REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, veintiséis (26) de mayo de dos mil quince (2015)

ACTA DE APROBACIÓN No 276
SEGUNDA INSTANCIA

Fecha y hora de lectura:	Mayo 27 de 2015, 10:14 a.m.
Imputado:	Jhon Fari Sanz Grajales
Cédula de ciudadanía:	10´011.689 expedida en Pereira (Rda.)
Delito:	Tráfico de estupefacientes
Bien jurídico tutelado:	Salud pública
Procedencia:	Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira (Rda.)
Asunto:	Decide apelación interpuesta por la defensa contra la sentencia de condena de julio 16 de 2014. SE DECRETA NULIDAD

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

1.- HECHOS Y PRECEDENTES

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

1.1.- Dan cuenta los registros, que en enero 10 de 2013 a las 3:50 p.m. en la carrera 10 bis con calle 12 de esta ciudad fue capturado **JHON FARI SANZ GRAJALES** debido a que policiales que realizaban labores de patrullaje le solicitaron una requisa al notarlo en una actitud nerviosa, y éste de manera voluntaria les entregó una bolsa que contenía 30 papeletas de sustancia habana, pulverulenta, con características similares a estupefaciente.

Una vez efectuada la diligencia de P.I.P.H. se determinó que se trataba de cocaína y sus derivados, con un peso neto de 2.8 gramos.

1.2.- A consecuencia de lo anterior y a instancia de la Fiscalía, se llevaron a cabo las audiencias preliminares (enero 11 de 2013) ante el Juzgado Sexto Penal Municipal con función de control de garantías de Pereira (Rda.), por medio de las cuales: (i) se legalizó la aprehensión; (ii) se imputó autoría en el punible de tráfico de estupefacientes (art. 376 inciso 2º del C.P.), verbo rector "llevar consigo"; cargo que el indiciado ACEPTÓ; y (iii) se ordenó la libertad inmediata en atención a que se retiró al solicitud de medida de aseguramiento.

1.3.- En virtud al allanamiento unilateral a los cargos imputados, la actuación pasó al conocimiento del Juez Tercero Penal del Circuito de esta ciudad, autoridad que convocó para la correspondiente audiencia de individualización de pena y lectura de sentencia (junio 18 de 2014 y julio 16 de 2014) por medio de la cual: (i) se declaró penalmente responsable al imputado en congruencia con los cargos formulados y admitidos; (ii) se impuso como sanción privativa de la libertad la de 56 meses de prisión, multa equivalente a 1.75 s.m.l.m.v., e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la sanción privativa de la libertad; y (iii) negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

1.4.- La defensa no estuvo de acuerdo con esa determinación y la impugnó, motivo por el cual el recurso fue concedido en el efecto suspensivo y se dispuso la remisión de los registros ante esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

2.- DEBATE

2.1.- Defensa -recurrente-

Solicita se revoque la determinación adoptada por la primera instancia, y en su lugar se absuelva a su representado de los cargos que le fueron endilgados; subsidiariamente, pide se modifique la sentencia y se le conceda la diminuente consagrada en el artículo 56 del C.P. y la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Como fundamento de sus pretensiones expone:

Si bien hubo un allanamiento a cargos por parte de su defendido desde la formulación de imputación, en la audiencia de individualización de pena y sentencia y en la etapa correspondiente a la aprobación de la aceptación de cargos, presentó argumentos y elementos probatorios que indicaban al juzgador la ausencia de lesividad del punible respecto del cual se allanó el señor **JHON FARI SANZ GRAJALES**, concretamente las entrevistas de NATALIA GARCÍA y LUZ MARINA SANZ, familiares cercanos de su prohijado, y un informe de investigador adscrito a la Defensoría del Pueblo, de acuerdo con los cuales se demostró su condición de consumidor y adicto a las sustancias estupefacientes, situación que justificada la tenencia de la poca cantidad que le fue incautada.

La conducta desplegaba por su prohijado no reúne los requisitos de un ilícito, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 9 del C.P., en atención a que no se cumple con el presupuesto de la antijuridicidad material, ya que al analizar su condición personal de adicto a los estupefacientes, lo que lo llevó a consumir incluso basuco y pegante, y generó desarraigo de su entorno familiar, laboral y social. Adicionalmente, la situación fáctica referida por el titular de la acción penal, aunado a que llevaba consigo la mínima cantidad de sustancia, permitía inferir de manera razonable que era para su consumo. Siendo así no vulneró el bien jurídico tutelado, como lo es la salud pública, sino que únicamente lesionó su propia salud, en una decisión autónoma y voluntaria para satisfacer su adicción.

De esa manera la pena impuesta no se ajusta a la ley, toda vez que al no haber conducta punible, no puede haber como respuesta del Estado la imposición de una sanción, por ello el fallo dictado desconoce los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. Lo aconsejable es una política de prevención y asistencia terapéutica a estos ciudadanos, ya que se trata de verdaderos enfermos.

El fallador pretendió juzgar al procesado por unos hechos diferentes al hacer referencia a la razón por la cual se encuentra detenido en la actualidad, y también por un verbo distinto al que se le imputó, cuando resaltó sobre la forma como estaba empacada la sustancia y que la cantidad que portaba no coincidía con la cantidad que dijo consumir a diario; sin embargo, de esas circunstancias no necesariamente se llega a la conclusión de que estaba distribuyendo y que no era para su propio uso, puesto que también se podría inferir que era su dosis de aprovisionamiento, la cual no pasaba de manera significativa la dosis personal.

El juez debe analizar el caso concreto de acuerdo con los elementos probatorios allegados y la imputación hecha por la Fiscalía, porque si a su defendido no se le endilgó un verbo diferente a llevar consigo es porque la titular de la acción penal no tenía posibilidad de encuadrar lo fáctico en cualquiera otra de las conductas descritas en el artículo 376 del C.P., como la venta, el expendio.

El señor **JHON FARI** gastaba todo lo que ganaba en drogas, dejó su trabajo y se dedicó únicamente a consumir, y pese a la ayuda de sus seres queridos nunca se pudo rehabilitar y volvió a caer. Perdió su familia y su trabajo por la drogas, por lo que a marginalidad está enmarcada en la indiferencia y rechazo propio por el consumo de alucinógenos que hace el conglomerado social.

Existe un nexo causal entre la conducta desplegada por su representado, como lo fue el portar la mínima cantidad estupefaciente que le fue hallada, y su condición de adicto y consumidor.

2.2.- Los sujetos procesales no recurrentes no se pronunciaron dentro del término que les fue concedido.

3.- Para resolver, SE CONSIDERA

3.1.- Competencia

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906/04 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395/10-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la defensa-.

3.2.- Problema jurídico planteado

Se contrae básicamente a establecer si se cumple el requisito del interés jurídico para impugnar el fallo de primer grado en lo atinente a la supuesta no antijuridicidad material de la conducta atribuida, no obstante haberse presentado allanamiento a los cargos. En caso de considerarse positiva esa posibilidad, se determinará cuál debe ser la decisión que debe adoptar la Sala en tal sentido. De no prosperar la solicitud principal de la defensa, se procederá a analizar la petición subsidiaria consistente en el reconocimiento

de la circunstancia de marginalidad que se pregona en favor del acusado y la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

3.3.- Solución a la controversia

Lo primero a decir, es que esta Colegiatura con apoyo en precedentes de la H. Corte Suprema de Justicia ha reiterado que tratándose de sentencias proferidas con ocasión de preacuerdos o allanamiento a cargos, se debe examinar: (i) el interés para recurrir; y (ii) los temas sobre los cuales puede versar el recurso.

Al respecto en sentencia CJS SP, 22 jul. 2010, rad. 33817, el órgano de cierre ha referido sobre el tema lo siguiente:

> "[…] En tal actuación y en el marco del principio de lealtad que las partes deben acatar, por surgir la aceptación de cargos de un acto unilateral del procesado, que decide allanarse a los que le fueron formulados en la audiencia imputación con el fin de obtener una rebaja significativa en el quantum de la pena –como ocurre en este caso–, no hay lugar a controvertir con posterioridad a la aceptación del allanamiento por parte del Juez, **la lesividad del comportamiento**, o a aducir causales de justificación o de inculpabilidad.
>
> En otras palabras, luego de que el Juez de control de garantías acepta el allanamiento por encontrar que es voluntario, libre y espontáneo, no es posible retractarse de lo que se ha admitido y el Juez de conocimiento debe proceder a señalar fecha y hora para dictar sentencia e individualizar la pena (artículos 131 y 294 de la ley 906 de 2004). En consecuencia, es incompatible con el principio de lealtad, toda impugnación que busque deshacer los efectos del acuerdo o la aceptación de la responsabilidad.
>
> Por lo mismo, y es una primera conclusión, la demandante **carece de interés para controvertir en sede de casación** (y desde luego también en las instancias) **aspectos relacionados con el injusto y su responsabilidad**. En consecuencia, la Corte se abstendrá de considerar, por esas razones, el tercer cargo de la demanda.
>
> Ahora bien, si la aceptación de los cargos corresponde a un acto libre, voluntario y espontáneo del imputado, que se produce dentro del respeto a sus derechos fundamentales y que como tal suple toda actividad probatoria que permite concluir más allá de toda duda razonable que el procesado es responsable de la conducta, el Juez **no tiene otra opción que dictar sentencia siendo fiel al marco fáctico y jurídico fijado en la audiencia de imputación**.

> De ello se sigue una segunda conclusión: **el procesado tiene facultad para discutir en apelación y posteriormente alegar en casación la vulneración de sus garantías fundamentales, el quantum de la pena y los aspectos operacionales de la misma**, aspecto éste último que le está vedado controvertir a quien preacuerda con la fiscalía los términos de su responsabilidad y el quantum de la pena, siempre y cuando el Juez, como le corresponde, los haya respetado (inciso 4 del artículo 351 ley 906 de 2004)".

Igualmente sobre el tópico la H. Corte Constitucional en la sentencia C-1192/05 expuso:

> "[…] Una vez realizada la manifestación de voluntad por parte del imputado, en forma libre, espontánea, informada y con la asistencia del defensor, de modo que sean visibles su seriedad y credibilidad, **no sería razonable que el legislador permitiera que aquel se retractara de la misma, sin justificación válida y con menoscabo de la eficacia del procedimiento aplicable** y, más ampliamente, con detrimento de la administración de justicia, como lo pretende el demandante.
> […]
> Por otra parte, en lo concerniente a la determinación de dicha responsabilidad y la consiguiente condena en la sentencia, es evidente que el fundamento principal es la aceptación voluntaria de aquella por parte del imputado, lo cual en el campo probatorio configura una confesión, de modo que se puede deducir en forma cierta que la conducta delictiva existió y que aquel es su autor o partícipe […]".

Con fundamento en los anteriores precedentes, podría determinar el Tribunal que en el caso sometido a estudio no se cumplió el requisito del interés jurídico para recurrir el fallo en lo que tiene que ver con la controversia de la antijuridicidad de la conducta, ya que la profesional del derecho que representa los intereses del señor **SANZ GRAJALES** interpuso recurso de apelación contra una sentencia que se edificó con base en la decisión de éste de allanarse a los cargos de manera libre, consciente y voluntaria, en la que además se verificó el principio de mínima actividad probatoria frente a la demostración material de la conducta punible investigada.

No obstante, observa la Colegiatura que lo pretendido debe entenderse como una retractación del allanamiento a cargos, lo cual por regla general no es viable de acuerdo con los postulados del principio de irretractabilidad consagrado en el artículo 293 C.P.P., sino únicamente en el evento de demostrarse que se afectaron derechos o garantías fundamentales del procesado, lo cual si bien no fue expuesto de manera expresa por la defensa, es lo que se infiere que pretende demostrar con su argumentación, y en tal

eventualidad el caso amerita un trato diferente y se habilita a la parte para interponer la alzada.

Bajo esos parámetros, en criterio de la magistratura se incurriría en la vulneración del debido proceso, y en especial del principio de presunción de inocencia, el no haberse acreditado la totalidad de los requisitos necesarios para imponer una sentencia de condena, no obstante mediar un allanamiento a cargos.

Lo anterior, por cuanto la censura está dirigida expresamente a la falta de antijuridicidad material de la conducta, ya que la togada recurrente sostiene que no se quebrantó el bien jurídico de la salud pública con el comportamiento del hoy judicializado, en cuanto es una persona adicta a los estupefacientes que para la época de los hechos era habitante de la calle, y la cantidad incautada es mínima, era su dosis de aprovisionamiento, es decir, únicamente para su consumo.

En reciente decisión[1] esta Sala precisó al respecto:

> "[…] Por lo tanto, se puede incurrir en una vulneración de los derechos y garantías fundamentales de un Procesado, que implicaría un avasallamiento del debido proceso, cuando el encausado se ha visto avocado a allanarse a los cargos que le han sido proferidos en su contra por incurrir en una conducta que en esencia no podía ser catalogada como punible, ya sea por ausencia de antijuridicidad, por atipicidad, etc…
>
> Tal situación relacionada con el desconocimiento de garantías fundamentales, habilitaría a la Defensa para que acorde con las voces del parágrafo del artículo 293 C.P.P. válidamente pueda de manera excepcional retractase de una aceptación de cargos, como bien lo ha admitido la Corte […]
>
> Luego, al estar demostrado que la tesis propuesta por la Defensa en la alzada, a pesar de conllevar una revocatoria, la misma está relacionada con la vulneración de derechos y garantías fundamentales, tal situación, en opinión de la Sala, válidamente le abriría las puertas de la segunda instancia, dejando de esa forma en la vera del camino cualquier tipo de dudas respecto de su legitimación para actuar como recurrente […]".

Al estar claro que sí es procedente definir de fondo lo planteado en la impugnación con relación a la falta de lesividad de la conducta endilgada al juudicializado, debe en primer lugar determinarse cuál ha sido la posición del Tribunal sobre este tópico.

---

[1]Auto del marzo 26 de 2015, radicación. 66001-60-00-035-2012-03717-01 M.P. Manuel Yarzagaray Bandera.

Hasta hace muy poco se había sostenido, con fundamento en los precedentes jurisprudenciales de la H. Corte Suprema de Justicia[2], que lo de ser o no consumidor de estupefacientes era algo que únicamente interesaba para aquellos casos en que se estaba ante la incautación de una cantidad que no superaba la dosis personal o de aprovisionamiento; es decir, contrario sensu, que cuando esa cantidad era superior a la dosis permitida, se presumía de pleno derecho que con tal comportamiento se vulneraba de manera eficaz y efectiva el interés jurídicamente protegido[3].

No obstante, la H. Corte Suprema de Justicia -sentencia SP15519-2014 radicación N° 42617- varió sustancialmente esa posición en el sentido de entender que la presunción de antijuridicidad en los portes de sustancias que exceden el límite de lo permitido como delito de peligro abstracto, es legal -iuris tantum- y no de derecho -iuris et de iure-, a consecuencia de lo cual admite prueba en contrario. Algunos apartes pertinentes de esta determinación son los siguientes:

> "La posición uniforme de la Corte en relación al porte de estupefacientes destinado al consumo se puede sintetizar así: **si la cantidad que se lleva consigo sobrepasa ligeramente la dosis legal de uso personal carecerá de lesividad por su insignificancia. Un exceso superior, aun cuando sea para el propio consumo, siempre será antijurídico porque hace presumir –de derecho-** el riesgo para la salud pública, el orden socioeconómico y la seguridad pública, tal y como se afirmó en la decisión proferida el 17 de agosto de 2011, Rad. 35978. En ese orden, **se tendría que cuando el exceso es mínimo la presunción de antijuridicidad es *iuris tantum* porque admite prueba en contrario, como la del fin de consumo, mientras que cuando el exceso es mayor la presunción es *iuris et de iure* porque no admite controversia probatoria alguna**.
>
> […]
>
> Así las cosas, **el porte de estupefacientes en una cantidad superior a la establecida legalmente como dosis de uso personal, es una conducta típica que se presume antijurídica**. Sin embargo, como quiera que **tal presunción ostenta carácter *iuris tantum*, la prueba de que su destino es el consumo estrictamente personal sin que apareje interferencia en derechos ajenos** (orden socio-económico o la seguridad pública), **desvirtúa tal suposición legal y, por ende, excluye la responsabilidad penal**. En consecuencia, **la cantidad de estupefaciente** que se lleve consigo **no es el único elemento definitorio de la antijuridicidad**, **sino sólo uno más de los que habrán de valorar los juzgadores** a fin de determinar la licitud de la finalidad del porte.
>
> Esta tesis no implica un cambio rotundo en la línea jurisprudencial que se traía, por cuanto, como se vio al principio, ésta ya había despejado el camino para admitir que el porte para el consumo no vulnera los bienes jurídicos protegidos y que (en algunas ocasiones) la prueba de tal circunstancia excluía la antijuridicidad de la conducta. Por el contrario, al argumento medular que se

[2] *C.S.J.*, casación penal del 18-11-08, radicación 29.183, al expresar, *C.S.J.*, casación penal del 08-07-09, radicación 31531.
[3] Ver entre otras la sentencia de agosto diecisiete (17) de 2011. Proceso # 35978.

venía sosteniendo hace casi 10 años (falta de antijuridicidad del porte de estupefacientes en algunos eventos), se le hacen producir todos los efectos que conlleva de manera plena y no parcial, como antes. Además, la tesis se ajusta de mejor manera al espíritu y al tenor del panorama constitucional que en relación al consumidor de drogas rige a partir del año 2009 [….]"[4].

Dicho precedente fue aplicado por esta Sala en reciente decisión, en los siguientes términos:

"[…] En resumidas cuentas, según el pensamiento de la Corte, a partir de los lineamientos trazados en el antes enunciado precedente jurisprudencial, en los casos de exceso de la dosis personal, en un principio ya no tendría ninguna trascendencia la cantidad de la sustancia estupefaciente, sino el uso o la destinación que se le vaya a dar a la misma, la cual en caso de acreditarse que iba ser destinada para el consumo repercutiría para que dicho comportamiento no pueda ser considerado como punible por ausencia de antijuridicidad. Pero es de anotar que de la cantidad de sustancia estupefaciente pueden surgir indicios con los cuales válidamente se pueda inferir que el destino de los narcóticos no es para el consumo sino para otros menesteres, Vg. El expendio o la distribución a terceros. Finalmente, al considerar, por parte de la Corte, que es legal la presunción de lesividad que al interés jurídicamente protegido podría generar tales excesos, la misma seria susceptible de ser desvirtuada mediante prueba en contrario.

Tomando lo antes enunciado como marco conceptual, al ser traspolado al caso en estudio, observa la Sala que en efecto la Defensa cuando vanamente pretendió retractarse del allanamiento a cargos, adujo una serie de elementos de juicio con los cuales se estableció que al Procesado le fueron vulnerados sus derechos y garantías fundamentales al allanarse a los cargos que le fueron endilgados en su contra por la comisión de un delito que eventualmente no debía ser catalogado como punible como consecuencia de la condición de adicto del acusado y que las sustancias estupefacientes que le fueron incautadas, las cuales no excedían dentro de lo irracional los topes legalmente permitidos para la dosis personal, iban a ser utilizadas para su consumo personal[5]. Lo que probablemente permitiría colegir, acorde con el nuevo panorama jurisprudencial antes aludido, dicho proceder no tendría ningún tipo de relevancia ni de transcendencia para el Derecho Penal por quedar comprendido dentro del campo de la esfera íntima del acriminado, sin que se afectara derechos de terceros u otros interés jurídicamente protegidos. […]"[6]

---

[4] C.S.J., casación penal del doce (12) de noviembre 2014. Rad. # 42617. negrillas fuera del texto.
[5] Es de anotar que a pesar que el encausado le comentó al psicólogo forense que una parte de los narcóticos la tenía destinada para consumirla con otro adicto, tal situación en nada demerita el destino o el uso personal que el procesado pensaban darle a dichos estupefacientes y más por el contrario lo colocaría dentro de la modalidad de la dosis de aprovisionamiento conocida por la doctrina como **"dosis compartida"**.
[6] Auto del marzo 26 de 2015, radicación. 66001-60-00-035-2012-03717-01 M.P. Yarzagaray Bandera.

En consonancia con lo anterior, al analizar lo concerniente al caso sometido a estudio, encuentra esta Colegiatura que lo alegado por la defensa entraña una discusión de fondo en cuanto a si en verdad el comportamiento atribuido es o no antijurídico, para cuyo efecto se han traído a colación elementos de convicción sumarios que deberán ser debatidos en juicio para corroborar o desvirtuar tales aseveraciones.

Y si lo anterior es así, como en efecto lo es, se encuentra imposibilitado el Tribunal para finiquitar el trámite con un fallo de condena con fundamento en la figura de la terminación anormal del proceso por allanamiento unilateral a los cargos, toda vez que de proceder en esa dirección se estaría violando el derecho fundamental al principio de inocencia.

Es sabido entonces, que de conformidad con la actual jurisprudencia que marca un nuevo hito en la materia objeto de controversia, es CARGA PROBATORIA DE LA DEFENSA desvirtuar la presunción legal de antijuridicidad de la conducta que existe al haber superado la sustancia incautada la cantidad de la dosis permitida. Y en ese escenario, lo que se debe sobrevenir por tanto es la nulidad desde la admisión de los cargos a efectos de que el procedimiento continúe por la senda de un trámite ordinario a la espera de la realización del correspondiente juicio oral.

ANOTACIÓN FINAL

Se llama la atención de la defensa para que informe e ilustre debidamente al procesado en el sentido de que el trámite a seguir al haberse decretado la nulidad de la aceptación de cargos, sería la realización del rito ordinario con la correspondiente audiencia de juicio oral; en consecuencia, en caso de que eventualmente llegare a ser condenado no tendría derecho a rebaja alguna por allanamiento a cargos.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de decisión Penal, **DECRETA** la nulidad de lo actuado a partir del momento en el que el imputado **JHON FARI SANZ GRAJLES** se allanó a los cargos por el punible de tráfico de estupefacientes en la audiencia de formulación de imputación realizada en enero 11 de 2013 ante el Juzgado Sexto Penal Municipal con función de control de garantías de esta capital; y, en consecuencia, se dispone que se adelanten todas las etapas procesales correspondientes al trámite ordinario.

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

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ