El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Acusados: Mario Alberto Giraldo Cardona y Víctor Alfonso López Purlgarin

Delito: Trafico, Fabricación o Porte de Estupefacientes

Radicación 66594 60 00 063 2016 00349 01

Asunto: Apelación auto que no accede a la Preclusión

Magistrado Ponente:  Manuel Yarzagaray Bandera

**Temas: TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES/** **TERMINACIÓN DEL PROCESO -PRECLUSIÓN DE LA ACCIÓN PENAL-/ CONDUCTA ATÍPICA/ LA FISCALÍA NO PROBÓ EL CONSUMO PERSONAL O EL USO RECREATIVO DE LOS NARCÓTICOS POR PARTE DE LOS ACUSADOS/ PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CONFIRMA –NO SE ACCEDE PRECLUSIÓN DE LA ACCIÓN.**

Bajo esa óptica, se tiene que la Fiscalía presentó dos argumentos centrales para solicitar la preclusión del presente asunto bajo la egida de la causal de la atipicidad, a pesar de que ya había acusado formalmente a los Procesados, en primer lugar que estas personas son consumidoras de estupefacientes y por ende lo que les fue encontrado el día de su aprehensión era para su consumo; en segundo lugar, señaló la imposibilidad de poder demostrar que los encartados llevaban con ellos el alcaloide para su distribución o venta.

(…)

Frente al primer argumento esgrimido por el Delegado de la FGN, no es de recibo para la Sala, por cuanto este no está sustentado en ningún tipo de elemento material probatorio que pueda poner en duda o crear fisuras en los demás medios de conocimiento con los cuales el Ente Acusador en su libelo acusatorio edificó el juicio *de probabilidad de verdad* sobre la existencia del delito y la eventual autoría de los Procesados, lo que hace evidente que esa afirmación efectuada por el Fiscal recurrente se está basando en meras suposiciones, y que por ende no pueden ser consideradas como prueba suficiente de que los acusados efectivamente sean consumidores de bazuco u otro estupefaciente y que el día de los acontecimientos llevaban con ellos tal cantidad de alucinógenos como su dosis de aprovisionamiento.

(…)

Ahora bien, frente al segundo tema propuesto por el recurrente, es de anotar que para la Sala no es ajena la línea jurisprudencial plateada por la Sala de Casación Penal de la CSJ a partir de la expedición de la sentencia de casación del 9 de marzo de 2016, SP2940-2016, radicado 41760, en la que se estableció que el delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de porte o de llevar consigo, presenta un ingrediente subjetivo del tipo, el cual consiste en la intención o el propósito del sujeto agente, por lo que si el mismo está relacionado con el consumo personal del encausado, dicha conducta deviene en atípica. Es de anotar, que a esa línea jurisprudencial, a partir de la sentencia del 15 de marzo de 2017, esto es la SP3605-2017, radicado 43725, se le adicionó una especie de subregla, en virtud de la cual se adujo que la carga de la prueba para demostrar la finalidad diversa del consumo personal o del uso recreativo de los narcóticos le corresponde es a la Fiscalía.

(…)

Con base en lo que viene diciéndose, y teniendo en cuenta lo argüido por el recurrente en sus intervenciones, es claro que él considera que con los elementos probatorios que tiene en su haber no podría demostrar que la intención de los Procesados, al llevar consigo las 87 papeletas de bazuco, era su comercialización o expendio, lo que a su vez tornaría en ilógico continuar con el juicio, por lo que en sentir del apelante vendría siendo obvio que la decisión del Juez del Conocimiento bajo esa perspectiva sería la de absolver a los acusados, razonamientos que considera la Colegiatura como inválidos debido a que con los mismos, sin mayor razón, se desconocería de tajo los presupuestos con los cuales se edificó la acusación, los que, como ya se dijo, se cimientan sobre *una probabilidad de verdad* respecto de la existencia del delito y de la participación del sujeto agente. Presupuestos estos, que como consecuencia del principio de progresividad[[1]](#footnote-1), como ya se dijo, solo pueden ser afectados o socavados como consecuencia de una prueba sobreviniente, la cual en momento alguno se ha presentado en el *subexamine*. Por ello es que la Colegiatura es de la opinión consistente en que en el presente asunto la Fiscalía no cumplió con los deberes probatorios que le asistían para demostrar la causal invocada, dejando entonces tanto al *A quo* como al *Ad quem* sin elementos de los cuales echar mano para tomar una decisión contraria a negar sus pretensiones.

En ese orden de cosas, lo que se tiene en el presente asunto es una solicitud de preclusión carente de sustento probatorio alguno y basada exclusivamente en los recientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia frente al tema del porte de estupefacientes en la modalidad de llevar consigo, y en las suposiciones que hace el señor Fiscal respecto a la condición de adictos a los alucinógenos de los procesados, sin que existiera prueba alguna que demostrara tal calidad.

(…)

De acuerdo a todo lo dicho, se hace evidente que esta Colegiatura deba confirmar la decisión proferida por el Juzgado *A quo*, porque acá no se trata, como quizás lo entienden algunos, de penalizar o castigar a un adicto a los estupefacientes por esa condición, sino que lo que se busca es evitar que ante la insistencia de un Fiscal, quien ha hecho todo lo que ha estado a su alcance para evitar que el procesado VÍCTOR ALFONSO LÓPEZ PULGARÍN sea llevado a juicio, unas personas, como consecuencias de una aplicación acomodaticia de los nuevos lineamientos jurisprudenciales habidos respecto de la naturaleza jurídica del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo, salgan favorecidas con la preclusión del proceso, sin que se cumplan los presupuestos probatorios que son necesarios para la procedencia de esa modalidad de terminación anormal de los procesos penales.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**AUTO INTERLOCUTORIO DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado por Acta No. 717 del 29 de agosto de 2018. H: 1:30 p.m.

Pereira, treinta (30) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Hora: 10:20 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación: | 66594 60 00 063 2016 00349 01 |
| Acusados: | Mario Alberto Giraldo Cardona y Víctor Alfonso López Purlgarin |
| Delitos: | Trafico, Fabricación o Porte de Estupefacientes  |
| Asunto:  | Apelación auto que no accede a la Preclusión. |
| Procede: | Juzgado Único Promiscuo del Circuito Quinchia – Risaralda |
| Decisión: | Confirma auto recurrido. |

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de una decisión proferida por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Quinchia el 17 de julio del año que avanza, en la cual no se accedió una petición de preclusión deprecada por el Ente Acusador dentro de la investigación penal que se le sigue a los señores **MARIO ALBERTO GIRALDO CARDONA Y** **VICTOR ALFONSO LOPEZ PULGARIN**,por incurrir presuntamente en la comisión del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

**ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL:**

Los hechos que dieron origen a la presente investigación tuvieron ocurrencia el 23 de noviembre de 2016, a las 20:45 horas, en el corregimiento Naranjal del municipio de Quinchía, cuando miembros del Comando de Policía de esa localidad, sobre la vía que conduce de ese municipio al corregimiento de Irra, se encontraban realizándole a varios miembros de la comunidad un procedimiento de requisa y solicitud de antecedentes. Durante el ejercicio de esas labores los policiales se percataron de la presencia de una motocicleta, en la cual se transportaban dos personas quienes al darse cuenta de su presencia asumieron una actitud sospechosa. Fue así como de manera inmediata los policiales les realizaron la señal de pare y cuando se estaban acercando a ellos, observaron que el parrillero arrojó al suelo un paquete de color negro, el cual fue recogido de inmediato por el PT. CARLOS MARTÍNEZ, verificándose que en su interior contenía unas envolturas de papel cuaderno, las que presentaban un olor característico a sustancia estupefaciente, en ese momento los ocupantes de la motocicleta emprendieron la huida y sin perderlos de vista fueron alcanzados más adelante por los Policías durante una persecución.

Así las cosas, los sospechosos fueron capturados y en su presencia se verificó el contenido de la bolsa, hallándose en su interior ochenta y siete (87) envolturas de papel cuaderno que contenían una sustancia pulverulenta de color habano con características similares a estupefacientes, la que luego de ser sometida a la prueba del PIPH, resultó ser cocaína y sus derivados, arrojando un peso neto de 14.9 gramos.

El día 24 de noviembre de 2016, el Juzgado Promiscuo Municipal de Quinchia, con función de Control de Garantías, realizó las audiencias preliminares de legalización de captura e imputación de cargos, en las que a los ciudadanos MARIO ALBERTO GIRALDO CARDONA Y VICTOR ALFONSO LOPEZ PULGARIN se le endilgaron cargos por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, contenido en artículo 376 inciso segundo del C.P. bajo el verbo rector *“vender”.* A su vez la Fiscalía optó por retirar la solicitud de imposición de medida de aseguramiento por considerar que no se reunían los requisitos subjetivos para la misma, razón por la que los procesados fueron puestos en inmediata libertad.

El escrito de acusación se presentó el 24 de febrero de 2017, llevándose a cabo la diligencia para tales efectos el 24 de mayo de ese mismo año ante el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Quinchia. En esa audiencia la Fiscalía informó que trocaría los cargos endilgados a los acusados en la audiencia preparatoria, los que ya no serían por el delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de “venta” sino en la de “llevar consigo”. Así las cosas, el día 21 de noviembre de 2017 se inicio la audiencia preparatoria y en ella la Fiscalía manifestó que en favor del procesado VÍCTOR ALFONSO LÓPEZ PULGARIN había solicitado la aplicación del principio de oportunidad dada su colaboración en la desarticulación de bandas dedicadas a la venta de estupefacientes de la localidad de Quinchía, y que tal petición estaba en trámite en la ciudad de Bogotá D.C. por tal motivo solicitó posponer la audiencia con el fin de conocer la respuesta que se daría ante lo solicitado. Frente a ese pedido, el *A quo* fijó como nueva fecha de la audiencia preparatoria el 17 de julio de 2018, momento en que se debería dar a conocer si el Fiscal General de la Nación accedería o no a la aplicación del principio de oportunidad, pues de ser así, ello implicaría la ruptura de la unidad procesal.

Llegada la fecha arriba señalada, se concedió el uso de la palabra a la Fiscalía, quien informó que de acuerdo a la resolución # 0413 del 14 de abril del año que avanza, se negó la aplicación del principio de oportunidad a favor de VÍCTOR ALFONSO LÓPEZ PULGARIN. Dado lo anterior, la Fiscalía solicitó al Despacho la preclusión de la investigación a favor de los procesados MARIO ALBERTO GIRALDO CARDONA Y VÍCTOR ALFONSO LÓPEZ PULGARIN, indicando como respaldo el artículo 11 del Código Penal y la causal del # 1º del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal; para ello, después de hacer un recuento de los hechos indicó que dentro de las labores investigativas que realizó el Ente Acusador, se estableció mediante prueba de PIPIH que la sustancia incautada era positiva para cocaína y sus derivados con un peso neto de 14.3 gramos, pero que a pesar de ello, en el caso del señor VÍCTOR ALFONSO LÓPEZ PULGARIN, existe un atenuante y es que él en reiteradas ocasiones ha colaborado con la justicia en casos que han sido muy positivos para contrarrestar el tráfico de estupefacientes en esa región. Por ello, considera el Fiscal Delegado que después de analizar los anteriores elementos es muy importante tener en cuenta que en realidad la conducta desplegada por los encartados no afectó mucho el núcleo esencial de la salud pública, toda vez que no se ha detectado que la sustancia que transportaban fuera destinada para la comercialización o un potencial suministro, mucho menos para la venta, y más bien se puede considerar que con ella lo que pretendían era desbarajustar su propia salud, pero no la de su entorno como lo exige el articulo 11 del la Ley 599 de 2000. Aunado a ello, señaló que hasta el momento no ha podido obtener elementos probatorios para demostrar que ese narcótico tuviera como fin su venta, por cuanto al parecer los procesados son adictos a esa sustancia estupefaciente, de tal manera, señaló que con los elementos con los que cuenta la Fiscalía no se puede demostrar más allá de toda duda razonable que el porte de ese estupefaciente fuera para un fin distinto que al de su consumo personal.

Por último, indicó que la conducta es atípica teniendo en cuenta las ultimas decisiones de la Corte Suprema de Justicia, pues de acuerdo a ello, acá no se reúnen los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, puesto que hoy en día la antijuricidad hace parte de la atipicidad, la cual comprende el estado objetivo, descripción legal y antijuridicidad, y el subjetivo el dolo, la culpa y la preterintención; de tal manera, y toda vez que se debe resolver desde el punto de vista de la atipicidad y no de la antijuridicidad, entonces la Fiscalía esta en imposibilidad de continuar con la investigación dado a que no cuenta con las facultades para derrumbar la presunción de inocencia de los imputados, y por esta razón considera necesario la preclusión y el archivo definitivo de la misma.

El Defensor, expresó su voluntad de coadyuvar la solicitud del Delegado Fiscal, puesto que no existen mas elementos materiales que demuestren que esta sustancia fuera a tener un destino distinto a su consumo personal.

Escuchadas las intervenciones, el Juzgado *A quo* decidió no acceder a la petición elevada por la Fiscalía, quien posteriormente interpuso el recurso de

**EL AUTO OPUGNADO:**

Como se dijo anteriormente se trata de la decisión tomada por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Quinchía en desarrollo de la audiencia llevada a cabo el 17 de julio del presente año, mediante la cual, después de hacer un esbozo de lo acontecido dentro del proceso materia del presunto delito, decidió no acceder a la petición de preclusión de la acción penal solicitada por la Fiscalía.

Los argumentos expuestos en el proveído confutado, pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

* Es cierto que teniendo en cuenta la evolución jurisprudencial que se le ha dado al porte de estupefacientes, se tiene que en la actualidad para ser procedente su sanción, la Fiscalía tiene por obligación demostrar que el porte era con fines de distribución, de lo contrario, si no se logra acreditar esa circunstancia hay lugar a la preclusión de la investigación penal por no demostrarse su tipicidad.
* Se tienen por cierto que los señores MARIO ALBERTO GIRALDO CARDONA Y VÍCTOR ALFONSO LÓPEZ PULGARIN, portaban consigo 14.9 gramos de estupefaciente, distribuidos en 87 envolturas de papel cuaderno, sustancia que después de ser evaluada por el laboratorio químico del CTI arrojó ser positivo para cocaína.
* Considera el *A quo* que contrario a lo dicho por la Fiscalía, en este asunto si se dan las condiciones para deducir que el estupefaciente incautado a los Procesados tenía como fin la comercialización, y por tanto se acredita ese ingrediente subjetivo tácito que entraña el verbo rector de llevar consigo, lo que implica que la conducta desplegada por ellos sí es típica y antijurídica.
* Aunado a lo anterior, parece ser que el señor Fiscal ha pasado por alto lo que él mismo consignó en el escrito de acusación, en donde se lee claramente que la sustancia incautada a los acusados se encontraba debidamente dosificada en “bichas” de bazuco (cocaína y sus derivados), que en total eran 87 y que la cantidad que pesaban todas estas en total 14.9 gramos, excede ostensiblemente la dosis mínima permitida para esta sustancia, lo que permite entrever que esta sustancia estaba destinada a su comercialización, puesto que si su fin era el consumo por parte de los encartados o para su aprovisionamiento, la misma no estaría dosificada de esa manera.
* No se allegaron por parte de la Fiscalía elementos que demostraran que el porte de esa sustancia tenía como único fin el consumo personal de los indiciados, tal y como lo infiere la Fiscalía, ni mucho menos se acreditó que esas personas tengan la calidad de consumidores de estupefacientes.
* La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en ningún momento con sus recientes pronunciamientos ha despenalizado el porte de estupefacientes, lo que ha hecho es agregarle un ingrediente subjetivo tácito al tipo penal, mediante el cual se le impone a la Fiscalía el deber de demostrar o acreditar que la sustancia incautada es para la comercialización.
* En cuanto a la antijuridicidad, consideró el *A quo*, que el hecho de que los Procesados llevaran consigo 87 “bichas” de bazuco o de cocaína, con ello necesariamente se le iba a crear un daño potencial a la salud pública que es el bien jurídico que protege este tipo penal.
* Está en cabeza del Delegado Fiscal determinar la verdadera destinación de la sustancia incautada, toda vez que para la solicitud de preclusión y el archivo definitivo de la investigación se deben contar con factores determinantes que acrediten la atipicidad de la conducta.

**LA ALZADA:**

**- La Fiscalía como recurrente**, en primer lugar indicó que es su deber determinar si con los elementos materiales de prueba obtenidos en la investigación es posible establecer la tipificación de la conducta punible de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, es decir, precisar si la sustancia incautada era para el consumo personal de los procesados o si por el contrario era para su distribución y comercialización.

Por consiguiente, resalta el Delegado Fiscal que con los elementos de prueba con que cuenta, no se logra derrumbar la presunción de inocencia de los imputados, pues la Fiscalía no cuenta con más elementos que puedan dar certeza de que el porte de la sustancia que fuera hallada en poder de los Procesados tuviera un fin distinto al de su consumo personal, y no se puede entrar a presumir que la misma iba a ser distribuida solamente porque estaba repartida en pequeñas dosis, pues ello no es lo que dice la jurisprudencia, pues recuérdese que en la sentencia # 50512 de este año, en el caso que fuera analizado por la CSJ, el encartado llevaba una cantidad superior a esos 14.9 gramos que llevaban los Procesados en este asunto, y también estaba dosificada, y sin embargo la Corte pudo determinar que si la Fiscalía no tiene como demostrar que la sustancia era para la venta, independientemente que vaya dosificada, entonces el proceso se debe precluir por atipicidad de la conducta.

Bajo estas circunstancias, la Fiscalía afirma no tener más elementos que puedan demostrar más allá de toda duda la tipicidad de la conducta que hoy se investiga, por lo anterior, solicita al Tribunal que se tengan en cuenta todos los elementos de prueba y las causales invocadas para que se revoque la decisión de primera instancia y se dé lugar a la preclusión de esta investigación.

**- La Defensa como no recurrente**, coadyuva en su totalidad la alzada deprecada por el Delegado Fiscal, toda vez que de acuerdo a los elementos materiales aportados por el Ente Acusador no se cuenta con ninguno que demuestre que la sustancia que fuera hallada en poder de sus representados tenía un fin de distribución, por lo cual le sería imposible a la FGN demostrar en un juicio oral el nexo causal entre ese porte de estupefacientes y la venta de estos.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- COMPETENCIA:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de un auto proferido en primera instancia por un Juzgado Promiscuo que hace parte de uno de los Circuitos que integran este Distrito Judicial.

De igual manera no se encuentra irregularidad procesal que haga cortapisa al análisis de fondo y en su lugar se deba declarar oficiosamente la nulidad de la actuación.

**- PROBLEMA JURÍDICO:**

De lo acontecido, colige la Sala que nos ha sido propuesto el siguiente problema jurídico:

¿Se debe decretar la preclusión de la acción penal iniciada en contra de los señores MARIO ALBERTO GIRALDO CARDONA Y VÍCTOR ALFONSO LÓPEZ PULGARÍN, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, verbo rector “llevar condigo”, acorde con la causal de la atipicidad, por cuanto no existe prueba alguna que demuestre que el alcaloide hallado en su poder tuviera como fin la distribución o comercialización?

**- SOLUCIÓN:**

Antes de resolver el problema jurídico, es importante recordar que tanto el artículo 250 de la Constitución Política y el 200 de la Ley 906 de 2004, ha puesto en cabeza de la Fiscalía General de la Nación el ejercicio de la acción penal en virtud de la cual debe investigar los hechos con posibles connotaciones punibles, siempre y cuando obtenga elementos de juicio suficientes sobre su probable configuración.

En consonancia con lo anterior, la Ley 906 de 2004 prevé que cuando la Fiscalía no encuentre mérito para acusar, deberá acudir al juez de conocimiento para solicitar la preclusión de la investigación, según las causales previstas en la ley, toda vez que en el actual sistema penal acusatorio el Ente Persecutor no cuenta con funciones jurisdiccionales, lo que implica que la definición del proceso es una potestad adscrita al juez mediante el control de la aplicación del principio de oportunidad, la declaratoria de la preclusión del proceso, o la sentencia.

En ese orden de ideas, los artículos 331 a 335 de dicho estatuto regulan la preclusión de la investigación estableciendo que puede ser decretada por el juez de conocimiento en cualquier etapa procesal, a instancias de la Fiscalía, incluso antes de la formulación de la imputación, cuando encuentre acreditada una de las situaciones contempladas en el artículo 332 del C.P.P. También procede la preclusión en cualquier etapa del trámite si se llegase a presentar alguno de los motivos de extinción de la acción penal del artículo 77 del Código Penal, esto es: muerte del imputado o acusado, prescripción, amnistía, oblación, caducidad de la querella y desistimiento.

En este punto, es importante recordar que la Fiscalía General de la Nación puede deprecar la solicitud de preclusión con anterioridad al inicio de la etapa de juzgamiento, e igualmente lo puede hacer una vez iniciada dicha fase procesal, o sea después de formulada la acusación. Pero en esta última hipótesis, acorde con lo expuesto en los párrafos anteriores, se requiere que el Ente Acusador tenga en su poder medios de conocimiento, de cuya existencia ignoraba al momento de la acusación, con los cuales se desvirtúen o pongan en tela de juicio los elementos materiales probatorios que le sirvieron de fundamento a la Fiscalía para *afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta imputada existió y que el imputado es su autor o participe[[2]](#footnote-2)*, lo que en consecuencia maniataría al Ente Acusador en la posibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia que le asiste al acriminado.

Por lo tanto, cuando la Fiscalía pretenda deprecar la preclusión de la investigación, con base en elementos materiales probatorios que con posterioridad a la acusación llegaron a su poder, se requiere que los mismos tengan la contundencia probatoria suficiente como para poder poner en tela de juicio o revalidar la probabilidad de verdad que ofrecían, sobre la existencia del delito y de la responsabilidad penal del encausado, los otros medios de conocimiento con los cuales se edificó la acusación.

Con base en lo anterior vemos que en el presente asunto la Fiscalía presentó el 24 de febrero de 2017 acusación formal en contra de los señores MARIO ALBERTO GIRALDO CARDONA y VÍCTOR ALFONSO LÓPEZ PULGARÍN y posteriormente, en la fecha que debía llevarse a cabo la audiencia preparatoria, el delegado del Ente Acusador le solicitó al Juez del Conocimiento que con base en la causal primera del artículo 322 del C.P.P. procediera a decretar la preclusión de la acción penal que había iniciado, por considerar que le era imposible, con los elementos materiales probatorios que tiene en su poder, demostrar que el estupefaciente que le fuera incautado a los procesados tuviera como fin su comercialización o distribución, y por el contrario existían indicios de que esas personas son consumidoras de estupefacientes, además de que el señor LÓPEZ PULGARÍN ha fungido como sicofante de las autoridades en el ataque al microtrafico.

Para sustentar tales afirmaciones, observa la Sala que el Fiscal Delegado no presentó ningún tipo de elemento material probatorio nuevo, basando de esa manera su afirmación en las recientes jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia en torno a la naturaleza del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de llevar consigo, y frente a quién le compete la carga de la prueba en este tipo de reatos, para de esa manera afirmar que a la luz de tales conceptos, continuar con el juicio a los acriminados sería inane por cuanto el fallo tendría que ser absolutorio ya que ese ente Acusador no podría demostrar que esos estupefacientes que llevaban los Procesados el día de los hechos tuviera como fin su comercialización o distribución. Aunado a ello, indicó que no le parecía que esos 14.9 gramos de bazuco fueran realmente una cantidad significativa y relevante como para afectar el interés jurídicamente protegido.

Atendiendo lo dicho hasta el momento se tiene que por lo menos, hasta hace año y medio atrás el Fiscal encargado del presente asunto, consideraba que tenía los elementos materiales probatorios y evidencias físicas suficientes que le permitían afirmar, con probabilidad de verdad, que los Procesados MARIO ALBERTO GIRALDO y VÍCTOR LÓPEZ habían incurrido en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes, razón por la cual procedió a formular la correspondiente acusación en contra de los aludidos Procesados. Sin embargo para el mes de julio del presente año, ese convencimiento que tenía la Fiscalía, o más bien el Fiscal Delegado, sobre el posible o probable compromiso penal endilgado a los acusados, de la noche a la mañana, como si fuera algo propio de un acto de prestidigitación, mutó para convertirse en una certeza de que esas personas no estaban cometiendo conducta punible alguna cuando fueron sorprendidos transportando en una motocicleta 87 envolturas de papel cuaderno que contenían una sustancia pulverulenta que resultó ser cocaína, la cual arrojó un peso neto de 14.9 gramos.

Bajo esa óptica, se tiene que la Fiscalía presentó dos argumentos centrales para solicitar la preclusión del presente asunto bajo la egida de la causal de la atipicidad, a pesar de que ya había acusado formalmente a los Procesados, en primer lugar que estas personas son consumidoras de estupefacientes y por ende lo que les fue encontrado el día de su aprehensión era para su consumo; en segundo lugar, señaló la imposibilidad de poder demostrar que los encartados llevaban con ellos el alcaloide para su distribución o venta.

Frente al primer argumento esgrimido por el Delegado de la FGN, no es de recibo para la Sala, por cuanto este no está sustentado en ningún tipo de elemento material probatorio que pueda poner en duda o crear fisuras en los demás medios de conocimiento con los cuales el Ente Acusador en su libelo acusatorio edificó el juicio *de probabilidad de verdad* sobre la existencia del delito y la eventual autoría de los Procesados, lo que hace evidente que esa afirmación efectuada por el Fiscal recurrente se está basando en meras suposiciones, y que por ende no pueden ser consideradas como prueba suficiente de que los acusados efectivamente sean consumidores de bazuco u otro estupefaciente y que el día de los acontecimientos llevaban con ellos tal cantidad de alucinógenos como su dosis de aprovisionamiento.

De allí que si bien es cierto que las políticas criminales actuales frente al tema de los estupefacientes están encaminadas a no judicializar a las personas adictas a ese tipo de sustancias, cuando llevan para su consumo una dosis un poco más alta de la permitida, también lo es que tal situación no se puede ir admitiendo de buenas a primeras con base en las suposiciones que hace el Fiscal recurrente sobre el tema, bien sea porque se lo comunicaron los encartados u otra persona antes de la audiencia preparatoria, cuando ha transcurrido más de un año desde que fueran capturados, sin que ellos hubiesen dado a conocer a los patrulleros que los capturaron o a autoridad judicial alguna su condición de consumidores, pues no se observa en lo obrante en el expediente que con anterioridad hubiesen manifestado que lo que se les halló el día de los hechos fuera para su consumo o que se estuviera en presencia de una dosis de aprovisionamiento.

Ahora bien, frente al segundo tema propuesto por el recurrente, es de anotar que para la Sala no es ajena la línea jurisprudencial plateada por la Sala de Casación Penal de la CSJ a partir de la expedición de la sentencia de casación del 9 de marzo de 2016, SP2940-2016, radicado 41760, en la que se estableció que el delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de porte o de llevar consigo, presenta un ingrediente subjetivo del tipo, el cual consiste en la intención o el propósito del sujeto agente, por lo que si el mismo está relacionado con el consumo personal del encausado, dicha conducta deviene en atípica. Es de anotar, que a esa línea jurisprudencial, a partir de la sentencia del 15 de marzo de 2017, esto es la SP3605-2017, radicado 43725, se le adicionó una especie de subregla, en virtud de la cual se adujo que la carga de la prueba para demostrar la finalidad diversa del consumo personal o del uso recreativo de los narcóticos le corresponde es a la Fiscalía. Pero de igual manera no se puede desconocer que la Corte también expuso que para poder determinar si el propósito del Procesado con el porte de los psicotrópicos tenía una finalidad diferente que la de su simple y mero consumo, se tornaba necesario hacer un análisis de lo acontecido frente a su verdadero contexto.

En tal sentido, la Corte ha expuesto lo siguiente:

“Para terminar, debe advertir la Sala que en la situación fáctica y procesal aquí debatida no tiene cabida o aplicación la reciente tesis jurisprudencial expuesta en SP2940-2016, rad. 41760, del pasado 9 de marzo, de acuerdo con la cual en tratándose de la modalidad comportamental “llevar consigo” del artículo 376 de la Ley 599 de 2000 «…ha de sopesarse en todo caso el ánimo de ingesta de las sustancias, como ingrediente subjetivo o finalidad, [y] de ahí que el porte de una cantidad de droga compatible exclusivamente con ese propósito de consumo será una conducta atípica…».

(:::)

Si en gracia de discusión la aludida condición de adicto pudiese ser objeto de alguna valoración, en ausencia de otros elementos de conocimiento válidos y de acuerdo con los contornos fácticos del caso, esto es, atendida la forma en que el procesado llevaba dispuesta la sustancia alucinógena (compactada y debidamente embalada), el lugar en el que fue aprehendido (un sector urbano, en vía pública), así como la cantidad de droga (cuatrocientos noventa y cinco gramos de marihuana), la Sala no encuentra asidero cierto y admisible para deducir razonablemente que ese considerable volumen de estupefaciente era el que el acusado necesitaba atendida su condición personal por el presunto grado de adicción, con sujeción a los lineamientos de la sentencia atrás rememorada….”[[3]](#footnote-3).

Con base en lo que viene diciéndose, y teniendo en cuenta lo argüido por el recurrente en sus intervenciones, es claro que él considera que con los elementos probatorios que tiene en su haber no podría demostrar que la intención de los Procesados, al llevar consigo las 87 papeletas de bazuco, era su comercialización o expendio, lo que a su vez tornaría en ilógico continuar con el juicio, por lo que en sentir del apelante vendría siendo obvio que la decisión del Juez del Conocimiento bajo esa perspectiva sería la de absolver a los acusados, razonamientos que considera la Colegiatura como inválidos debido a que con los mismos, sin mayor razón, se desconocería de tajo los presupuestos con los cuales se edificó la acusación, los que, como ya se dijo, se cimientan sobre *una probabilidad de verdad* respecto de la existencia del delito y de la participación del sujeto agente. Presupuestos estos, que como consecuencia del principio de progresividad[[4]](#footnote-4), como ya se dijo, solo pueden ser afectados o socavados como consecuencia de una prueba sobreviniente, la cual en momento alguno se ha presentado en el *subexamine*. Por ello es que la Colegiatura es de la opinión consistente en que en el presente asunto la Fiscalía no cumplió con los deberes probatorios que le asistían para demostrar la causal invocada, dejando entonces tanto al *A quo* como al *Ad quem* sin elementos de los cuales echar mano para tomar una decisión contraria a negar sus pretensiones.

En ese orden de cosas, lo que se tiene en el presente asunto es una solicitud de preclusión carente de sustento probatorio alguno y basada exclusivamente en los recientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia frente al tema del porte de estupefacientes en la modalidad de llevar consigo, y en las suposiciones que hace el señor Fiscal respecto a la condición de adictos a los alucinógenos de los procesados, sin que existiera prueba alguna que demostrara tal calidad.

Por otra parte, no se puede pasar por alto que resulta bastante llamativo que desde el momento de la acusación el Fiscal ha venido buscando alternativas distintas a la de llevar a juicio a los Procesados, en especial a VÍCTOR ALFONSO LÓPEZ PULGARÍN, de quien, de acuerdo a sus propias afirmaciones, es una especie de sicofante que las autoridades de esa municipalidad han utilizado para obtener información sobre bandas que allí se dedican al expendio de estupefacientes, logrando con ello su desarticulación (Fl.9), razón por la cual inicialmente, en manifiesta contradicción de los postulados del principio de coherencia[[5]](#footnote-5), en la acusación trocó los cargos endilgados en contra de los Procesados en la audiencia de formulación de la imputación, los que ya no serían por el delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de “venta” sino en la de “llevar consigo”; luego, pidió para el Procesado de marras la aplicación del principio de oportunidad, el que le fuera negado desde el nivel central de la FGN, lo que lo llevó entonces a solicitar la presente preclusión, situación que puede prestarse para levantar suspicacias frente a su disposición de sacar avante la tesis que la Fiscalía, como institución, se propuso a partir del momento en el que decidió formular acusación en contra de los señores MARIO ALBERTO GIRALDO CARDONA Y VICTOR ALFONSO LOPEZ PULGARÍN, por incurrir presuntamente en la comisión del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Tal situación incidirá para que la Sala le ponga en conocimiento de lo acontecido a la dirección seccional de Fiscalías de esta región, razón por la que se procederá a remitirle copia de la presente decisión a dicha Entidad para los fines pertinentes.

De acuerdo a todo lo dicho, se hace evidente que esta Colegiatura deba confirmar la decisión proferida por el Juzgado *A quo*, porque acá no se trata, como quizás lo entienden algunos, de penalizar o castigar a un adicto a los estupefacientes por esa condición, sino que lo que se busca es evitar que ante la insistencia de un Fiscal, quien ha hecho todo lo que ha estado a su alcance para evitar que el procesado VÍCTOR ALFONSO LÓPEZ PULGARÍN sea llevado a juicio, unas personas, como consecuencias de una aplicación acomodaticia de los nuevos lineamientos jurisprudenciales habidos respecto de la naturaleza jurídica del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo, salgan favorecidas con la preclusión del proceso, sin que se cumplan los presupuestos probatorios que son necesarios para la procedencia de esa modalidad de terminación anormal de los procesos penales.

En mérito de lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira,

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** el proveído proferido en la audiencia celebrada el 17 de julio hogaño, en virtud de la cual el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Quinchía, negó la solicitud de preclusión deprecada por la Fiscalía General de la Nación dentro del proceso que se le seguía a los encausados **CARLOS ALBERTO GIRALDO CARDONA y VÍCTOR ALFONSO LÓPEZ PULGARÍN**, por incurrir en la presunta comisión del delito tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

**SEGUNDO:** **REMITIR** copia de este proveído con destino a la Dirección Seccional de Fiscalías de esta región, para los fines que se consideren necesarios.

**TERCERO:** La presente decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

**COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

1. Sobre este principio, se pueden consultar entre otras, la sentencia de Única Instancia del 18 de diciembre del 2.001. Rad. # 15547 y la sentencia de casación del 25 de abril del 2.007. Rad. # 26309. [↑](#footnote-ref-1)
2. Artículo 336 C.P.P. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 13 de abril de 2.016. SP4498-2016. Rad. # 44718. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sobre este principio, se pueden consultar entre otras, la sentencia de Única Instancia del 18 de diciembre del 2.001. Rad. # 15547 y la sentencia de casación del 25 de abril del 2.007. Rad. # 26309. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sobre el principio de coherencia, se puede consultar la sentencia del 5 de octubre de 2.016. SP14151-2016. Rad. # 45647. [↑](#footnote-ref-5)