



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, tres (3) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Aprobado en la fecha, acta: 211

Radicado: 050016000206201614599

Auto de Segunda Instancia: 280

Delito: Porte de estupefacientes

Lectura: viernes (4) de noviembre de 2016, 08:30 a.m.

Conoce esta Sala de Decisión Penal del recurso de apelación interpuesto por la representante de la Fiscalía, contra el auto del 14 de octubre del año que transcurre, proferido por el Juzgado Veinte Penal del Circuito de Medellín con funciones de conocimiento, a través del cual, negó la preclusión solicitada por la mencionada delegada a favor del señor RICARDO PALACIO GALEANO.

ANTECEDENTES

1.- El indiciado RICARDO PALACIO GALEANO fue aprehendido por agentes de la Policía Nacional el 15 de marzo de 2016, a eso de las 15:27 horas, cuando a la altura de la calle 55A con carrera 50 de la ciudad de Medellín, agentes del orden le realizan registro personal encontrándole en el bolsillo derecho de su pantalón una bolsa con 40 cigarrillos envueltos en papel aluminio los cuales contienen una sustancia vegetal de color verde. Realizada la prueba preliminar homologada la sustancia arroja positivo para Marihuana en cantidad de 48 gramos.

2.- El 14 de octubre último, la Fiscal 94 Seccional de Medellín presentó ante el Juez Veinte Penal del Circuito de Medellín, solicitud conjunta de preclusión por

cuatro casos, entre ellos el del indiciado RICARDO PALACIO GALEANO, en su caso con fundamento en las causales de atipicidad del hecho investigado e imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, previstas en los numerales 4° y 6° del artículo 332 de la Ley 906/04.

3.- Procedió la Fiscal a realizar un recuento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se efectuó la detención del indiciado, indicando que su captura se originó en un acto de registro rutinario efectuado por agentes de policía, ante quienes Galeano Ricardo manifestó ser consumidor de marihuana desde hace varios años y no haber estado en centros de rehabilitación. Como elementos recopilados en este caso menciona los siguientes: acta de derechos del capturado, acta de incautación de elementos, reseña decadactilar y fotográfica en la cual se indica que es habitante de calle, reciclador; Prueba de identificación preliminar homologada en la que se determinó que el material incautado arrojó un peso neto de 48 gramos, positivo para marihuana.

Refiere igualmente que se cuenta con ficha del instituto Centro Día Nro. 10983 del 24 de mayo de 2015, en la cual se indica que Galeano Ricardo es consumidor de marihuana y que nunca ha estado internado en centro de rehabilitación. Concluye la delegada Fiscal que estamos ante un habitante de calle, consumidor de estupefacientes, en el caso concreto de marihuana, aunque no se descartar otras adicciones más fuertes; por lo que de ir a juicio no se lograría desvirtuar la presunción de inocencia del indiciado, así lo indica el contexto y la mínima cantidad de sustancia encontrada en su poder, superando tan solo en un pequeño porcentaje la dosis personal permitida legalmente, lo que permite inferir que se trata de la dosis de aprovisionamiento, por ende la conducta carece de antijuridicidad material pues no se daña o pone en peligro el bien jurídico tutelado por la norma, artículo 376 del C.P.

Aunado a lo anterior y ya que su captura se produjo en el marco actividades rutinarias de registro policivo mientras se encontraba solo, tampoco podría demostrarse que la finalidad fuera la venta, comercialización, suministro o distribución de la sustancia ilegal. Por lo tanto la conducta desplegada por el agente deviene en atípica. Para soportar su petición hace alusión a las sentencias de la CSJ, Sala de Casación Penal, Rdo. Nro. 31.531 de julio de 2009, sobre dosis de aprovisionamiento; sentencia Rdo. Nro. 42.617 del 12 de

noviembre de 2014, sobre presunción *iuris tamtum* de la antijuridicidad material en este tipo de casos, por ende desvirtuable.

4.- El delegado del Ministerio Público coadyuva la solicitud de la Fiscalía, aclarando que en caso que la judicatura no acceda a la petición preclusiva se le debe indicar por parte del despacho los elementos que se echa de menos, y que se requieren para poder demostrar la imposibilidad de desvirtuar el principio de inocencia. En este caso todo indica, y atendiendo al principio *pro homine* así debe presumirse, que el indiciado es un adicto y por lo tanto su conducta no interesa al derecho penal.

5.- No se contó con la defensa en esta audiencia.

6.- El juez de conocimiento decide no decretar la preclusión solicitada. Manifiesta que son tres los aspectos que analiza en este tipo de casos: cantidad, contexto y mínimo de prueba que se aporta para demostrar la condición de adicto o enfermo dependiente. En el sub lite la cantidad de cigarrillos encontrados en poder del indiciado genera preocupación, independiente de su peso neto. Desde el punto de vista inferencial los antecedentes penales que le figuran al indiciado y sobre los cuales la Fiscalía reconoce desconocer los detalles, sugieren que deben aportarse mayores elementos de juicio acerca de por qué esta persona ha reincidido en actividades delictivas, haciendo acreedor a sentencias condenatorias; agotar un análisis profundo y de contexto, aclarando que el juez no tiene vocación probatoria y que si bien la jurisprudencia de las altas cortes ha avanzado en la interpretación de la problemática que enfrentan consumidores y adictos frente al narcotráfico, señala que la condición de marginalidad no se constituye en patente de corso para que estos incurran en ilicitudes, por ello debe analizarse con cuidada cada caso en concreto. En el sub lite son varios los aspectos que aún no se encuentran debidamente acreditados en razón de las causales preclusivas invocadas.

7.- Contra la decisión, la Fiscalía interpone y sustenta el recurso de alzada en el cual reitera los argumentos expuestos en la petición preclusiva y además indica que la condición de marginal y enfermo del indiciado se encuentra plenamente demostrada, así lo indica la ficha de Centro Día. Acepta que Palacio Galeano

cuenta con antecedentes penales, pero los mismos fueron dictados en casos concretos. La prueba aportada permite inferir que tenía la droga para su propio consumo y no para un fin distinto. Con la referida ficha y la manera en que se produjo la captura no se puede desvirtuar en juicio el principio de inocencia del indiciado. No está evadiendo la Fiscalía investigar a fondo en este caso, simplemente persistiría la duda en este caso y las resultas de un juicio serían las mismas expuestas en esta oportunidad. Estas son las razones por las cuales depreca se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se decrete la preclusión en el caso del señor RICARDO PALACIO GALEANO.

8.- El delegado del Ministerio Público como sujeto procesal no recurrente, coadyuva la solicitud de la fiscal. Insiste que en este caso se agotó la posibilidad de recaudo probatorio.

9.- El a-quo concede el recurso de alzada interpuesto.

CONSIDERACIONES

A la luz de lo normado en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906/04, es esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín la competente para decidir de fondo el recurso de alzada interpuesto.

Inicialmente debe decirse que ninguna duda se presenta respecto a la situación fáctica que se plantea, esto es, que al indiciado RICARDO PALACIO GALEANO, el 15 de marzo de 2016, le fue incautada sustancia estupefaciente – marihuana- en un peso neto de 48 gramos, distribuida en 40 cigarrillos envuelto en papel blanco.

El problema planteado, entrar a decidir si es procedente en este asunto decretar la preclusión de la investigación por atipicidad del hecho investigado y la imposibilidad de desvirtuar el principio de inocencia.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia al estudiar en segunda instancia una solicitud de preclusión, precisó que por los efectos de cosa juzgada que produce una decisión de esta naturaleza, se exige que la causal que la funda se

encuentre demostrada con un grado de certeza que supere cualquier duda razonable; de lo contrario, corresponde a la Fiscalía continuar con el trámite del proceso, como lo dispone el artículo 250 de la Constitución Política¹.

Entiende la Sala que las causales invocadas por la Fiscalía para deprecar la preclusión en esta oportunidad son las contenidas en el numeral 4° y 6° del artículo 332 del C.P.P., atipicidad del hecho investigado e imposibilidad de desvirtuar el principio de inocencia. Partiendo entonces de estos presupuestos procede a realizar el análisis de rigor.

Para entender la estructura el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, debe recordarse que se trata de un ilícito de peligro abstracto, en el sentido de que no exige la concreción de un daño al bien jurídico tutelado de la salubridad pública y que con este ilícito también resultan comprometidos bienes como el orden socio-económico, la seguridad pública y otros de interés igualmente protegidos por el legislador.

Valga anotar, que esta Sala de Decisión en situaciones similares a la que ahora nos concita la atención venía sosteniendo no sólo la carencia de antijuridicidad material en casos de tenencia del estupefaciente en cantidades que sólo sobrepasaban en pequeños montos la dosis personal, sino igualmente en casos de dosis de aprovisionamiento, acorde esto con lo previsto en la sentencia del 12 de noviembre de 2014, radicado 42.617 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

Pero para resolver el presente caso acudirá la sala a reciente sentencia del máximo tribunal de la justicia ordinaria, en el cual se ventilara y decidiera situación similar y que relaciona la evolución legal al respecto, en cuanto desplaza al ámbito de la tipicidad la cuestión de si es punible o no el actuar del consumidor que lleva consigo estupefacientes para su propio consumo, lo cual venía siendo tratado en sede de la antijuridicidad:

“Si bien podría pensarse preliminarmente que media una contradicción entre lo dispuesto en la reforma constitucional (Acto Legislativo 02 de 2009), y las cantidades determinadas como dosis personal por el literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986, lo cierto es que la exposición de motivos de la aludida reforma constitucional fue

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, radicado AP3724-2015 (43407) del 1 de julio de 2015.

clara en determinar que prohibir el porte de sustancias estupefacientes o psicotrópicas era «parte de una filosofía preventiva y rehabilitadora», por eso facultó al legislador para establecer medidas pedagógicas, profilácticas o terapéuticas destinadas a los consumidores, excluyendo la posibilidad de imponer penas de reclusión en establecimientos carcelarios»².

El Acto Legislativo en cita distingue al consumidor y la conducta del delincuente que fabrica, trafica y distribuye las drogas ilícitas, garantizando a los primeros la protección del derecho a la salud pública.

“Y aunque el Acto Legislativo y decisiones constitucionales que lo analizaron no cuantificaron lo que podía corresponder a la dosis despenalizada, deviene diáfano que la misma no puede ser ilimitada, de ahí que un criterio razonable a fin de establecer la dosis autorizada es el de la necesidad de la persona, monto que resulta compatible con la política criminal de cariz preventivo y rehabilitador, acorde con la protección de la salud de la persona.

(...)

Por tanto, la dosis personal que genera atipicidad de la conducta por la circunstancia de cantidad no es solamente la que determina el literal j) del artículo 2 de la Ley 30 de 1986, como hasta ahora se ha venido entendiendo por la jurisprudencia, sino también la que se demuestre en el proceso en un monto superior a esa regulación pero siempre que sea necesaria para el consumo del sujeto que está siendo procesado dada su situación personal en el caso concreto, pues la presunción establecida por el legislador acerca de lo que se debe entender por dosis personal es legal y admite demostración en contrario”³

Posición que la misma sala reitera y complementa al reseñar que:

“En otras palabras concluyentes, en el proceso penal se debe establecer si se está ante un enfermo o un criminal, pero no se trata de condenar o de absolver a un enfermo con argumentos caprichosos o arbitrarios. De la conducta del primero se deben ocupar las autoridades de salud, pero para ello no solamente se debe demostrar que es un consumidor, también ha de probarse que la sustancia es para el consumo personal y en una cantidad que solamente sea compatible con ese propósito y su necesidad, pues si no se dan estrictamente estos supuestos, su proceder, a pesar de ser un enfermo, adicto o un consumidor, infringirá la ley penal y deberá ser juzgado por los jueces de la República, como cuando la droga portada (en su totalidad o parte de ella) la destina a la venta, distribución, comercio o tráfico, o también cuando la almacena en cantidades no requeridas, por citar algunos ejemplos”⁴.

En síntesis, en la reciente posición de la Corte Suprema, la problemática que nos convoca se ubica en el ámbito de la tipicidad, especialmente cuando se dice: “...la Corte considera que ha de ser resuelto dogmáticamente en el ámbito de la

² CSJ SALA DE CASACIÓN PENAL. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER Magistrado Ponente. Radicación 41760. SP2940-2016. (Aprobado en acta N°71). 09 de marzo de 2016.

³ *Ibidem*.

⁴ CSJ SALA DE CASACIÓN PENAL. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER Magistrado Ponente. SP4131-2016. Radicación 43512. (Aprobado en acta No. 105). 6 de abril de 2016.

tipicidad y no en el de la antijuridicidad, pues a partir de las modificaciones introducidas al ordenamiento jurídico por el Acto Legislativo 02 de 2009 ha de sopesarse en todo caso el ánimo de ingesta de las sustancias, como ingrediente subjetivo o finalidad, de ahí que el porte de una cantidad de droga compatible exclusivamente con ese propósito de consumo será una conducta atípica, en los términos que se explican en esta providencia”.

Se tiene entonces, que la conducta de llevar consigo sustancia estupefaciente que supere la dosis mínima permitida para el uso personal, en principio o en abstracto configura el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Ya, atendiendo a postulados jurisprudenciales cuando se ha sobrepasado en mínima proporción esa cantidad, y se tiene establecido que el acusado es una persona adicta o consumidor habitual de esa sustancia que genera dependencia, conforme a lo demostrado en cada caso en particular, puede predicarse atipicidad de la conducta, al no tenerse la intención de incurrir en ese delito o de afectar el bien jurídico de la salud colectiva.

Ahora, aplicando los anteriores conceptos al caso bajo análisis no queda la menor duda, pues así lo demostró la Fiscalía, que el indiciado realizó la conducta constitucionalmente prohibida⁵ o estimada objetivamente por el legislador como prohibida o delictiva⁶; al llevar consigo sustancia estupefaciente en una cantidad superior a la establecida como dosis personal, sin que hubiese aportado prueba siquiera sumaria de que fue prescrita por un médico; o en otras palabras, que fuese su dosis terapéutica.

De ahí que deba dilucidarse seguidamente si en la actuación se ha acreditado la calidad de adicto o consumidor del indicado RICARDO PALACIO GALEANO. Como soporte de la solicitud de preclusión la Fiscalía aportó los siguientes elementos: i) Informe de vigilancia en casos de captura en flagrancia. II) acta de derechos del capturado. III) Acta de incautación de elementos. IV) Reseña decadactilar y fotográfica. V) Prueba de identificación preliminar homologada en la que se determinó que el material incautado arrojó un peso neto de 48 gramos, positivo para marihuana; de donde se evidencia que el mismo fue aprehendido portando sustancias estupefacientes, es decir, que no estaba llevando a cabo comportamiento diferente al de llevar consigo el material

⁵ Inciso 6° del artículo 49 de la C. N.

⁶ Artículo 376 del C. Penal.

prohibido. VI) Ficha del instituto Centro Día Nro. 10983 del 24 de mayo de 2015, en la cual se indica que Galeano Ricardo es habitante de calle y consumidor de marihuana, y que nunca ha estado internado en centro de rehabilitación. VII) Informe de antecedentes penales, en el cual le figuran varias anotaciones por sentencias condenatorias en su contra, todas por el delito de tráfico, fabricación, porte de estupefacientes.

No puede negarse que la droga incautada no obstante superar la dosis personal podría llegar a ser la de aprovisionamiento si estuviéramos en presencia de un adicto o enfermo; en este caso para el ente investigador bastaron las manifestaciones realizadas por el propio indiciado quien sostiene que es adicto y consumidor de marihuana, y si bien puede ser esto cierto, ya que al parecer el individuo es una persona en situación de calle, si se observa al detalle no es más que de manera genérica la auto atribución de la calidad de consumidor de la sustancia incautada, por parte de quien tiene interés en procurarse una forma de exculpación en el punible del que podría llegar a ser responsable acarreándole una sanción, pero sin ahondar, ni entrar en detalles, como por ejemplo desde hace cuánto tiempo consume, con qué frecuencia, en qué lugares lo hace, cuál es la consecuencia que le produce, y particularmente en este caso en el que afirma el propio ente acusador que el indiciado registra antecedentes penales⁷, con varias sentencias condenatorias en su contra por la misma ilicitud por la que se le sindicada en la actualidad, si las detenciones y sentencias anteriores se produjeron en similares circunstancias o por distribuir drogas, esto es, como acertadamente lo reclama el a-quo en la decisión apelada, el presente caso amerita a todas luces un análisis más profundo y en contexto de la realidad del agente.

Ello es así, porque si bien no se descarta que eventualmente la Fiscalía pueda llegar a realizar una nueva petición, si halla razón esta Sala en que el juez de primera instancia reclame que se aporten mayores elementos de juicio en este caso concreto y con miras a acreditar las causales preclusivas invocadas, reforzando su actual petición y entregarle elementos con los cuales la judicatura pueda concluir que la sustancia estupefaciente incautada al indiciado estaba destinada para su propio consumo, o para afirmar lo contrario, es decir que

⁷ Ver folio 4 del expediente, en el cual le figuran más de 11 anotaciones por el delito del art. 376 del C.P.

tenía otro destino, lo que tornaría la conducta en antijurídica por el peligro de menoscabo para la salud pública.

No comparte esta Magistratura que en este tipo de casos, en los cuales opera la captura gracias al registro incidental de la persona que porta la sustancia estupefaciente, la Fiscalía no pueda recolectar mayores elementos de juicios, bien puede tratar de obtener el testimonio de terceras personas, con menos interés o parcialización, que dieran fe o de la adicción, de episodios indicativos de ello, u obtener análisis médico científicos que demuestren la dependencia; o por el contrario encuentre material con el cual quede probado que el agente incurre en otro de los verbos rectores consagrados en el artículo 376 del C.P., con los cuales demostrar que la sustancia tenía un fin distinto, por ejemplo su distribución, comercialización o venta.

Y es que nada impide que a la par con la dependencia el agente incurra en el delito bajo análisis, destinando la sustancia para fines ilícitos diferentes a los del propio consumo; así, para nadie es un secreto que lamentablemente este tipo de individuos son utilizados por las redes de distribución de narcóticos y que dicha práctica, aunque no es algo novedoso, va en franco aumento. Ahora, tal como lo reclama la Fiscalía, en este caso se cuenta con una ficha realizada en centro especializado para el tratamiento de personas en situación de calle o marginalidad, como el que se observa al otear el plenario – ficha del instituto Centro Día Nro. 10983, del 24 de mayo de 2015, en la cual se indica que Galeano Ricardo es consumidor de marihuana y que nunca ha estado internado en centro de rehabilitación-, pero a la par se tiene el informe de antecedentes en el cual le figuran múltiples anotaciones al individuo por el mismo ilícito del canon 376 del C.P. y dentro del mismo año en el que es reseñado en la aludida institución.

Y es que si bien en nuestro procedimiento penal no existe una tarifa legal para acreditar en una actuación la condición de adicto o consumidor de un indiciado, pues rige el principio de libertad probatoria; sí se requiere en la actuación de elementos materiales, evidencia física o información legalmente obtenida, que nos ofrezca serios motivos de credibilidad, con capacidad e idoneidad para llevarnos el conocimiento respecto a lo que se pretende probar; más aún cuando en este evento no puede obviarse la forma como fue encontrada la

sustancia ilegal, distribuida en 40 cigarrillos envueltos en papel blanco y que el agente, se insiste, muestra reincidencia en su actividad delictiva, lo que razonablemente genera dudas para la judicatura en cuanto a que la sustancia sea para su propio consumo, no obstante, se itera, puede llegarse a demostrar que en efecto este es el caso de PALACIO GALEANO.

Observa la Sala que en este caso la actividad probatoria de la Fiscalía, en tema de la acreditación de la calidad de consumidor o no del indiciado, es mínima, siendo suficiente para el ente persecutor las manifestaciones del encartado y la ficha de Centro día; no obstante dada las circunstancias de antemano advertidas por la Sala, se hace necesario ahondar en estos asuntos, e igualmente descartar que las circunstancias de marginalidad y posible consumidor no encubran la utilización de esta persona para el microtráfico de sustancias estupefacientes, como último eslabón en esta cadena criminal.

Así, al igual que lo hace el a-quo, concluye la Sala que emerge apresurada la solicitud de preclusión, cuando quedan aspectos sin aclarar por parte de quien pretende lograr la preclusión, quedando aún sin resolver circunstancias relevantes a la toma de la decisión que se depreca, dado, se insiste, las consecuencias de cosa juzgada que esta acarrea y que como bien lo expone el fallador de instancia no pueden tomarse a la ligera, ni medirse en todos los casos con el mismo racero.

En fin, a pesar de estar acreditado que la cantidad de estupefaciente llevada consigo por el indiciado no era excesiva para una persona adicta o consumidora; no ocurre lo mismo con la demostración en la actuación de esa condición de adicto, enfermo o consumidor de su parte, o que dicha conducta descarta los demás verbos rectores del artículo 376 de la codificación sustantiva en lo penal, como tampoco emerge situación excluyente de responsabilidad alguna.

De manera, que es la no acreditación en la actuación de la condición de adicto o consumidor del indiciado, y la inactividad investigativa de la Fiscalía en lo que atañe a descartar que no se configuren los demás verbos rectores del artículo 376 del C.P. con la conducta que al parecer es reiterativa en el indiciado, lo que no permite en estos instantes estimar como atípica la conducta desplegada por

aquel; y por ende, el que no se hubiese demostrado la existencia de las causales de preclusión invocadas. Por lo que se impone la confirmación de la decisión impugnada.

Por lo expuesto, esta Sala de Asuntos Penales del Tribunal Superior de Medellín,

RESUELVE:

Confirmar la decisión proferida en audiencia pública el 14 de octubre de 2016 por el Juez Veinte Penal del Circuito de Medellín con funciones de conocimiento, en virtud de la cual negó la preclusión en el presente caso.

En consecuencia, se dispone la remisión del expediente al juzgado de origen.

Esta decisión se notifica en estrados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE