismas condiciones que se imponen al de madre cabeza de familia, **condición que sólo se deriva de la comprobación procesal de la asistencia integral de los hijos menores, y no de la asistencia económica y exclusiva como la que acá se alega (...)**”*¹.

3.5. Sin dificultad se advierte a partir de la normatividad aludida que no se puede afirmar que la señora Eunice Arboleda Serna efectivamente ostente la condición de madre cabeza de familia, teniendo en cuenta, para el caso de la niña Isabela Mesa Arboleda, se tiene que ninguna argumentación hizo la defensa frente a la deficiencia sustancial de ayuda de otros miembros de la familia que pudieran hacerse cargo de la infante, limitando su parco discurso a afirmar que la niña dependía de la procesada, situación que, como se vio en el fragmento de la Corte atrás transcrito, no deriva de manera automática en la acreditación de una condición de madre cabeza de familia.

3.6. Se concluye entonces que no se demostró en la actuación que la señora Eunice Arboleda Mesa fuera ‘*madre cabeza de familia*’, lo que es distinto de progenitor o jefe de hogar, ya que no se advierte la deficiencia sustancial de otros familiares que también pueden ponerse al frente del cuidado de su hija, pues precisamente la niña se encuentra actualmente a cargo de la abuela, Flora Elisa Serna de Arboleda.

¹ CSJ Sala de Casación Penal, Rad. 26851, sentencia del 28 de noviembre de 2007.

3.7. A lo anterior se suma que, aunque la defensa manifestó que el padre de la niña, Efraín Antonio Mesa Gómez, no asume su responsabilidad para con la menor, lo cierto es que se estableció en el plenario que el inmueble allanado figura precisamente a nombre de este mismo ciudadano en la matrícula catastral, de lo cual se infiere que no es total la ausencia del progenitor frente a la menor, por lo que puede exigírsele su ayuda en ejercicio del deber de solidaridad, procurando las atenciones que la infante pueda requerir.

Se insiste en que a pesar de que la menor pueda requerir la ayuda económica y afectiva de parte de la acusada, no se advierte que aquella se encuentre sumida en un completo estado de abandono a raíz de la reclusión de su madre en un establecimiento carcelario, pues fue una circunstancia que la defensa debió demostrar en la actuación, y no lo hizo.

4. El otro problema jurídico planteado por la defensa, tiene que ver con establecer si el punible de tráfico de estupefacientes ejecutado bajo el verbo rector “*conservar*”, que fue el que se imputó a los señores Andrés Camilo Cano Arboleda y Eunice Arboleda, 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.

4.1. 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:

4.2. 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 18 de febrero de 2016, cuando ya se

hallaba vigente dicha normatividad siendo imperativa por tanto su aplicación al caso concreto.

4.3. El recurrente considera que como sus apadrinados no fueron sorprendidos en el ejercicio de tráfico del estupefaciente y que el cargo deducido lo fue por “*conservar*”, debe concedérsele al señor Cano Arboleda la prisión domiciliaria, porque reúne los requisitos subjetivos para acceder a dicho beneficio.

4.4. 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.

4.5. 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*”.

4.6. 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 de la prisión domiciliaria, refirió que el *a quo* sustentó la negativa por un supuesto “*tráfico de estupefacientes*”, cuando esta actividad o ejercicio de venta no fue comprobado, pues simplemente lo “*conservaba*”, por lo que nada impide que su acudido pueda gozar del beneficio solicitado.

4.7. 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.

4.8. 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, precítese 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.”²

5. 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.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la ley, **CONFIRMA** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín, en contra de los señores Andrés Camilo Cano Arboleda y Eunice Arboleda Serna, por los punibles de Trafico, fabricación o porte de estupefacientes y Fabricación, tráfico o porte ilegal de arma de fuego o municiones.

Esta decisión se notifica en estrados y contra ella procede el recurso de casación.

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO

² Sentencia AP 6304 Rdo. 45949 del 28 de octubre de 2015.

**NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO**