El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia - 2ª instancia – 23 de marzo de 2017

Proceso: Penal – Modifica y confirma parcialmente sentencia condenatoria

Radicación Nro. : 660016000036-2016-00891-01

Procesado: JEREMBERTH JOSÉ RIVAS SÁNCHEZ

Magistrado Sustanciador: JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

**Temas: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES / IMPONE PENA ACCESORIA DE INHABILITACIÓN EN EL EJERCICIO DE DERECHO Y FUNCIONES PÚBLICAS.** “Comprende el Tribunal por tanto, que el juez debe desentrañar en cada caso concreto del caudal probatorio tanto directo como indiciario, cuál es esa finalidad que animaba a la persona implicada al momento de la comisión del punible, para determinar si ejecutaba la acción con el fin de saciar su propia adicción, o lo hacía con el ánimo de distribución, venta, expendio, o suministro, que afecta de manera grave al colectivo. Para el asunto en ciernes, se insiste, no cabe duda que la finalidad para la cual llevaba la sustancia sicoactiva el aquí procesado, no era para saciar su propia adicción, no solo porque no se aportó prueba cierta en ese sentido, sino porque la cantidad de sustancia que le fue encontrada -la mayoría de ésta se hallaba mezclada con una bebida gaseosa- conlleva a predicar, sin lugar a dudas, que su labor era la de transportar estupefacientes con destino a México, lo que nos permite concluir que efectivamente al señor RIVAS SÁNCHEZ lo impulsaba el ánimo de lucro propio del narcotráfico. Así las cosas, la Sala acogerá los planteamientos esbozados por el delegado del Ministerio Público, y en consecuencia modificará parcialmente el fallo confutado en el sentido de imponer también la susodicha pena accesoria de inhabilitación, pero modulada (…)”.

 **REPÚBLICA DE COLOMBIA**

 **PEREIRA-RISARALDA**

** RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

 JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

 Pereira, veintitrés (23) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

 ACTA DE APROBACIÓN N° 250

 SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura:  | Marzo 24 de 2017, 7:37 a.m. |
| Acusados:  | Jeremberth José Rivas Sánchez |
| Cédula de identidad Venezolana: | 21.684.069  |
| Delito: | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes |
| Víctima: | La Salubridad Pública |
| Procedencia: | Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por el representante del Ministerio Público contra el fallo condenatorio fechado agosto 4 de 2016. SE CONFIRMA PARCIALMENTE Y MODIFICA. |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- Los hechos objeto de investigación tuvieron ocurrencia en marzo 4 de 2016 a eso de las 17:10 horas en el Aeropuerto Internacional Matecaña de esta capital, cuando al realizar inspección al equipaje del señor JEREMBERTH JOSÉ RIVAS SÁNCHEZ, de nacionalidad Venezolana, quien abordaría un vuelo desde Pereira con destino a Bogotá y posterior conexión con ciudad de México, se le hallaron en su poder tres botellas plásticas marca “Postobón” que contenían un líquido con un olor extraño, y adicional a ello en las paredes de la maleta se halló sustancia pulverulenta que se identificó como cocaína con un peso neto de 985 gms. De igual modo, al efectuar análisis químico a la sustancia líquida se logró separar del mismo un elemento sólido que igualmente arrojó positivo para cocaína y sus derivados con un peso neto de 3.767.6 gms, para un gran total de 4.752.6 gms.

1.2.- En audiencias preliminares llevadas a cabo ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con función de control de garantías de esta capital (marzo 5 de 2016), se declaró legal el procedimiento de captura del señor JEREMBERTH JOSÉ RIVAS SÁNCHEZ, a quien se le formuló de imputación por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de “transportar”, conforme lo tipificado en el inciso 3° art. 376 C.P., los cuales NO ACEPTÓ. En el mismo acto público se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento penitenciario.

1.3.- Frente a la no aceptación de cargos, la Fiscalía presentó escrito de acusación (abril 5 de 2016) que se le asignó al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira (Rda.), despacho ante el cual se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación (junio 10 de 2016), oportunidad en la que la Fiscalía readecuó la conducta típica para fijarla en el numeral 1° art. 376 C.P.P., amén de la cantidad de droga incautada. Antes de dar comienzo a la audiencia preparatoria (julio 12 de 2016) se presentó preacuerdo en el que el acusado acepta su compromiso y a cambio el ente acusador degradaría su participación de autor a cómplice con la imposición de una pena de 80 meses de prisión, procediéndose en esa misma oportunidad a realizar la verificación del preacuerdo, a impartírsele aprobación, y a efectuarse la individualización de pena y sentencia, para finalmente darse lectura al respectivo fallo en agosto 4 de 2016, por medio del cual: (i) se condenó al señor JEREMBERTH JOSÉ RIVAS SÁNCHEZ como autor responsable del ilícito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes a la pena principal de 80 meses de prisión y multa de 833.75 salarios mínimos, en los términos del preacuerdo celebrado; (ii) así mismo se impuso como pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo de la pena principal; y (iii) se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

1.4.- Para llegar a esa conclusión de condena, el a quo tuvo en cuenta el hecho de que el señor RIVAS SÁNCHEZ fue capturado en situación de flagrancia al llevar en su equipaje sustancia estupefaciente, como fue corroborado con los análisis químicos, aunado a su aceptación de cargos, lo cual conduce a pregonar que tenía pleno conocimiento de la ilicitud, y sin haberse arrimado a la actuación elemento alguno que permita inferir causal eximente de responsabilidad.

1.5.- El señor agente del Ministerio Público se mostró inconforme con la decisión, y en la misma audiencia procedió a sustentar su disenso.

2.- Debate

2.1.- Ministerio Público -recurrente-

Pide se adicione la sentencia en dos aspectos: en primer lugar que una vez el señor RIVAS SÁNCHEZ cumpla la pena, se ordene su expulsión del territorio nacional, de conformidad con el numeral 9°, artículo 43 CP, pena accesoria a la que se hace merecedor porque como extranjero violó la Ley colombiana; y en segundo término, se le aplique la inhabilidad perpetua a la que alude el artículo 122 C.N., modificado por el acto legislativo de 2009, destinado a las personas que son condenadas por delitos de narcotráfico para que no contraten con el Estado ni desempeñen cargos públicos, máxime que desde la Convención Única de Estupefacientes de la ONU de 1972, y demás protocolos, convenciones y normas, se ha considerado que narcotráfico es todo lo que implica ánimo de lucro, es decir, lo que excede del simple llevar consigo, y si ello es así como lo aceptó el acusado, es del caso que se sancione con dicha prohibición.

2.2.- Fiscal -no recurrente-

Se limitó a decir que apoya al señor Procurador en lo solicitado, sin efectuar ningún otro pronunciamiento.

2.3.- Defensora -no recurrente-

Disiente de la solicitado en lo atinente a la inhabilidad consagrada en el art. 122 Superior, porque entiende que en el delito por el cual se ha dictado sentencia, esto es, contra la salud pública, no opera esa inhabilidad perpetua, toda vez que como se interpreta del referido artículo, ello aplica solamente para las conductas que tienen que ver con delitos contra la Administración Pública, en los cuales ha existido una verdadera defraudación o detrimento al patrimonio del Estado.

**2.4.-** Debidamente sustentado el recurso, el juez a quo lo concedió en el efectivo suspensivo y dispuso la remisión de los registros pertinentes ante esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso el representante del Ministerio Público-.

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

Se contrae básicamente a establecer si el fallo de condena proferido en contra del señor JEREMBERTH JOSÉ RIVAS SÁNCHEZ debe adicionarse para imponer también la pena accesoria de expulsión del territorio nacional dada su condición de extranjero, así como la inhabilidad a perpetuidad a la que alude el canon 122 C.N. como lo reclama el agente del Ministerio Público.

**3.3.- Solución a la controversia**

No observa la Colegiatura existencia de vicios sustanciales que afecten garantías fundamentales de las partes e intervinientes, puesto que el trámite de todas las etapas procesales se surtió con acatamiento del debido proceso, y los medios de conocimiento fueron incorporados en debida forma en consonancia con los principios que rigen el sistema penal acusatorio, por lo que se pasará a realizar el análisis correspondiente del fallo adoptado por la primera instancia, en los términos anunciados.

Se extrae del recurso interpuesto contra el fallo de primer nivel, que las pretensiones del Delegado del Ministerio Público están dirigidas a la imposición de las penas accesorias de expulsión del territorio nacional e inhabilitación intemporal para acceder a cargos públicos y contratar con el Estado.

En relación con el primer asunto, debe indicarse que de conformidad con el numeral 9° del artículo 43 C.P., la expulsión del territorio nacional es una de las penas accesorias a los cuales se puede hacer merecedor el extranjero que ha infringido el ordenamiento penal en territorio Colombiano.

De conformidad con el canon 52 ídem: “Las penas privativas de otros derechos, que pueden imponerse como principales, serán accesorias y las impondrá el juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena”.

Debe la Sala iniciar por señalar que el hecho de que un ciudadano extranjero desee permanecer en el territorio colombiano -de manera permanente o transitoria- ello le impone la obligación de cumplir con el ordenamiento jurídico interno, y su desconocimiento o contrariedad impone a las autoridades la adopción de medidas de protección a la soberanía, entre las cuales está la pena accesoria de expulsión del territorio nacional que debe ser aplicada a los ciudadanos de otras nacionalidades que deciden invadir esa órbita de protección.

En el presente asunto, es evidente que existe una relación directa entre la conducta punible endilgada al ciudadano Venezolano **JEREMBERTH JOSÉ RIVAS SÁNCHEZ** y el fin de protección de la norma que consagra la expulsión del territorio nacional que solicita ser impuesta por parte del representante de la sociedad, en cuanto se pretende impedir que una situación similar que afecta a todo el conglomerado vuelva a repetir, con mayor razón cuando el tráfico de drogas en la modalidad anunciada, esto es, traspasando nuestras fronteras, afecta y de qué manera la integridad del país.

Mírese nada más que el ciudadano Venezolano fue capturado en el aeropuerto Internacional Matecaña de esta Capital, al pretender abordar un vuelo con destino a Bogotá y con posterior conexión hacia México, cuando llevaba consigo una gran cantidad de estupefacientes -4.752.6 gms. de cocaína-, mezclado con bebidas gaseosas para evitar su detección, así como en el doble fondo de su equipaje; y, por consiguiente, la imposición de una medida como la que fue omitida por el juez de conocimiento se hace imperativa con miras a activar la función preventiva de la sanción penal.

Puede agregarse incluso, que ninguna oposición existió por parte de la Fiscalía ni por la Defensa del sentenciado en relación con esa específica solicitud del Procurador Judicial.

Considera la Sala entonces que la aplicación de la expulsión del territorio nacional del extranjero **JEREMBERTH JOSÉ RIVAS SÁNCHEZ**, una vez cumpla la pena impuesta, se hace necesaria, racional y proporcional, amén del punible que le fuera endilgado, por cuanto utilizó el territorio nacional como puente de comunicación para el transporte de sustancia hacia otras latitutes, las cuales no tienen un fin diferente al de obtener un lucro, lo que por supuesto hace más reprochable la conducta perpetrada. En ese sentido se adicionará el fallo con la consiguiente orden a las autoridades migratorias para que procedan en consecuencia.

Con respecto al segundo tema objeto de disenso, se dirá que el texto original del artículo 122 de la Carta Política era del siguiente tenor: “<INCISO 5o.> Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por **delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas”**. Hoy por hoy, a partir de la reforma introducida por el artículo 4º del Acto Legislativo 1 de 2009, el texto reza: “Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de **delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior**”.

De acuerdo con los planteamientos del Procurador Judicial inconforme, tal precepto debe ser aplicado en el caso que se juzga como quiera que la conducta atribuida hace relación con el transporte con fines la distribución de sustancias tóxicas que es lo que en esencia entraña la acción delictiva de narcotráfico, porque supera el simple comportamiento de la posesión o tenencia para saciar la propia adicción. Para ello -sostiene- debe tomarse como referente lo que se entiende por narcotráfico en la Convención de las Naciones Unidas.

Frente a tal petición, solamente se opuso la defensora, quien adujo que esa inhabilidad no opera para el delito por el que fue sentenciado su prohijado, ya que aplica solamente para los ilícitos que atentan contra la Administración Pública, cuando se ha generado un detrimento al patrimonio Estatal.

Sobre el particular debe sostener el Tribunal, como ya lo ha hecho en otras oportunidades, que la postura defensiva se observa inatendible en cuanto la norma constitucional sí contempla una sanción accesoria de la naturaleza planteada por el recurrente, y para la conducta por la que se ha proferido condena.

En efecto, el dispositivo 122 Superior habla de narcotráfico, y ello debe entenderse a la luz de los Convenios Internacionales y la jurisprudencia nacional, en el sentido que involucra la distribución de drogas con ánimo de lucro y no se refiere a la simple posesión o tenencia para el consumo propio, como quiera que la pretensión debe ir dirigida a castigar más severamente a quienes afectan con su accionar a terceros y no a quienes están inmersos en esa cadena en virtud de su personal adicción.

Y en este caso en concreto, lo que se desprende es que el delito atribuido al procesado implica un fin de distribución y un ánimo de lucro que da lugar a una conducta requirente de un mayor reproche social. Ello, independiente de la cantidad de estupefaciente involucrado, porque ya se sabe que por mínima que sea la sustancia distribuida, vendida, expendida o suministrada, es susceptible de sanción penal acorde con la línea jurisprudencial en la materia, y de los Convenios Internacionales que orientan el tratamiento de los Estados miembros frente al tráfico de drogas.

Al respecto son bien dicientes los nuevos pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia –nos referimos a las sentencias de casación penal de noviembre 12 de 2014, radicado 42617, y de marzo 09 de 2016, radicado 41760-, como quiera que la Alta Corporación dio un giro conceptual con miras a sostener que la FINALIDAD de la conducta es relevante, y para ello se debe hacer un análisis probatorio en cada caso concreto.

Textualmente el radicado 41760 se dejó consignado lo siguiente:

“Entonces, la atipicidad de la conducta para los consumidores o adictos dependerá de la **finalidad cierta (no supuesta o fingida)** de su consumo personal, **lo que puede desvirtuarse en cada caso según las circunstancias modales, temporales o espaciales, como cuando la cantidad supera exageradamente la requerida por el consumidor, adicto o enfermo** […]”

Como se recordará, anteriormente se sostenía con fundamento en los precedentes jurisprudenciales del momento[[1]](#footnote-1), que lo de ser o no consumidor de estupefacientes era algo que únicamente interesaba para aquellos casos en que se estaba ante la incautación de una cantidad que no superaba la dosis personal o de aprovisionamiento; es decir, contrario sensu, que cuando ese monto era superior a la dosis autorizada, se presumía de pleno derecho que con tal comportamiento se vulneraba de manera eficaz y efectiva el interés jurídicamente protegido[[2]](#footnote-2). Empero, el órgano de cierre en materia penal[[3]](#footnote-3) varió sustancialmente esa posición en el sentido de entender que la presunción de antijuridicidad en los portes de sustancias que excedían el límite de lo permitido como delito de peligro abstracto, es legal -iuris tantum- y no de derecho -iuris et de iure-, a consecuencia de lo cual debe **admitirse prueba en contrario**; y, por tanto, la cantidad de estupefaciente incautado no sería el único elemento para definir ese aspecto, sino uno más de los que los falladores deben valorar para efectos de determinar lo pertinente.

Mírese cómo en algunos apartes relevantes del radicado 42617 se hizo las siguientes precisiones:

[…] la droga que llevaba consigo el procesado era para su propio consumo, lo cual se infirió a partir de **otros hechos probados** como fueron: la condición personal de consumidor habitual (adicto), el lugar en donde fue capturado es reconocido por esa actividad (no como punto de expendio o venta), la práctica efectiva de consumo en la que fue sorprendido por la autoridad policiva, la cantidad de droga no fue significativa atendiendo su condición de farmacodependiente (no superó en 2 veces la dosis permitida) y la presentación de la droga en una porción individualizada (no fraccionada o dividida).

Así las cosas, la conducta típica realizada por […] al portar marihuana en cantidad superior a la prefijada por el legislador como dosis personal, **no tuvo la potencialidad de generar riesgo de lesión ni a la salud ni a la seguridad públicas ni mucho menos al orden económico y social, por cuanto la conducta indudablemente perseguía satisfacer su propia necesidad de consumo y no finalidades de tráfico”**.

Comprende el Tribunal por tanto, que el juez debe desentrañar en cada caso concreto del caudal probatorio tanto directo como indiciario, cuál es esa finalidad que animaba a la persona implicada al momento de la comisión del punible, para determinar si ejecutaba la acción con el fin de saciar su propia adicción, o lo hacía con el ánimo de distribución, venta, expendio, o suministro, que afecta de manera grave al colectivo.

Para el asunto en ciernes, se insiste, no cabe duda que la finalidad para la cual llevaba la sustancia sicoactiva el aquí procesado, no era para saciar su propia adicción, no solo porque no se aportó prueba cierta en ese sentido, sino porque la cantidad de sustancia que le fue encontrada -la mayoría de ésta se hallaba mezclada con una bebida gaseosa- conlleva a predicar, sin lugar a dudas, que su labor era la de transportar estupefacientes con destino a México, lo que nos permite concluir que efectivamente al señor RIVAS SÁNCHEZ lo impulsaba el ánimo de lucro propio del narcotráfico.

Así las cosas, la Sala acogerá los planteamientos esbozados por el delegado del Ministerio Público, y en consecuencia modificará parcialmente el fallo confutado en el sentido de imponer también la susodicha pena accesoria de inhabilitación, pero modulada en los siguientes términos:

El inciso 5º del artículo 122 C.N. modificado por el artículo 4º del Acto Legislativo 01 de 2009 consignó como pena la inhabilidad perpetua para aspirar a cargos de elección popular, desempeñarse como servidor público, y contratar con el Estado; es decir, que una de las hipótesis de la inhabilidad está relacionada con la pérdida del derecho a ser elegido, pero en ningún momento se hace referencia a la pérdida del derecho al voto o de los derechos inherentes al ejercicio al sufragio, a los cuales podría llegar a tener derecho el señor **RIVAS SÁNCHEZ**, en el hipotético evento de que obtuviera a futuro la ciudadanía colombiana. En consecuencia, la sanción intemporal o perenne que le correspondería purgar al procesado solo será procedente para las hipótesis de contratación con el Estado, inscripción como candidato para aspirar a cargos de elección popular, y fungir como servidor público, porque en lo que respecta con el ejercicio del derecho al sufragio o de cualquier otro derecho público inherente a la condición de ciudadano Colombiano -de llegar a ostentar la misma-, la sanción de inhabilitación será por igual lapso de duración de la pena principal.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA PARCIALMENTE** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira objeto de apelación, y la **MODIFICA** en el sentido de imponer como penas accesorias al señor **JEREMBERTH JOSÉ RIVÁS SÁNCHEZ** la expulsión del territorio nacional, a lo que deberán proceder las autoridades migratorias una vez cumpla la pena impuesta, e igualmente la inhabilitación a perpetuidad para aspirar a cargos de elección popular, desempeñarse como servidor público, y contratar con el Estado; en tanto lo que respecta con el ejercicio del derecho al sufragio o el ejercicio de cualquier otro derecho público en el evento de llegar a otorgársele la ciudadanía Colombiana, la sanción de inhabilitación será por igual término de duración de la pena principal.

Esta decisión queda notificada en estrados y contra la misma procede el recurso extraordinario de casación que de interponerse deberá hacerse dentro del término de ley.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ

1. C.S.J., casación penal del 18-11-08, radicación 29.183, al expresar, C.S.J., casación penal del 08-07-09, radicación 31531. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver entre otras la sentencia de agosto diecisiete (17) de 2011. Proceso # 35978. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ SP, 12 nov, 2014, rad. 42617, S.P.41.760, 09 marz. 2016. [↑](#footnote-ref-3)