REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
SALA DE DECISIÓN PENAL
MAGISTRADO PONENTE
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, diez (10) de junio de dos mil diez (2010).

ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA No. 349

SEGUNDA INSTANCIA

Hora:	5:30 p.m.
Imputado:	Jhon Fredy Osorio Raigosa
Cédula de ciudadanía No:	9'873.645 de Pereira (Rda.)
Delito:	Tráfico de Estupefacientes
Procedencia:	Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas (Rda.) con funciones de conocimiento
Asunto:	Se decide la apelación interpuesta contra la providencia del 25-03-10 por medio de la cual se negó la preclusión solicitada.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, pronuncia la decisión 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 concretar así:

1.1.- Dan cuenta los registros, que el 10-02-10 fue aprehendido el señor **JOHN FREDY OSORIO RAIGOSA** luego de que en un registro personal y

voluntario le fuera encontrado en su poder sustancia pulverulenta, al parecer estupefaciente con características similares a la cocaína y sus derivados.

Al aprehendido se le identificó plenamente, se constató la ausencia de antecedentes judiciales, y se efectuó la pertinente prueba de identificación preliminar homologada (PIPH), la cual arrojó resultado positivo para cocaína y sus derivados, con un peso neto de 2.2 gramos; dictamen rendido por el técnico ANDRÉS LÓPEZ LÓPEZ.

1.2.- Con fundamento en ello, a instancias de la Fiscalía se llevaron a cabo las audiencias preliminares ante el Juzgado de Control de Garantías, momento en el cual se imputó al capturado autoría en el punible de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, de conformidad con lo establecido en el artículo 376 del Código Penal, en su verbo rector "llevar consigo"; cargo que el indiciado NO ACEPTÓ.

1.3.- Con fecha 09-03-10, el órgano persecutor radicó escrito de solicitud de preclusión con fundamento en la causal ATIPICIDAD DEL HECHO INVESTIGADO, al estimar que no tenía forma de demostrar la existencia de uno de los elementos objetivos del tipo, concretamente el llevar consigo sustancia estupefaciente. Y así era, porque si bien al aprehendido le fue decomisada una sustancia con características similares a las del estupefaciente cocaína, e incluso haberse llevado a cabo una diligencia de identificación preliminar PIPH, el técnico que llevó a cabo esta labor agotó en su totalidad la sustancia e impidió con ello que se pudiera llevar a cabo con el remanente la subsiguiente prueba científica de confirmación por parte del Instituto de Medicina Legal.

En esos términos -dice- se quedó sin medios de convicción idóneos para comprobar, con la certeza requerida, que el material incautado realmente es cocaína base, toda vez que la diligencia de campo conocida como PIPH no

es demostrativa o conclusiva a este respecto, simplemente se trata de una labor provisional y de orientación que por lo mismo requiere ser confirmada.

Las demás partes presentes en el acto no manifestaron oposición a la solicitud preclusiva, pero la titular del juzgado negó tal pretensión porque consideró que los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida hasta el momento, permitían soportar una formulación de acusación; en consecuencia -dijo- "será trabajo del juez realizar la valoración probatoria y concluir si se ofrece o no el convencimiento sobre el objeto material del tipo imputado".

1.4.- Tanto la Fiscalía como la Defensa se mostraron inconformes, motivo por el cual hubo lugar a la interposición del recurso de apelación, mismo que fue concedido en el efectivo suspensivo y se dispuso remitir a esta Corporación los registros con el fin de desatar la alzada.

2.- Debate

2.1.- Fiscal

Da cuenta del hallazgo en poder del imputado de sustancia al parecer cocaína con un peso neto de 2.2 gramos, cantidad que fue sometida a la prueba preliminar PIPH y en cuyo desarrollo se agotó, pues se deja constancia de no quedar remanente para la ulterior experticia toxicológica por parte de Medicina Legal, pero sin especificar los motivos por los cuales no fue posible dejar esa muestra para los posteriores trámite requeridos en la prueba de laboratorio.

Con fundamento en esa realidad, la entidad que representa decidió imputar al indiciado autoría en el punible de *tráfico, fabricación o porte de estupefaciente* al que hace referencia el artículo 376.2 del Código Penal, por el verbo rector llevar consigo; cargo que NO ACEPTÓ.

Ante ese no allanamiento, se vio en la necesidad de solicitar la preclusión por atipicidad de la conducta investigada, toda vez que se encuentra en imposibilidad de demostrar con la certeza requerida la existencia de un elemento normativo del tipo, concretamente lo que hace referencia con la naturaleza de la sustancia incautada.

Al decir de la jueza de instancia, al superar la cantidad decomisada la dosis personal es posible ir a juicio oral para que allí se determine si existe o no prueba suficiente para condenar. Respeta pero no comparte esa determinación y pide su revocación por parte de este Tribunal, porque si se sabe desde ya que no va a ser posible introducir a ese juicio la prueba de laboratorio acerca de ser en realidad el material incautado un estupefaciente, de nada sirve adelantar un trámite hasta esa etapa cuando en este momento se tiene claridad al respecto y es viable desde ya la preclusión con efectos de cosa juzgada. En otras palabras, se pregunta: ¿para qué esperar a la realización de un juicio con el consabido desgaste del aparato judicial, cuando desde ahora se tiene la convicción de que a nada se podrá llegar sin esa prueba de laboratorio?

Es verdad que existe libertad probatoria, incluso para la demostración de la calidad de la sustancia, pero ocurre que la prueba de PIPH que aquí se efectuó no colma las exigencias requeridas, es decir, no es concluyente a este respecto y se requiere indispensablemente el dictamen confirmatorio de que estamos realmente en presencia de un estupefaciente, por cuanto sólo un dictamen de toxicología es prueba idónea.

La prueba de identificación preliminar homologada sirve sólo de orientación y se realiza con fundamento en la obtención de unos colores que el investigador analiza, es decir, dependen en gran medida de la percepción del ojo humano, con lo cual es falible. Por eso se le llama preliminar, porque

requiere confirmación en laboratorio a través de unos estudios más experimentados de fotometría.

Cuenta con un informe de la perito en química forense en el cual concluye lo que aquí se afirma, es decir, que únicamente con un análisis en laboratorio es posible concluir si estamos o no en presencia de sustancia estupefaciente, por cuanto el examen de PIPH arroja una mera posibilidad, ni siquiera una probabilidad.

En síntesis, al estar probada la incautación, mas no la calidad del elemento decomisado, la única alternativa procesalmente viable es la preclusión, aclarando eso sí, que de haber existido una aceptación unilateral de los cargos al momento de la imputación, equivalente a una confesión, bien hubiera podido complementarse esa prueba de PIPH para llegar a una condena por la vía de la terminación anticipada; empero, como eso no fue lo sucedido en el caso que se juzga, no existe otra opción probatoria para el órgano persecutor.

Reconoce que hubo una falla del Estado en cabeza del investigador de Policía Judicial que practicó la diligencia de campo, situación que resulta insuperable y ya la Dirección de Fiscalía tomó los correctivos del caso para que una situación como la mencionada no vuelva a repetirse.

2.2.- Procurador Judicial

Observa que el punto problemático que nos convoca no es jurídico sino técnico. En ese orden, comparte plenamente la exposición de la delegada Fiscal, en cuanto efectivamente una diligencia de PIPH no puede suplir en modo alguno la experticia toxicológica forense, a consecuencia de lo cual es insuficiente para una acusación y ulterior condena por el tipo penal aludido.

Una condena penal exige la comprobación de la responsabilidad “más allá de toda duda”, y aquí indiscutiblemente ya no es posible llegar a ese grado de certeza por ausencia de una prueba científica esencial para la comprobación del delito al que se contrae la norma 376 del estatuto punitivo.

Sobre este tema existen unos protocolos adoptados por Naciones Unidades con el fin de fijar pautas para el manejo de sustancia controladas, y de ellos se extrae que la prueba preliminar no agota la exigencias internacionales para la identificación científica de los estupefacientes, por carecer de los requisitos de sensibilidad y especificidad que únicamente se logran en un examen de contraste con modelos o patrones ya elaborados en el laboratorio.

Al no contar la diligencia de PIPH con el rigor de una prueba judicial, se genera la duda al provenir de un conocimiento subjetivo del investigador y de allí la inevitable absolución futura.

Recuerda finalmente, que al tenor de lo dispuesto por la Ley 30 de 1986, siempre se debe dejar un remanente mínimo de tres gramos para establecer el grado de pureza. Y es verdad que en esta materia no existe tarifa probatoria, pero la realidad indica que sólo la prueba de laboratorio es idónea y permite llegar a conclusiones confiables para los fines que aquí se persiguen, pues de lo contrario se impone la aplicación del *in dubio pro reo.*

2.3.- Defensa

Está totalmente de acuerdo con lo esbozado por quienes le antecedieron en el uso de la palabra, porque es verdad que la prueba preliminar homologada es “de ojo”, subjetiva, sin certeza.

No entiende cómo un juez pretende llevar un caso como el que aquí se analiza a juicio, cuando lo que se advierte de entrada es una duda insalvable.

Pide revocación y en su lugar precluir la acción penal a favor de su representado.

3.- consideraciones

3.1.- Competencia

La tiene la Corporación por los factores objetivo, territorial y funcional, a voces de los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

3.2.- Problema jurídico planteado

Corresponde en esta ocasión establecer si la imposibilidad de obtener un dictamen toxicológico de laboratorio, por el agotamiento pleno de la sustancia incautada al momento de llevarse a cabo la prueba de identificación preliminar homologada (PIPH), es situación que impide la plena comprobación de los elementos del tipo penal contenido en el artículo 376 del Código Penal, y por tal razón se impone la terminación de la acción penal por la vía de la preclusión.

3.3.- Solución a la controversia

Como ha quedado dicho, Fiscalía, Defensoría y Procuraduría unen esfuerzos argumentativos en pro de la tesis preclusiva contraria a la continuidad de la acción que proclama la juez de instancia.

Mientras las partes e intervinientes son del criterio que la existencia de una prueba de identificación preliminar homologada (PIPH) es insuficiente para la demostración plena y con certeza acerca de la condición de

estupefaciente de la escasa sustancia pulverulenta incautada, como situación generadora de una duda insalvable acerca de uno de los elementos normativos del tipo en cuestión que da lugar inevitablemente a la preclusión deprecada, la titular del juzgado cognoscente sostiene que si bien ello es cierto, de todas formas hay lugar a continuar la actuación para que la Fiscalía enseñe en juicio el material con vocación probatoria que posee para que mediante sentencia se haga la valoración pertinente y se adopte la decisión de fondo que en derecho se reclama con mayores elementos de juicio.

Es preciso decir desde ya, que una preclusión es la anticipación de una absolución, con mayor razón cuando se sabe que ambas producen efectos de cosa juzgada y que contra ellas procede la acción de revisión; es decir, que siempre será posible argumentar que antes que precluir bien podría esperarse al momento de la sentencia para absolver. Pero, que ello sea así, no significa que pueda optarse siempre por la absolución antes que dar cabida a la preclusión cuando está dada por anticipado alguna de las causales taxativamente enunciadas por el legislador. Lo dicho, con miras a dar efectivo cumplimiento al principio de economía procesal.

Precisamente por ello existen causales de preclusión tan particulares como la "imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia", que para el caso concreto está unida de manera singular con la "atipicidad del hecho", puesto que, en caso de comprobarse de manera prematura que no hay forma de demostrar la existencia de uno de los elementos objetivos del tipo penal, lo que se espera es una decisión preclusiva y no el adelantamiento del juicio para dar cabida al *in dubio pro reo*.

En el caso que nos convoca y ante la no aceptación de cargos por parte del imputado, la Fiscalía se vio en la disyunta de tener que acusar o precluir en un caso tan particular como el que aquí se nos presenta, y eligió la segunda

opción al tener que admitir que no poseía una prueba que generara certeza respecto a que la sustancia incautada fuera en realidad estupefaciente.

Y esa disyuntiva era válida al tenor de las siguientes disposiciones procesales:

> "LEY 906 de 2004: **Art. 114 -Atribuciones.** La Fiscalía General de la Nación, para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, tiene las siguientes atribuciones: […] 10. Solicitar ante el juez del conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando no hubiere mérito para acusar". **Art. 331- Preclusión.** En cualquier momento […] el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión, si no existiere mérito para acusar; y **Art. 332 -Causales.** El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos: […] 4. Atipicidad del hecho investigado […] 6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia […] PAR.-Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1º y 3º, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión".

Importa precisar que en el caso que nos convoca la petición de preclusión tuvo ocurrencia en la etapa investigativa y no en la de juzgamiento, con lo cual, sí era posible invocar la causal de atipicidad e incluso la de imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, dado que de haberse hecho luego de presentada la acusación la petición sería improcedente.[1]

En esas condiciones, la Fiscalía hizo un uso adecuado de sus facultades procesales, y lo hizo bien porque en verdad es indiscutible, e incluso así lo tuvo que admitir la funcionaria *a quo* en la providencia que se examina, que una diligencia de PIPH no es prueba suficiente para tener por acreditada la calidad de la sustancia objeto de decomiso. Y en efecto eso es irrefutable,

[1] Así es, porque en el período de juzgamiento, al decir de la Sentencia C-920 de 2007 por medio de la cual se examinó la constitucionalidad del parágrafo del articulo 332 de la Ley 906 de 2004, y de la sentencia del 15 de febrero de 2010, radicación 31767 de la H. Corte Suprema de Justicia, sólo es posible la invocación de dos causales objetivas: (i) la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, y (ii) la inexistencia del hecho investigado.

porque de considerarse suficiente ese análisis de campo, sobraría la realización de la prueba de toxicología forense.

En esos términos, el Tribunal no puede decir cosa diferente a que el resultado de la diligencia de PIPH, a más de ser preliminar como su nombre lo indica, es incipiente, de descarte, o "de ojo" como lo han dado en llamar las partes e intervinientes en el presente asunto, y, por lo mismo, requiere comprobación o confirmación posterior en prueba de laboratorio. Es, en síntesis, un "principio de prueba".

Ese entendimiento ha sido claro desde la vigencia de la Ley 30 de 1986, porque en el estatuto antidroga se dejó establecido que las unidades de policía judicial estaban facultadas para llevar a cabo todos los actos de urgencia para el pesaje e identificación del material incautado, pero a condición de que a continuación se remitiera un remanente al laboratorio forense para corroborar el resultado. Las normas pertinentes indicaron:

> "Artículo 79: Dentro de los términos del artículo 290 del Código de Procedimiento Penal, el funcionario de Policía Judicial que hubiere practicado la diligencia a que se refiere el artículo anterior, enviará la actuación al juez instructor, quien al día siguiente de recibirla, practicará, con la presencia de un agente del Ministerio Público, una diligencia de inspección judicial.
>
> Una vez hecha la inspección, el juez tomará una muestra de la droga decomisada y la enviará a la Seccional más próxima del Instituto de Medicina Legal, a fin de que se haga una nueva peritación, Inmediatamente ordenará y presenciará la destrucción del remanente y sentará el acta respectiva […]
>
> Art. 81: Las autoridades de Policía Judicial a que se refiere el artículo 77 y siguiente de la presente ley, que decomisen droga que produzca dependencia y no cuenten con el equipo técnico necesario para practicar la identificación pericial prevista, enviarán la sustancia decomisada a la Unidad del Departamento Administrativo de Seguridad, de la Policía

> Nacional, de la Dirección General de Aduanas o del Instituto de Medicina Legal más cercano **que disponga del equipo técnico adecuado".**

Significa lo anterior, que ha sido una constante la preocupación del legislador por procurar que finalmente se haga un reexamen del material decomisado ante los organismos que posean los equipos técnicos que permitan obtener un resultado cierto acerca de la real condición de estupefaciente del material incautado.

Siendo lo anterior así, es decir, si en verdad la Fiscalía sólo cuenta hasta el momento, y sin posibilidad de acceder a un mejor medio de prueba, con la incertidumbre acerca de si lo obtenido en el registro personal efectuado a **JHON OSORIO** es en realidad cocaína base en cantidad ligeramente superior a los dos gramos, no es posible exigirle ir a un juicio para presentar en el debate la prueba menguada del PIPH para ser incorporada con el investigador de campo como testigo de acreditación.

De procederse en esa dirección, el interrogatorio girará obligatoriamente acerca del poder de convicción del resultado obtenido a través de ese particular medio de persuasión preliminar, y por supuesto la consecuencia inevitable será que la conclusión obtenida no es contundente porque el método utilizado no permite llegar a una plena certeza de carácter científico, como sí se podía lograr en caso de haberse obtenido una peritación por medio del laboratorio de toxicología forense que aquí lamentablemente ya es de imposible recaudo.

Por mucho que se diga -lo cual es cierto- que en nuestro medio judicial no existe la tarifa legal de prueba y se goza de amplia libertad probatoria, incluidos todos los elementos que integran el tipo penal, es innegable que ciertas comprobaciones susceptibles de ser debatidas en juicio sólo se pueden obtener a través del examen de expertos y con el uso de las técnicas científicas apropiadas. Piénsese por ejemplo en el análisis balístico

para determinar el verdadero estado de conservación y funcionamiento de un instrumento de fuego, o las pruebas de ADN para confirmar o descartar identidad cromosomática, cuando las particularidades de la investigación judicial así lo exigen.

Para el caso que nos convoca, se dirá por tanto que si bien aún existe la prueba indiciaria en nuestro actual sistema de juzgamiento criminal, y que como lo entendió la juez de la causa sería factible penetrar en la prueba circundante o periférica para intentar desentrañar a qué se dedicaba el hoy comprometido en el instante de llevar consigo una bolsa contentiva de esa sustancia pulverulenta, el emprendimiento de esa labor de análisis de conjunto no lograría finalmente superar la exigencia de una PLENA demostración acerca de ser en realidad estupefaciente lo que esta persona poseía, que es, en síntesis, lo que la ley sanciona con pena de prisión.

Huelga decir por tanto, que es la preclusión y no la absolución la determinación llamada a decretarse en el presente asunto, razón suficiente para revocar la providencia de primer grado en acatamiento a la petición invocada de consuno por todas las partes e intervinientes.

Anotación final

La Sala sostendrá a continuación, que no por escasa que hubiera sido la cantidad de sustancia incautada, se justificaba su agotamiento al momento de la diligencia preliminar de campo y por lo mismo se considera que hubo un mal proceder de parte del investigador de campo que tuvo a su cargo la diligencia de PIPH. Se explica:

Para llevar a cabo el examen de laboratorio, se utiliza un cromatógrafo de gases acoplado a espectrómetro de masas, que es la técnica avanzada para la retención selectiva y cuyo objetivo principal es separar los distintos componentes de una mezcla, permitiendo identificar y determinar las

cantidades de dichos componentes[2]. El procedimiento estandarizado que allí se utiliza reporta una sensibilidad de 1.25 miligramos por litro, es decir, que apenas se requieren 0,001 gramos de sustancia para efectuar la experticia confirmatoria.

En lo que hace a la prueba preliminar de campo, se puede decir otro tanto, porque ésta se efectúa con base en un reactivo utilizado con goteo, situación que permite obtener la reacción con mínimas cantidades.

En esos términos, la porción de tres gramos que prevé la norma aludida por el Ministerio Público (artículo 82 de la Ley 30 de 1986 cuando dice: "Las muestras que se tomen para la peritación por las autoridades mencionadas en el artículo anterior, no podrán exceder de tres gramos por bolsa o recipiente unitario"), ha de entenderse como la cantidad legalmente aconsejable para obtener una muestra muy suficiente a efectos de satisfacer ambos experticios y para dejar, además, una parte adicional como "contramuestra" en caso de requerirse para futuras evaluaciones periciales.

En esas condiciones, el investigador de campo, como ocurre en un sinnúmero de casos similares al que hoy nos convoca, estaba en plenas condiciones de realizar su gestión sin perjudicar el trámite ulterior, es decir, bien podía hacer el análisis de descarte encomendado y dejar suficiente sustancia para ser enviada al laboratorio forense para los fines legalmente establecidos, pero no lo hizo.

Al no existir a la fecha una razón atendible para el proceder que ahora se censura y que es el que finalmente ha dado al traste con la presente investigación, se dispondrá que por secretaría se compulse copia de las piezas procesales pertinentes para efectos de adelantar la investigación disciplinaria correspondiente en contra de la persona que tuvo a su cargo la diligencia de PIPH en el caso concreto.

---

[2]Cfr. www.wikipedia,org./wiki/cromatografía, y www.wikipedia.org./wiki /espectrómetro_de_masas

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, **REVOCA** la decisión apelada y en su lugar se **PRECLUYE** la investigación. Por secretaría compúlsense las copias pertinentes para los fines indicados en el cuerpo motivo de esta providencia.

Esta determinación queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

LEONEL ROGELES MORENO

El Secretario de la Sala,

WILSON FREDY LÓPEZ