



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA PENAL

Radicado: 05001-60-00-000-2018-00518
Procesado: Felman Gonzalez Vélez
Delito: Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes
Asunto: Apelación de sentencia condenatoria
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No.117

Medellín, siete (7) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

1. VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de *Felman González Vélez* en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de esta ciudad, el 29 de julio de 2018, que lo condenó como autor del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

2. LOS HECHOS

El día 9 de febrero de 2018, cerca de las 06:08 horas, la Policía Nacional allanó y registró el inmueble ubicado en la Carrera 10 Sur Nro. 54-154 primer piso del Barrio la Colina de esta ciudad, en cumplimiento de la orden respectiva, lugar en el que se encontraban varias personas, entre ellas el señor Felman González Vélez, quien acompaña a los agentes al registro

Radicado: 05001-60-00-000-2018-00518
Procesados: Felman Gonzalez Velez
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

de la habitación N° 4 donde encontraron dentro de un closet: i) un bolso negro, con 57 bolsas pequeñas herméticas que en su interior contienen cocaína con un peso neto 16 gramos y ii) una bolsa plástica color negro con 14 contenedores plásticos que en su interior contiene 5 gramos de cocaína.

3. LAS RAZONES DE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con base en el preacuerdo realizado por el procesado, el juzgador encontró ajustado a derecho condenarlo por la comisión del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, acorde con lo descrito en el artículo 376 inciso 2 del Código Penal, en tanto la evidencia física y la información legalmente obtenida constituía un mínimo probatorio para desvirtuar la presunción de inocencia.

El sentenciador consideró que la conducta del justiciable lesionaba o ponía en peligro el bien jurídico tutelado de la salud pública, con lo que entiende cumplido el presupuesto de antijuridicidad, mientras que el de culpabilidad también lo percibió reunido en tanto el procesado conocía la ilicitud de su actuación, tal como lo aceptó.

En consecuencia, al no asitirle duda de la existencia del delito ni de la responsabilidad de González Vélez, procedió a condenarlo por el delito atribuido, con el reconocimiento de la circunstancia de estado de marginalidad o pobreza extrema, de que trata el artículo 56 del mismo ordenamiento, que fuera acordada como contraprestación por la aceptación de la responsabilidad. Como sanción impuso la pena de 4 años de prisión y multa de 4 Salarios mínimos legales mensuales vigentes, atendiendo a que fue acordada entre las partes y se encontraba dentro de los límites legales.

De otro lado, negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución de la prisión intramuros por la domiciliaria atendiendo a la prohibición contenida en el inciso 2 del artículo 68 A del Código Penal, modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, como quiera que el

Radicado: 05001-60-00-000-2018-00518
Procesados: Felman Gonzalez Velez
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

sentenciado resultó condenado por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Advierte el juez que si bien en anterior oportunidad asumía una postura favorable a la concesión de este tipo de sustitutos para quienes fueran procesados por portar o llevar consigo estupefaciente, con la nueva exigencia de la jurisprudencia de que concurra el elemento subjetivo del tipo de finalidad de distribución a cualquier título para la configuración del delito, su tesis anterior perdió asidero jurídico, ya que si se condena por los verbos rectores mencionados, incluyendo el de conservar, se está admitiendo la finalidad de distribución de la sustancia estupefaciente o que no era para el consumo personal. De ese modo, no puede evitarse que la conducta encuadre en la prohibición contenida en la norma que protege el bien jurídico de la salud pública.

Agrega el sentenciador que en el presente caso, pese a que el verbo rector que define la conducta por la que se acusó fue el de conservar, no se puede desconocer que la incautación del estupefaciente se produjo en el allanamiento de una vivienda sobre la que se tenía información de que en ella se dedicaban a la venta, circunstancia que estaba contenida en el supuesto fáctico atribuido que fue consensuado. En ese orden de ideas, entiende que no debe excepcionarse la prohibición contenida en la ley 1709 de 2014 y rechaza la interpretación del defensor en tanto la excepción es expresa para el inciso 1 del artículo 68 A del Código Penal y hace alusión de manera exclusiva a las condenas proferidas dentro de los 5 años anteriores que tampoco sería aplicable por analogía a lo regulado en el inciso 2 ibídem, que hace relación al listado de delitos que por su naturaleza se excluye de subrogados y sustitutos, por cuanto se trataría de una excepción no prevista a una regla general.

De igual modo, negó la prisión domiciliaria establecida en el artículo 38 G del Código Penal, solicitada subsidiariamente por la defensa, por cuanto esta supone el descuento efectivo de la mitad de la pena, condición

Radicado: 05001-60-00-000-2018-00518
Procesados: Felman Gonzalez Velez
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

que a su vez le sugiere que es un asunto de competencia del juez de ejecución de penas y no podría extenderse su aplicación por vía de analogía.

4. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

La defensa del señor Felman González Vélez disiente de la decisión de primera instancia únicamente en lo que concierne a la denegación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, que reclama en subsidio.

El apelante alude innecesariamente a aspectos de la regulación de lo pretendido que no están en discusión, pero carece de claridad en la argumentación de las censuras, de las cuales, no sin dificultad, logra la Sala reconstruir que en el escrito de sustentación sugiere que los delitos enlistados en el Inciso 2 del artículo 68 A deben haber sido cometidos previamente, evento que no sería el caso de su asistido, aunque no adelanta razones de por qué se debe interpretar así la norma.

Adicionalmente, se observa que el defensor, en subsidio, propone la posibilidad de conceder en favor de su representando la prisión domiciliaria bajo un argumento a fortiori, que llama analogía, explicando que de “poderse lo más”, se debe “poder lo menos”, con base en la lectura que hace del artículo 38 G del Código Penal, en la que se deja a salvo el delito por el que se procede, esto es, el contenido en el inciso segundo del artículo 376 ejusdem.

5. LAS CONSIDERACIONES

Pese a la precariedad de la sustentación del recurso de apelación, se encuentra presente un mínimo reparo que habilita a la Sala a ingresar en el conocimiento del fondo del asunto.

No sobra reiterar que la segunda instancia se rige por los postulados de la justicia rogada, en tanto la delimitación de los aspectos impugnados

demarcan la competencia de la revisión de la justicia del fallo, no así su validez que puede ser objeto de control oficioso. Así mismo, la argumentación que ofrece el recurrente guía la resolución del asunto, lo cual obliga a prestarle la mayor importancia al modo como se ejerce la contradicción, aspecto que en este evento fue desatendido en la proposición de una interpretación del inciso 2 del artículo 68 A del Código Penal en el sentido de que esta disposición jurídica demanda la presencia de condena anterior cuando ese no es el sentido que se extracta de su interpretación sistemática y teleológica.

En efecto, el recurrente omitió ofrecer razones que sustentaran su aseveración, de modo que la Sala queda relevada de ingresar en el asunto, salvo para acotar que la interpretación sugerida no armoniza adecuadamente con el régimen de otorgamiento de subrogados y sustitutos, pues bajo ese entendimiento no sería relevante la naturaleza del delito por el que se procede, sino por lo que se hizo anteriormente, lo cual de ser cierto le restaría importancia a lo que se hace para centrarla exclusivamente en lo que se hizo en el pasado, desafiando no solo el derecho penal de acto, sino también la política criminal que impone mayores restricciones por la comisión de los delitos considerados de especial gravedad, así en nuestro medio esta última no sea muy coherente.

Centremos, entonces, la atención sobre la interpretación del artículo 38 G del Código Penal que propone el recurrente para invocar su aplicación a *fortiori* y extender la excepción que allí se consagra a la posibilidad de conceder la prisión domiciliaria para quienes resulten sentenciados por el delito relacionado en el numeral 2 del artículo 376 del Código Penal, como en este caso.

Pues bien, examinado el argumento expuesto por el apelante se tiene que no cabe duda que quien tiene derecho a lo más le asiste sobre lo menos, lo que no resulta demostrado es que este tipo de razonamiento pueda ser aplicado para superar la prohibición genérica de otorgar subrogados y

sustitutos de los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes contenida en el artículo 68 A de la codificación penal.

Tal como lo asegura el recurrente, el legislador en el artículo 38 G *ibídem*, establece una salvedad a la prohibición de subrogados y sustitutos en los delitos relacionados con el narcotráfico para habilitar la concesión de dicho sustituto de la reclusión carcelaria en los casos en los que se condena por el delito por el que se procede. No obstante, olvida la defensa que la norma realiza además una exigencia adicional, como es el haber descontado la mitad de la pena, por lo que de este modo este sustituto no podría considerarse como “el más” en el derecho a que se conceda la prisión domiciliaria, por cuanto desde el punto de vista del descuento de la pena demanda exigencias más gravosas que la regulación concerniente a la ordinaria contenida en el artículo 38B del Código Penal.

Entonces, sin discutir la validez del postulado en que se sustenta el argumento, este falla porque no es aplicable a la situación, en tanto racional y razonablemente no puede aseverarse con consistencia lógica que si la excepción se estableció en la prisión domiciliaria regulada en el artículo 38 G, con mayor razón deba entenderse implícita para la dispuesta en el artículo 38 B, normas ambas del Código Penal.

Todo sin considerar que el mismo artículo 68 A *ibídem* se encargó de regir sus excepciones y que se trata de mecanismos sustitutivos diferentes que de ordinario operan en momentos procesales distintos, en tanto la procedencia de la suspensión condicional (artículo 63 del C.P) y la prisión domiciliaria (artículo 38B del C.P.) cabe examinarse sin requerir descuento alguno de la sanción privativa de la libertad, mientras que la prisión domiciliaria descrita en el artículo 38G requiere, como se dijo, que ya se hubiera descontado la mitad de la pena, lo que implica que en principio la competencia para otorgarla es de quién vigila su ejecución¹, aunque quepa aclarar

¹ Sentencia SP1207-2017 de 1 de febrero de 2017. M.P Luis Guillermo Salazar Otero “Entonces, a la luz del referido canon para acceder a esta modalidad de prisión domiciliaria se requiere que (i) el sentenciado haya cumplido la mitad de la pena impuesta, (ii) no se trate de alguno de los delitos allí enlistados, (iii) el condenado no pertenezca al grupo familiar de la víctima, (iv) se demuestre su arraigo familiar y social, y (v)

Radicado: 05001-60-00-000-2018-00518
Procesados: Felman Gonzalez Velez
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

que el juez de conocimiento puede decidir sobre su procedencia cuando perciba reunidos sus presupuestos cuando emite el fallo, por efectos de la importancia y prevalencia del principio de libertad, que permea la concesión de las reclusiones menos lesivas que la carcelaria.

Por lo demás, razón la asiste al juez de primer grado en el sentido de que el estado actual de la visión jurisprudencial sobre la tipicidad del delito de tráfico de estupefacientes, torna irrelevante la discusión de si el *obiter dicta* de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia número 43184 de 2014, sobre que la prohibición de subrogados opera en todos los casos de estupefacientes, admite distinciones en casos de conductas que no puedan asociarse directamente al tráfico, la que tenía vigencia cuando se condenaba por la conservación o porte de estupefacientes por la tenencia objetiva de la sustancia, sin referencia al elemento subjetivo del tipo de que la sustancia se tenga para un fin distinto al del consumo.

Desde luego que en el presenta caso, Felman González Vélez, resultó condenado mediando el preacuerdo que celebró con la Fiscalía y si bien la acusación versó sobre el verbo rector de conservar, lo cierto es que cuando aceptó la responsabilidad penal aceptó el contexto de tráfico que estaba señalado en los hechos.

Acorde con estas circunstancias, no percibe la Sala cómo pueda dejar de operar la prohibición de concesión de subrogados que establece el artículo 68A del Código Penal, causa que será suficiente para confirmar la sentencia de primer grado.

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,

se garantice, mediante caución, el cumplimiento de las obligaciones descritas en el numeral 4 del artículo 38B del Código Penal. Beneficio que estaría llamado a conceder el Juez de ejecución de penas, pues para el mismo se requiere que la pena de prisión se ejecute por tiempo superior a la mitad del fijado en el fallo correspondiente. No obstante, nada impide que ese análisis igualmente lo efectúe el sentenciador, como quiera que acorde con el artículo 37, numeral 3, de la Ley 906 de 2004, el tiempo cumplido bajo detención preventiva se reputa como parte cumplida de la pena en caso de sentencia condenatoria».

Radicado: 05001-60-00-000-2018-00518
Procesados: Felman Gonzalez Velez
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

RESUELVE

Confirmar en su integridad la sentencia recurrida, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

Esta providencia queda notificada en estrado al momento de su lectura y contra ella procede el recurso de casación el que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes, luego de lo cual se deberá presentar la respectiva demanda ante este Tribunal dentro del término común de treinta (30) días.

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO

MARITZA DEL SOCORRO ORTIZ CASTRO
MAGISTRADA