

**DESCRIPTOR:** Preclusion

**RESTRICTOR** Carga de la prueba  
Nueva vision jurisprudencial del asunto



## **SALA DE DECISIÓN PENAL**

### **APROBADO ACTA 076**

(Sesión del 29 de junio de 2017)

Radicado: 05-001-60-00206-2016-05072  
Indiciado: Pablo Andrés Gutiérrez  
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes  
Asunto: Fiscal recurre decisión que negó preclusión de la investigación  
Decisión: Revoca y precluye  
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

**Medellín, 6 de julio de 2017**

(Fecha de lectura)

### **1. OBJETO DE DECISIÓN**

La Sala resuelve el recurso de apelación que presentó la delegada de la Fiscalía General de la Nación contra la decisión el pasado 4 de abril, por la cual el Juez Veinte Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, negó la preclusión de la indagación que postuló en favor de Pablo Andrés Gutiérrez, quien reporta noticia criminal por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

### **2. HECHOS**

A las 3 de la tarde del 29 de enero de 2016, agentes de policía que ejercían control y vigilancia en el cruce de la calle 52 con carrera 54, zona céntrica de la ciudad de Medellín, abordaron a Pablo Andrés Gutiérrez y encontraron en su poder 10 bolsas pequeñas y transparentes que contenían una sustancia similar a la cocaína. Por ello fue privado de su libertad.

Radicado: 05-001-60-00206-2016-05072  
Procesado: Pablo Andrés Gutiérrez  
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

La sustancia fue sometida a Prueba de Identificación Preliminar Homologada (PIPH) y el resultado fue positivo para cocaína y sus derivados con un peso neto de 6.9 gramos.

### **3. ACTUACIÓN PROCESAL**

El día 30 de enero de 2016 se agotó audiencia de control de garantías para legalizar privación de la libertad de Pablo Andrés Gutiérrez. En esa ocasión, el delegado de la Fiscalía General de la Nación se abstuvo de imputar al ciudadano la comisión del punible contra la salubridad pública y de solicitar imposición de medida de aseguramiento.

El 22 de noviembre de 2016, la Fiscalía General de la Nación por conducto de su delegada solicitó preclusión de investigación del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en favor de Pablo Andrés Gutiérrez, de acuerdo con la causal 6 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal. La postulación fue negada por el Juez Veinte Penal de Circuito.

#### **3.1 Solicitud de preclusión**

El 4 de abril pasado, nuevamente la fiscal delegada solicitó la preclusión de la investigación respecto de la noticia criminal del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en favor de Pablo Andrés Gutiérrez, de acuerdo a la causales 4 y 6 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal.

Para el efecto adujo que el ciudadano Pablo Andrés fue capturado en virtud de labores de patrullaje de miembros de la Policía Nacional en zona céntrica de la ciudad de Medellín. De igual forma anotó que según entrevista del indiciado, hace 12 años inició el consumo de marihuana, pero hace tres comenzó con el de cocaína. Ha participado en un programa de la alcaldía de Medellín para superar la adicción pero no ha servido mucho porque es ambulatorio. Además consume droga con su compañera permanente y una prima de ésta.

#### **3.2. Decisión recurrida.**

Al resolver el asunto, el juez negó la preclusión que postuló la Fiscalía General de la Nación. Al efecto destacó: *i)* que se debe analizar el contexto donde fue capturado el ciudadano, pues estaba en un lugar focalizado para el expendio y distribución de drogas; *ii)* el indiciado dijo que consume marihuana desde hace diez años, entonces ¿Por qué se le encontró con 10 bolsas con bazuco?; y, *iii)* el procesado cuenta con gran cantidad de preclusiones y sentencias.

Lo anterior, entonces, indica que no puede considerarse la conducta como atípica. La Fiscalía General de la Nación no aportó elementos de juicio claros y certeros más allá de una manifestación de consumidor por parte del ciudadano.

### **3.3. Del recurso.**

#### **3.3.1 La Fiscalía.**

Como argumentos la delegada adujo que acreditó que el procesado es un consumidor habitual y constante de estupefacientes.

De igual manera, expuso que no se puede presumir que todas aquellas personas que porten drogas en lugares habituales de distribución, son expendedoras, pues hay altas probabilidades que estos sean simples compradores. Esa circunstancia, como la valora el juez, no es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia y solicitar una sentencia de reproche.

#### **3.3.2. El delegado del Ministerio Público.**

Solicitó a la Sala revocar la negación de la preclusión, anotando que no es posible desvirtuar la presunción de inocencia del indiciado. Por tal razón, se cumple la causal 6 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal.

De igual manera, resaltó que la Fiscalía aportó todo el material probatorio necesario para determinar la calidad de consumidor de Pablo Andrés Gutiérrez, por tanto la conducta es atípica. Además argumentó que si el joven es consumidor actuó en ejercicio de un derecho propio, por lo que la intervención del derecho penal no es necesaria.

Los antecedentes penales y las circunstancias fácticas se deben interpretar *in bonam partem*, por tal razón, la gran cantidad de preclusiones y sentencias anteriores obtenidas por el procesado es una clara prueba de la calidad de consumidor que tiene.

## 4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 4.1. Competencia.

Esta Sala es competente para resolver el asunto según lo dispone el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004<sup>1</sup>.

### 4.2. Problema jurídico.

La Sala determinará si en el sub examine se dan los presupuestos legales y facticos para precluir la investigación de la noticia criminal que involucra al ciudadano Pablo Andrés Gutierrez.

### 4.3 Valoración y solución del problema jurídico.

Como lo ha dicho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, así como la Fiscalía General de la Nación tiene la carga de adelantar las causas penales cuando se cometió un delito, también tiene la obligación de solicitar la preclusión de la investigación cuando establece que se presenta una de las causales que para el efecto dispuso el legislador en el artículo 323 del Código de Procedimiento Penal<sup>2</sup>. Al respecto el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, dijo:

---

1 Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen:

1. De los recursos de **apelación** contra los autos y **sentencias** que en primera instancia profieran los **jueces del circuito** y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito. (Negrillas de la Sala de Decisión).

<sup>2</sup> Artículo 332. Causales. **El fiscal** solicitará la preclusión en los siguientes casos: **(Nota: La expresión señalada en negrilla fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-118 de 2008.)**.

1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.
2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.
3. Inexistencia del hecho investigado.
4. Atipicidad del hecho investigado.
5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.

*“(…) De conformidad con el diseño constitucional del sistema penal acusatorio, (artículo 250 Superior) el ente acusador tiene a su cargo adelantar todas las investigaciones por conductas punibles que lleguen a su conocimiento, pero también puede solicitar ante los jueces la preclusión de las mismas, cuando llegue a la conclusión que se presenta una de las causales previstas normativamente en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004.*

En este orden de ideas y atendiendo los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, según la cual el Estado no puede judicializar a la persona que consume estupefacientes, la delegada de la Fiscalía General de la Nación postuló en favor del indiciado, preclusión de la investigación en atención que el porte de 6.9 gramos de cocaína que le incautaron, es una conducta atípica dada su personal inclinación al consumo de cocaína.

Recientemente y en relación con el punible de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, la Corte Suprema anotó:

*“(…) De lo expuesto se concluye que el consumidor o adicto puede portar una cantidad diferente a la legalmente establecida como dosis personal, siempre que sea con la finalidad de su consumo personal y aprovisionamiento, conducta que, se insiste, no puede enmarcarse en el ámbito penal, sino que el sujeto ha de ser pasible de las medidas administrativas de carácter pedagógico, profiláctico y terapéutico.*

*Por lo tanto, para conformar la proposición jurídica ha de entenderse integrada por las previsiones de la Ley 30 de 1986 respecto a las cuantificaciones de la dosis mínima, pero también el Acto Legislativo 02 de 2009 y las sentencias adoptadas con posterioridad que siempre que esté destinada al uso personal dan cabida a una cantidad mayor.*

*Por eso, la dosis personal debe entenderse como la que, sin desnaturalizar ese concepto, es requerida por el procesado dada su adicción, lo que en el caso concreto debe ser objeto de comprobación, por tanto no están excluidas necesariamente las dosis que superan el monto señalado en el artículo 2° de la Ley 30 de 1986<sup>3</sup>.*

En este orden de ideas, para la Sala es evidente que concurren los presupuestos legales y fácticos para precluir la investigación porque la conducta del sujeto agente es atípica. Según la información y evidencia que

---

6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.

7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del este código. **(Nota: Este numeral fue declarado exequible por el cargo analizado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-806 de 2008.)**

Parágrafo. Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales **contempladas en los numerales 1 y 3**, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión. **(Nota: El aparte señalado en negrillas en este parágrafo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-920 de 2007.)**

<sup>3</sup> SP3605-2017 Radicación 43725 del 15 de marzo de 2017. Magistrado Ponente Eugenio Fernández Carlier.

Radicado: 05-001-60-00206-2016-05072  
Procesado: Pablo Andrés Gutiérrez  
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

aportó la delegada de la Fiscalía General de la Nación, se trata de un joven que desde hace años está sumido en el consumo de estupefacientes y si bien inició con la marihuana, recientemente incursionó en la ingesta de cocaína. Es decir, su condición frente a los fármacos va en proceso de involución.

Adicional a este hecho cierto, que la delegada acreditó con la entrevista que le tomó, como hechos indicadores de que la persona es un enfermo, mas no un traficante, son las circunstancias en que se presentó la captura, esto es, fruto de una acción aleatoria de los miembros de la fuerza pública que decidieron hacerle un cacheo. Es decir, no medio denuncia, señalamiento o indicio que permitiera inferir o pensar que Pablo Andrés estuviera traficando con drogas ilícitas.

Ahora, en cuanto al lugar donde se presentó la aprehensión, que a juicio del *a quo* es un sector focalizado de expendio de estupefacientes, debe decirse que ello más que una inferencia razonable de responsabilidad penal, es una de liberación. Pues al igual que cualquier otra necesidad humana, la satisfacción de la misma está en la zona donde existen proveedores. No tiene sentido buscar estupefacientes donde no haya quien la venda.

Finalmente, en relación con las múltiples anotaciones que registra el indiciado, es importante aclarar que: *i*) esa información no llegó a la audiencia por intermedio del sujeto procesal habilitado para aportarla, esto es, el fiscal del caso, sino que obedeció ya al conocimiento privado del juez, ya a sus actos de investigación. Ambos eventos absolutamente proscritos en la legislación procesal final; *ii*) No obstante, al margen de lo anterior, lo que puede válidamente inducirse de esas anotaciones, es que dada la proclividad del indiciado al consumo de estupefacientes, en múltiples ocasiones ha sido capturado por la fuerza pública.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **REVOCA** la decisión del pasado 4 de abril por la cual el Juez Veinte Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, negó la preclusión de la indagación que la Fiscalía General de la Nación postuló en favor de Pablo Andrés Gutierrez. En consecuencia, precluye la

Radicado: 05-001-60-00206-2016-05072  
Procesado: Pablo Andrés Gutiérrez  
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

investigación y cesa con efectos de cosa juzgada la acción penal respecto de la noticia criminal que reportaba por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, por los hechos expuestos en la parte inicial de esta providencia.

Esta providencia se notifica en estrados. Contra ella no proceden recursos.

## **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE**

Magistrado

-ausente con permiso-

**NELSON SARAY BOTERO**

Magistrado

**HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA**

Magistrado