

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI**



-Sala de Decisión Penal-

Magistrado Ponente
ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR

RADICACIÓN: 76001-6000-195-2013-03221-01
PROCESADO: JAMES ZAPATA SOLANO
DELITO: Trafico, Fabricación o Porte de Estupefacientes

PROYECTO DISCUTIDO Y APROBADO EN ACTA No.328

Santiago de Cali, Noviembre tres (3) de dos mil diecisiete [2017]

Fecha de lectura: Noviembre 9 de 2017- 11:00 A.M.

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala de Decisión Penal desata el recurso de apelación interpuesto por el Representante de la Fiscalía, Dr. MARIO ALBERTO ORBEGOZO MIRANDA en contra de la sentencia No.088 de 24 de Agosto de 2017, proferida por el Veintidós Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Cali¹, por medio de la cual se absuelve al señor JAMES ZAPATA SOLANO del cargo de TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES.

¹ A cargo de la doctora CAROLINA BECERRA HERRERA.

A
10 Nov 2017

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76001-6000-195-2013-03221-01
Proc. JAMES ZAPATA SOLANO
Del. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Prov. Sentencia Ordinaria 2 instancia

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Fueron sintetizados por el A-quo en los siguientes términos:

"... Tuvieron origen el 24 de junio de 2013, a eso de las 11:20 de la mañana, en el barrio Obrero de esta ciudad, cuando una patrulla policial realizaba labores de requisita e identificación a persona y a la altura de la calle 14 con carrera 11 observaron a dos personas de sexo masculino, que al notar su presencia se tornaron nerviosos.

Por esta razón, abordaron a los ciudadanos y les efectuaron una requisita, encontrando en poder de uno tres cigarrillos contentivos de una sustancia vegetal y en poder del otro, un billete de \$2000.

Al pedirles explicación sobre el hallazgo, el ciudadano que tenía el billete y que se identificó como JOSÉ ALEJANDRO MONTAÑA RODRIGUEZ manifestó que pretendían comprar esos cigarrillos como dosis personal.

Por esta razón, se capturó a la persona que tenía los cigarrillos, quien se identificó como JAMES ZAPATA SOLANO y se incautaron esos elementos, los cuales fueron sometidos a la experticia técnica, determinándose que contenían cannabis en un peso neto de 0.3 gramos."

ANTECEDENTES PROCESALES

Dentro del trámite del presente asunto se llevó a cabo audiencia preliminar ante el Juzgado Veintiuno (21) Penal Municipal con función de control de garantías de esta ciudad, legalizándose la aprehensión del señor JAMES ZAPATA SOLANO, a quienes se le formuló imputación por el delito de TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, y se abstuvo el

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76001-6000-195-2013-03221-01
Proc. JAMES ZAPATA SOLANO
Del. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Prov. Sentencia Ordinaria 2 instancia

Despacho de imponer medida de aseguramiento, ordenándose su libertad.²

Como el imputado JAMES ZAPATA SOLANO no se allanó a los cargos formulados, el ente instructor solicitó diligencia de formulación de acusación según escrito radicado en agosto 23 de 2013. Correspondió ésta etapa al Juzgado Veintidós Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Cali; Despacho Judicial en el que se adelantó la audiencia de formulación de acusación el 4 de junio de 2014³, la audiencia preparatoria se llevó a cabo el 3 de diciembre de 2014 y las sesiones de juicio oral el 12 de marzo de 2015 y el 24 de agosto de 2017 se anuncia el sentido del fallo, de carácter absolutorio, profiriéndose la sentencia No. 088 de la misma fecha.

PROVIDENCIA IMPUGNADA

A través de sentencia No.088 del 24 de agosto de 2017 el Juzgado Veintidós Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, absuelve al señor JAMES ZAPATA SOLANO del delito de TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES.

Consideraciones del despacho A quo

Sostiene que si bien el día de los hechos hubo una incautación de sustancia ilícita, la misma no superó la dosis personal permitida y la afectación que con

² Folios 4

³ Folio 24

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76001-6000-195-2013-03221-01
Proc. JAMES ZAPATA SOLANO
Del. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Prov. Sentencia Ordinaria 2 instancia

esa cantidad se pudo hacer al bien jurídico tutelado presuntamente al ser usada para la venta, no fue contundente, dado que los policiales captores refirieron que no observaron ninguna acción de vender y el testigo que el día de los hechos sostuvo esa afirmación en juicio oral se retractó de lo dicho.

Que de la actitud de retractación del testigo no se advió que estuviera faltando a la verdad en razón de interés indebido, como tampoco pudo determinar que efectivamente en la segunda versión estuviera diciendo la verdad, pues a su juicio fue muy débil la explicación que dio con respecto al encuentro con el capturado.

En ese orden, concluye que la captura del señor JAMES ZAPATA SOLANO no fue por encontrarle droga, ni por haberle visto expendiendo, sino porque sencillamente otra persona lo señaló como vendedor, sin que las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes a los hechos pudiera comprobar dicha actividad.

Así las cosas, refiere que no existe el conocimiento requerido para condenar al procesado, por tanto, profiere sentencia absolutoria a su favor.

ARGUMENTOS DEL APELANTE

Argumenta la Fiscalía que no comparte la decisión de la Juez A-quo de absolver al acusado JAMES ZAPATA SOLANO, toda vez que fue capturado en

flagrancia, por los agentes del orden, quienes comparecieron al juicio⁴ y refirieron que observaron en vía pública a dos personas de sexo masculino, quienes al notar su presencia asumieron una actitud nerviosa, razón por la cual decidieron abordarlos y practicarles una requisita, escenario donde el acusado entrega voluntariamente tres envolturas de papel en forma de cigarrillo que tenía en su mano, sustancia que fue identificada como marihuana, por su parte, el otro sujeto que corresponde al testigo ALEJANDRO MONTAÑA RODRIGUEZ, manifestó espontáneamente que iba adquirir al hoy acusado una dosis personal.

Que la Fiscalía probó las circunstancias que rodearon los hechos, de donde claro es, que JAMES ZAPATA SOLANO llevaba consigo sustancia estupefaciente con la finalidad de venta, pues así lo dijo el comprador JOSE ALEJANDRO MONTAÑA RODRIGUEZ al momento de los hechos y también en entrevista rendida ante la investigadora del CTI, señora ALMA CONSUELO HERNANDEZ HOYOS.

Por lo que, la retractación del testigo JOSE ALEJANDRO MONTAÑA RODRIGUEZ en juicio oral, no debe dársele valor alguno, toda vez que no logra desvirtuar la prueba de cargo, *per sé* que incurre en serias contradicciones, quedando entonces bajo el principio de libertad probatoria incólume la entrevista rendida por el comprador inicialmente ante el servidor de actos urgentes.

Bajo esa condiciones agrega que la prueba de cargo presentada debe ser

⁴ Policiales captores KELLING CASTAÑI AGUIRES y JHON FREDDY CEREZO SOLIS

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76001-6000-195-2013-03221-01
Proc. JAMES ZAPATA SOLANO
Del. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Prov. Sentencia Ordinaria 2 instancia

analizada en forma conjunta y de ella se infiere razonablemente que el procesado llevaba consigo y con fines de venta sustancia estupefaciente – marihuana-, conducta con la que puso en riesgo el bien jurídico de la salud pública, amén que no se desvirtuó la prueba de cargo, aunado a que la retractación presenta contradicciones que impide darle credibilidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1) DE LA COMPETENCIA:

La Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto dentro del radicado de la referencia, atendiendo las consignas del artículo 34 numeral 1º de la Ley 906 de 2004.

2) PROBLEMA JURIDICO:

De lo expuesto por el impugnante, la Sala encuentra que el problema jurídico se centra en determinar si la valoración probatoria que condujo a la decisión de absolución se realizó conforme a las reglas de la sana crítica, en particular la declaración del testigo de cargo y respecto de éste la entrevista como declaración previa y su ulterior declaración en el juicio. En ese sentido si la prueba presentada por la fiscalía permite el proferimiento de una sentencia condenatoria.

2.1) DEL CASO CONCRETO

De entrada, ha de indicar la Sala que no se comparten los argumentos esgrimidos por la Juez A-quo, toda vez que de la valoración de las pruebas que desfilaron en el juicio, sin duda alguna deviene clara la responsabilidad del señor JAMES ZAPATA SOLANO, en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de venta.

De ello dio cuenta desde que se operó la captura en flagrancia, quien se disponía a comprar la sustancia estupefaciente, esto es, el señor ALEJANDRO MONTAÑA RODRIGUEZ quien señaló al señor JAMES ZAPATA SOLANO como la persona que le había ofrecido sustancia estupefaciente y el día de marras procedía a entregarle el alijo, señalamiento que quedó plasmado en la entrevista que el mismo día de los hechos se levantó por parte de la policía judicial de Cali, sin que su retractación sea una causal que destruya lo dicho en sus afirmaciones iniciales.

En ese orden, se tiene que el señor JOSE ALEJANDRO MONTAÑA, compareció al juicio y dijo que efectivamente el día de los hechos rindió entrevista y en ella dijo *"En esa entrevista, yo dije, que yo era consumidor, que cuando yo vi al señor, yo lo llamé y que le dije que me vendiera un porro, **eso básicamente fue lo que él me dijo que yo le dijera**"*⁵

Dígase que el testigo se retracta de lo que dijo en entrevista rendida el día de los hechos y justifica su proceder, afirmado que señaló al señor JAMES

⁵ Minuto 1:04:30 y s.s. Sesión de Audiencia 12 de marzo de 2015

ZAPATA SOLANO como la persona que le pretendía vender sustancia estupefaciente, porque los policiales así se lo sugirieron.

Atendiendo lo anterior, la Fiscalía solicita poner de presente la entrevista al testigo, a efectos de *refrescar memoria*, en consecuencia procede a leerla de forma mental, luego el delegado de la Fiscalía le hace los siguientes interrogantes:

- ¿Qué fue lo que acabo de leer?

"La declaración que me tomaron" (Minuto 11:12:09)

- ¿En esa declaración usted dice que iba para el trabajo?

"Si señor" (1:12:27).

- ¿Y que iba comprar para su consumo?

"Eso fue lo que yo dije porque eso fue lo que él me dijo que dijera, cuando él estaba haciendo el acta, estaba cogiendo el billete de dos mil y lo estaba colocando, allí le sacó fotocopia, estaba haciendo todo el procedimiento de rigor, entonces él me dijo diga esto (tata) para que salga rápido y cuando terminó la entrevista la funcionaria me dijo de buenas porque el funcionario es muy buena gente, porque no lo quiso embalar" (Minuto 01: 12:35)

- ¿También dijo usted en la entrevista que usted estaba comprando en ese momento y en ese momento paso la patrulla en la carrera 24 con carrera 11, cierto?

Si señor (1:13:18)

- ¿Y usted dijo que en ese momento el fulano, (palabras tuyas) no me alcanzó a pasar los porros y yo me quedé con los dos mil pesos en la mano, cierto?

Si señor (1:13:47)

- ¿Y termina diciendo usted, él se quedó con las varetas en la mano y no se las alcanzó a pasar?

Correcto, si señor (1:14:05)

- ¿Qué los policías se quedaron mirando e inmediatamente hicieron el procedimiento allí y nada que hacer, los dos agentes fueron muy amables?

Correcto si señor (1:14:24)

- ¿Cuándo la investigadora judicial le preguntó a usted, José Alejandro la persona capturada es su proveedor de marihuana generalmente, usted respondió yo pase y él me lo ofreció, generalmente yo paso por ahí todos los días, pero él no es mi proveedor yo se le compré porque él me lo ofreció, como yo consumo dije ve y cuando iba a hacer la transacción paso la patrulla, cierto?

Correcto si señor (1:17:32)

- ¿Aquí hay una contradicción de lo que usted dijo personalmente al señor juez y lo que dijo en la entrevista?

Si señor (1:18:12)

En este punto debe decir la Sala que cuando se trata de retractación del testigo, como ocurre en el caso de autos, lo procedente es **IMPUGNAR CREDIBILIDAD** y no *refrescar memoria* como lo hizo el representante de la Fiscalía y en ese orden la técnica es que el testigo que se retracta de su versión inicial lea la entrevista en voz alta o los apartes que se requiera impugnar a efectos de que el Juez tenga la posibilidad de realizar un proceso de cotejo entre la entrevista y lo que dijo en juicio.

Empero la Sala precisara, que en el presente caso se ha configurado lo que se conoce como testimonio adjunto o complementario (Sala de Casación penal 32829 de 2010)⁶. Esta figura ha sido tratada por la jurisprudencia

⁶ "...si el testigo acude la juicio oral sus entrevistas pueden ser ingresadas con él a título de testimonio adjunto o complementario..."

nacional mediante sentencia 25738 de 2006, que se considera Hito o fundacional⁷, que encuentra iteradas referencias en otras del mismo tenor⁸.

3. En ese sentido, la tesis de la Corte es que si el testigo acude a la audiencia y se retracta, su versión anterior puede ser usada para impugnar su credibilidad y lograr que el juez o la jueza perciba el contenido de la exposición anterior al juicio. De esa manera, testimonio en juicio y declaración anterior conforman un binomio que puede ser valorado por el juez o la jueza como prueba directa, habida cuenta que se cumplen los parámetros de inmediación y contradicción (sentencia 25738 de 2006)⁹.

La valoración probatoria, entonces, oscila u ondea entre la versión previa que ingresó al juicio mediante la misma lectura que diera el testigo en el juicio oral y su declaración dentro del proceso en la que se retracta de lo dicho inicialmente.

De entrada se establece que no se trata de un testigo hostil o que se niegue a declarar o silente¹⁰, porque estuvo presto a declarar y a responder los

⁷ Sentencia fundacional: Es la más citada entro de una línea jurisprudencial. Contiene doctrina constitucional aún vigente. Además, no hace citas de otras sentencias fácticamente análogas. Sentencia hito: La que pertenece al repertorio frecuente de sentencias que la Corte cita en fallos subsiguientes y que proveen la retórica y marco de análisis en el tema que se estudia. Tambien se consideran arquimedicadas las 28742/08 y 32829/10.

Una SENTENCIA ARQUIMÉDICA es aquella que sirve de punto de apoyo para reconstruir relaciones estructurales entre sentencias. El profesor LÓPEZ MEDINA la bautiza así en honor a Arquímedes, cuya máxima fue: "dadme un punto de apoyo y moveré al mundo". (LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los Jueces. Segunda Edición. Editorial Legis. Bogotá. 2005. Pag. 168).

⁸ Ver 26411/07; 28742 de 2008; 32829/10; 24468, 28935/09, ente otras.

⁹ "LÍNEAS JURISPRUDENCIALES SOBRE MANEJO DE DECLARACIONES ANTERIORES EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO". Dr. CARLOS ANDRÉS PÉREZ ALARCÓN Universidad de Medellín .

¹⁰ Evento en el que la Corte ha dicho que la declaración previa ingresa como prueba directa

cuestionamientos tanto de la fiscalía – interrogatorio - como de la defensa (contrainterrogatorio), se concluye que es un testimonio que contiene una clara retractación y es frente a esta situación que se debe realizar la correspondiente valoración probatoria.

Para la Corte¹¹ la Retracción no desdibuja, ni desintegra o deja sin efectos los dichos iniciales, “,pues por sí misma no destruye la versión anterior, porque solo un trabajo analítico de eliminación con fundamento en razón sólida acerca de su motivo puede otorgarle poder suasorio...”.

Es por eso que “...Cuando la persona desdice de su dicho sin explicación alguna o razones atendibles que lo justifiquen, en principio queda incólume su versión anterior en aquello materia de rectificación, siempre que sometida al tamiz de la sana crítica se ofrezca creíble y no haya motivos que le resten veracidad a lo aseverado inicialmente...”¹².

Así las cosas, es preciso señalar que si bien la Fiscalía debía impugnar credibilidad al testigo ALEJANDRO MONTAÑA RODROGUEZ, toda vez que se retractó de su versión inicial y la técnica era que leyera la entrevista para la audiencia, lo cierto es que pese a ello la entrevista ingresó al juicio cuando

(26411/07

¹¹ 42072/15.

¹² 43482/2016.

frente a las preguntas de la Fiscalía, (al momento de refrescar memoria) el testigo refiere que efectivamente en ese acto dijo que el señor JAMES ZAPATA SOLANO pretendía venderle sustancia estupefaciente y que la transacción fue fallida atendiendo que los gendarmes los abordaron, sin embargo ahora se retracta de dicho señalamiento, toda vez que el día de marras los policiales le dijeron que señalara el procesado como vendedor, a efectos de no ser judicializado.

Motivos de retractación que para la Sala, de modo alguno tiene fundamento sólido, pues no se allegó prueba que diera cuenta que efectivamente fue determinado por los agentes del orden para inculpar a un inocente, por lo que, las razones que ofrece no son de recibo para descartar la afirmación inicial y que de contera que la misma pierda eficacia demostrativa.

Es que revisada la motivación del testigo para retractarse, que se reduce simplemente a manifestar que señaló indebidamente al procesado como la persona que le pretendía vender sustancia estupefaciente, porque así se lo sugirieron los policiales captadores, a fin de no ser judicializado (embalado) son motivos que carecen de solidez, de razones, de mérito, pues ni siquiera individualiza al policial que lo determinó a señalar al procesado.

De igual forma, la novísima versión del testigo sobre los hechos, resulta incompresible, pues véase que ha dicho en su declaración que el procesado era un indigente y que el motivo del encuentro fue porque "*Yo salía de mi casa porque tenía que hacer una diligencia en la oficina de instrumentos*

*públicos, entonces voltié por la vuelta de mi casa para ir hacia la 15, **entonces me encuentro al señor, que él trabajaba en un lavadero, yo al señor no lo conocía, primera vez que lo veía, le dije que si por favor me podía cambiar un billete de dos mil,** en ese momento le pase el billete, en ese momento que estábamos haciendo la transacción, en esas pasó el cuadrante...¹³”*

Motivo que no resulta lógico, pues acercarse a un indigente, porque dicho sea de paso el mismo testigo dijo que tenía esa condición¹⁴, para cambiar un billete de tan baja denominación -dos mil pesos-, contraría las reglas de la experiencia, aunado a que ni siquiera dijo para que requería el cambio del dinero, como tampoco es sensato que un sector público se solicite a un indigente cambio de dinero.

Y es que la nueva versión del testigo MONTAÑA RODRIGUEZ resulta tan inverosímil, que frente al conocimiento que tenía del procesado refirió **“entonces me encuentro al señor, que él trabajaba en un lavadero, yo al señor no lo conocía, primera vez que lo veía”** incurriendo en un solo texto en serias contradicciones y de forma continua, pues para la Sala, al señalar que el procesado trabajaba en un lavadero, conlleva a que pensar que ya lo conocía con anterioridad a la

¹³ 01:02:07 y s.s. Sesión de Audiencia del 12 de marzo de 2015

¹⁴ Primera vez en mi vida que yo veía al señor, a la primera persona que vi fue al él y la primera persona que vi que me hiciera el favor de cambiarme el billete fue al él, cómo hubiera sido a cualquier otra persona, pero justo me lo encontré a él y le dije que me hiciera ese favor porque era una persona que lavaba carros en ese lavadero, no sé si todavía este allí, incluso cuando a él lo cogieron dijo que era una persona indigente, porque ni documento tenía. (Minuto 1:02:10 y s.s. Sesión de Audiencia Marzo 12 de 2015)

ocurrencia de los hechos, sin embargo acto seguido señala que era la primera vez que lo veía, aspectos que se itera no hace creíble su declaración en juicio.

Así las cosas, imperioso resulta señalar que la primera declaración se realizó en la inmediatez de los hechos, es decir, en el contexto de la transacción que estaban realizando, que como se dijo, no es lógico que haya sido para el cambio de un billete de tan baja denominación, sino como el testigo lo dijo en su entrevista para comprar sustancia estupefaciente, que ya le había sido ofrecida por el procesado, entrevista a la que la Sala le concede total credibilidad, quedando incólume, misma que se itera fue introducida al debate oral mediante su propia declaración.

En ese orden, es claro que el señor JAMES ZAPATA SOLANO tenía la sustancia estupefaciente con el ánimo de comercializarle, simple finalidad que es penalizada por la Ley penal, en ese orden, imperioso resulta hacer referencia a lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, en relación a este tópico.¹⁵

"La Corte está reconociendo la existencia en el tipo penal del artículo 376 del Código Penal de lo que se conoce en la doctrina como elementos subjetivos distintos del dolo, elementos subjetivos del tipo o elementos subjetivos del injusto¹⁶, que son aquellos ingredientes de carácter intencional distintos del dolo que en ocasiones se emplean para describir los tipos penales y que poseen un componente de carácter

¹⁵ M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR- SP9916-2017- Radicación nº 44997, 11 de julio de 2017

¹⁶ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Derecho Penal – Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 517; GÜNTER STRATENWERTH, *Derecho Penal – Parte General*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, p. 171; EDMUND MEZGER, *Derecho Penal – Parte General*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 135.

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76001-6000-195-2013-03221-01
Proc. JAMES ZAPATA SOLANO
Del. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Prov. Sentencia Ordinaria 2 instancia

ánimico relacionado con una peculiar finalidad del sujeto realizador de la conducta descrita.

(...)

De esa manera, en relación con el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el recurso a los elementos subjetivos diferentes del dolo, tiene el propósito de efectuar una restricción teleológica del tipo penal, pues no obstante que el contenido objetivo del verbo rector llevar consigo remite a la realización de la conducta penalmente relevante con el solo acto de portar las sustancias estupefacientes, psicotrópicas o drogas sintéticas, el desarrollo jurisprudencial atrás relacionado ha reducido el contenido del injusto a la demostración del ánimo por parte del portador de destinarla a su distribución o comercio, como fin o telos de la norma.”.
(Negrilla de la Sala)

Como consecuencia de lo anterior, la Sala encuentra que la prueba que desfiló en el proceso tiene la suficiencia para dar a la judicatura el conocimiento más allá de toda duda sobre la existencia del delito y la responsabilidad del acusado (381 P.P.), en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de “vender”, pues claro es que el señor JAMES ZAPATA SOLANO, tenía la sustancia estupefaciente incautada - 0.3 gramos de cannabis- destinada para la comercialización y ello per sé la cantidad, es lo que castiga la ley penal, dado que tiene la potencialidad de afectar el bien jurídico de la salud pública.

Fin de venta que está probada de forma contundente con el señalamiento directo que hizo el señor ALEJANDRO MONTAÑA RODRIGUEZ a los agentes de orden y la entrevista que rindió en la inmediatez de los hechos, que se itera ingresó al juicio con su declaración, la que conforme lo analizado en

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76001-6000-195-2013-03221-01
Proc. JAMES ZAPATA SOLANO
Del. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Prov. Sentencia Ordinaria 2 instancia

precedencia ofrece total credibilidad y donde señaló al señor JAMES ZAPATA SOLANO como la persona que pretendía venderle sustancia estupefaciente, amén que con anterioridad había ofreció el alijo.

Así las cosas, si bien el día de los hechos la venta no se perfeccionó, toda vez que el comprador y vendedor fueron sorprendidos por la policía, claro es, que el señor JAMES ZAPATA SOLANO, tenía la sustancia estupefaciente con el ánimo de comercializarla, elemento subjetivo, que tal como lo ha dicho la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, es castigado por la ley penal.

Y es que ese señalamiento directo con el que se comprueba el ánimo de venta de la sustancia estupefaciente por parte del procesado, se corrobora con el testimonio de los agente captosres KELING CATAÑO AGUIRRE y JHON FREDDY CEREZO SOLIS, que en el presente caso fungen como testimonio de oídas y el de la investigadora del CTI, ALMA CONSUELO HERNANDEZ HOYOS, (testimonio de referencia) que recepcionó la entrevista al señor ALEJANDRO MONTAÑA RODRIGUEZ. Veamos:

Los policiales KELING CATAÑO AGUIRRE y JHON FREDDY CEREZO SOLIS, comparecieron al juicio y de forma conteste refirieron que el 24 de junio de 2013, siendo las 11:20 de la mañana aproximadamente, cuando realizaba labores de requisa por el barrio Obrero de esta ciudad, exactamente a la altura de la calle 14 con carrera 11, observaron dos personas de sexo masculino que al advertir su presencia se tornaron nerviosos, razón por la

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76001-6000-195-2013-03221-01
Proc. JAMES ZAPATA SOLANO
Del. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Prov. Sentencia Ordinaria 2 instancia

cual realizaron el procedimiento de requisa y el señor JAMES ZAPATA SOLANO entrega 3 cigarrillos de marihuana, por su parte el señor JOSE ALEJANDRO MANTAÑA RODRIGUEZ entrega dos mil pesos que tenía en su mano, manifestando que pretendía comprar la sustancia al procesado, dado que se le había ofrecido.

Y en virtud de dicho señalamiento proceden a realizar la captura en flagrancia del señor JAMES ZAPATA SOLANO, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de venta.

Señalamiento que el señor JOSE ALEJANDRO MONTAÑO, reiteró en la entrevista que el mismo día de los hechos rindiera ante la investigadora del CUERPO TECNICO DE INVESTIGACION DEL CTI, ALMA CONSUELO HERNANDEZ HOYOS, quien compareció a juicio, refiriendo que el entrevistado relato *"que ese día iba para su trabajo como a las 11:20 de la mañana, que trabajaba por la quince pero que se desvió al barrio obrero en la calle 24 Con carrera 11 a comprar su dosis personal, el señor manifiesta que le iba a comprar a alguien que le ofreció y que en ese momento hace presencia una patrulla de la policía, que allí el dinero que iba a pagar que era un billete de dos mil, que él se queda con el billete en la mano, la persona que le iba a vender se quedó con los porros ellos le llaman porros en la mano, llega la policía hace la incautación de los elementos y lo llevan a la URI, a esa persona como vendedora a esta persona como comprador, simplemente para que dieran entrevista de cómo habían sido los hechos*

*básicamente es eso*¹⁷.

Testimonios de oídas de los policiales y de referencia de la investigadora del CTI que se itera, refuerzan la prueba directa, que se contrae a la entrevista del testigo MONTAÑA RODRIGUEZ (señalamiento directo), elementos bajo los cuales necesariamente debe hablarse del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de vender, pues bien se sabe que cuando la tenencia, conservación o cualquier otro tipo de manipulación se ejecuta para el comercio y no para el autoconsumo, tal proceder es injusto y se adecua en el tipo penal sin que tenga trascendencia la cantidad de sustancia.

Por lo que se concluye que en el presente asunto contundente resulta la prueba que se incorporó en el juicio oral y público y que da cuenta que el señor JAMES ZAPATA SOLANO fue capturada en flagrancia, cuando pretendía vender sustancia estupefaciente (CANNABIS), habiendo sido señalado, se repite por el mismo comprador, de ahí que, contrario a lo considerado por la Juez de Instancia si existen los elementos para llegar al convencimiento más allá de toda duda, en relación con la existencia del delito y la responsabilidad, penal del señor JAMES ZAPATA SOLANO, pues ese alijo estaba destinado a diferente actividad que el consumo.

Sopesados los anteriores planteamientos y conforme al análisis de las pruebas que desfilaron en juicio, considera esta Colegiatura que el señor JAME ZAPATA SOLANO debe responder por el delito de tráfico, fabricación y

¹⁷ Minuto 4:23 y s.s. Sesión de Audiencia de 12 de marzo de 2015

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76001-6000-195-2013-03221-01
Proc. JAMES ZAPATA SOLANO
Del. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Prov. Sentencia Ordinaria 2 instancia

porte de estupefacientes, en la modalidad de vender. Pues no se verifica duda de su responsabilidad, toda vez que se encuentra demostrado que fue capturado en flagrancia, con el ánimo de vender sustancia estupefaciente que le fuera incautada y dos mil pesos al comprador, dinero con el sin lugar a dudas se pagaría el estupefaciente, tal como se examinó en líneas precedentes.

Se procederá entonces a revocar la decisión y en consecuencia CONDENAR al señor JAMES ZAPATA SOLANO de condiciones civiles conocidas en los registros como AUTOR RESPONSABLE del delito de tráfico fabricación o porte de estupefacientes, tipificado en el Código penal , libro segundo , Título XIII, artículo 376 inciso segundo.

DOSIMETRÍA DE LA PUNIBILIDAD

Como se expresó en precedencia la conductas típica por la cual debe responder el señor JAMES ZAPATA SOLANO y que resultan concordante con los hechos probados, corresponden al delito de tráfico fabricación o porte de estupefacientes, tipificado en el Código penal , libro segundo , Título XIII, artículo 376 inciso segundo que contempla una pena de prisión, en términos de meses, entre sesenta y cuatro (64) y ciento ocho (108) de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Como no se imputaron circunstancias genéricas de agravación que pudieren

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76001-6000-195-2013-03221-01
Proc. JAMES ZAPATA SOLANO
Del. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Prov. Sentencia Ordinaria 2 instancia

modificar los extremos punitivos, la mantendrá el mínimo de la pena señalada en la disposición penal como es **SESENTA Y CUATRO (64) MESES DE PRISION Y MULTA DOS (2) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES**, siendo esta la pena a imponer.

Al mismo tiempo, se condenará a la pena accesoria de Inhabilitación de derechos y funciones públicas (Art. 51 del C. P.), por un término igual al de la sanción principal.

SUBROGADOS Y SUSTITUTOS

No se concederán, ni reconocerán sustitutos ni subrogados penales, por no reunirse los requisitos señalados en la ley.

ORDEN DE CAPTURA Y CUMPLIMIENTO INMEDIATO DE LA SENTENCIA.

Se ordena la captura inmediata del señor JAMES ZAPATA SOLANO, de condiciones civiles y personales acreditadas en el proceso, para efectos que cumpla la pena impuesta en el Centro de reclusión que se indique por parte de las autoridades penitenciarias.

Infórmese de lo decidido a las autoridades que por ley corresponde, al tenor de lo normado en el artículo 166 del Código de Procedimiento Penal, y una vez en firme la presente providencia, envíese la actuación a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali (Reparto) para lo de su

competencia.

Todo lo anterior se hará a través del Centro de Servicios del Sistema Penal Acusatorio.

Sin que sean necesarias más consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, VALLE DEL CAUCA, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

- 1. REVOCAR EN SU INTEGRIDAD LA SENTENCIA ORDINARIA No. 088 DE AGOSTO 24 DE 2017 PROFERIDA POR EL JUZGADO VEINTIDOS PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CALI, OBJETO DE RECURSO, conforme se razonó en la parte motiva de ésta providencia.**
- 2. CONDENAR AL SEÑOR JAMES ZAPATA SOLANO, DE CONDICIONES CIVILES Y PERSONALES ACREDITADAS EN ÉSTE PROCESO, COMO AUTOR RESPONSABLE DEL DELITO DE TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, TIPIFICADO EN EL CÓDIGO PENAL , LIBRO SEGUNDO , TÍTULO XIII, ARTÍCULO 376 INCISO SEGUNDO, A LA PENA PRINCIPAL DE SESENTA Y CUATRO (64) MESES DE PRISIÓN Y MULTA DE DOS (2) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, conforme se razonó en la parte motiva de ésta providencia.**
- 3. CONDENAR AL SEÑOR JAMES ZAPATA SOLANO, A LA PENA**

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76001-6000-195-2013-03221-01
Proc. JAMES ZAPATA SOLANO
Del. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Prov. Sentencia Ordinaria 2 instancia

ACCESORIA DE INHABILITACIÓN DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS POR EL MISMO TÉRMINO DE LA PENA PRINCIPAL.

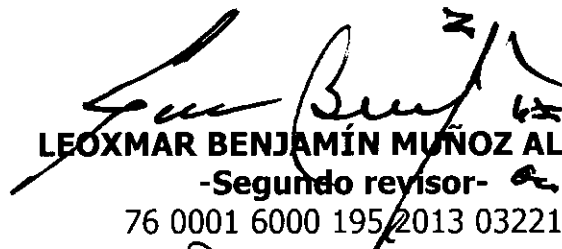
- 4. NEGAR AL SEÑOR AL SEÑOR JAMES ZAPATA SOLANO LOS BENEFICIOS DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA Y LA PRISIÓN DOMICILIARIA, REGLADOS EN LOS ARTÍCULOS 63 Y 38 DEL CÓDIGO PENAL, RESPECTIVAMENTE.**
- 5. LIBRAR DE MANERA INMEDIATA ORDEN DE CAPTURA CONTRA EL SEÑOR JAMES ZAPATA SOLANO, DE CONDICIONES CIVILES Y PERSONALES ACREDITADAS EN ÉSTE PROCESO, PARA QUE CUMPLA LA PENA DE PRISIÓN IMPUESTA EN ÉSTA SENTENCIA, EN EL CENTRO DE RECLUSIÓN QUE DETERMINE LA AUTORIDAD COMPETENTE. ÉSTE TRÁMITE SE HARÁ A TRAVÉS DEL CENTRO DE SERVICIOS DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO.**
- 6. INFÓRMESE DE ÉSTA DECISIÓN A LAS AUTORIDADES QUE EN DERECHO CORRESPONDE.**
- 7. EN FIRME ÉSTA DECISIÓN, ENVIÉSE LA ACTUACIÓN A LOS JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE CALI, PARA LO DE SU COMPETENCIA.**
- 8. LA PRESENTE DECISIÓN QUEDA NOTIFICADA EN ESTRADOS Y CONTRA LA MISMA PROCEDE EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN.**

**CÓPIESE, LÉASE Y CÚMPLASE
Los Magistrados,**

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76001-6000-195-2013-03221-01
Proc. JAMES ZAPATA SOLANO
Del. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Prov. Sentencia Ordinaria 2 instancia

EN PERMISO

SOCORRO MORA INSUASTY
-Primer revisor-
76 0001 6000 195 2013 03221


LEOXMAR BENJAMÍN MUÑOZ ALVEAR
-Segundo revisor-
76 0001 6000 195/2013 03221


ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
-Magistrado Ponente-
76 0001 6000 195 2013 03221