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.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 28 de septiembre de 2018

Proceso:                 Penal -

Radicación Nro. : 66001 60 00 035 2017 00736 01

Procesado: Elkin Smith García Montilla

Magistrado Ponente:  Manuel Yarzagaray Bandera

**TEMAS: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES / ACERVO PROBATORIO/ ACREDITÓ EXISTENCIA DE HECHOS Y RESPONSABILIDAD DEL ACUSADO EN LA CONDUCTA PENAL/ CONDICIÓN DE MARGINALIDAD / NO SE PROBÓ LA CONDICIÓN DE ADICTO/ REQUISITOS ARTÍCULO 381 CPP/ CONDENA CONFIRMA**

Acorde con lo antes expuesto, la Sala es de la opinión que en el presente asunto, contrario a lo reclamado por el apelante, no existe duda alguna que la Fiscalía si logró demostrar el ingrediente subjetivo tácito del delito de tráfico de estupefacientes, ya que de las precarias pruebas habidas en el proceso se podía inferir que la intención que pretendía el Procesado con los alucinógenos que le fueron incautados, era una diferente que la de su simple uso o consumo de los mismos, ni que su destino era el de una dosis de aprovisionamiento.

Por lo tanto, acorde con lo todo lo dicho, es suficiente para que la Colegiatura considere que el fallo opugnado deba ser confirmado, en atención a que con los medios de conocimiento habidos en la actuación, se satisfacían a cabalidad con los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para que en contra del Procesado ELKIN SMITH GARCÍA MONTILLA se pudiera dictar un fallo condenatorio, acorde con los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado por Acta No. 865 del 27 de septiembre de 2018. H: 3:00 p.m.

Pereira, septiembre veintiocho (28) de dos mil dieciocho (2018)

Hora: 9:00 a.m.

Procesado: ELKIN SMITH GARCÍA MONTILLA

Radicado # 66001 60 00 035 2017 00736 01

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de Sentencia Condenatoria

Decisión: Confirma fallo confutado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 4º Penal del Circuito de esta ciudad en las calendas del quince (15) de diciembre del 2.017, en virtud de la cual se declaró la responsabilidad criminal del procesado **ELKIN SMITH GARCÍA MONTILLA** por incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos que concitan la atención de la Judicatura tuvieron ocurrencia a eso de las 21:45 horas del 18 de febrero del 2.017 en inmediaciones de la manzana 7ª del barrio *“Santa Fe”* de esta ciudad, y están relacionadas con la captura en flagrancia del ciudadano ELKIN SMITH GARCÍA MONTILLA por parte de efectivos de la Policía Nacional, quienes cuando se encontraban realizando labores de patrullaje en el referido sector, se dieron cuenta que una persona al percatarse de su presencia procedió a arrojar una bolsa en una zona verde cercana. Los policiales procedieron a recoger la bolsa, y al verificar su contenido encontraron en su interior 56 bolsitas plásticas transparentes y selladas que contenían una sustancia pulverulenta blanca con características similares a estupefacientes.

Dado lo anterior, procedieron a realizar la captura de la persona que habían observado arrojando la bolsa, quien se identificado como ELKIN SMITH GARCÍA MONTILLA. Posteriormente la sustancia encontrada fue sometida a la prueba de identificación preliminar homologada (P.I.P.H), resultando ser compatible con cocaína y sus derivados, arrojando un peso neto de 25,3 gramos.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el día 19 de febrero del 2017 ante el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Mistrató, con Funciones de Control de Garantías, en traslado temporal a Pereira, en dicha diligencia se le impartió legalidad a la captura del entonces indiciado ELKIN SMITH GARCÍA MONTILLA, a quien se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo, mismos que no fueran aceptados por el encartado. No se le impuso medida de aseguramiento, debido a que la Fiscalía declinó de impetrar petición alguna en tal sentido, razón por la que el Procesado fue dejado en libertad.

1. El 09 de mayo del 2.017, la Fiscalía presentó el escrito de acusación, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado 4º Penal del Circuito de esta localidad, ante el cual el 12 de julio del 2.017 se llevó a cabo la audiencia de acusación, en la que al señor ELKIN SMITH GARCÍA MONTILLA, se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes, tipificado en el inciso 2º del articulo 376 C.P.P. en la modalidad de llevar consigo. Posteriormente el 24 de agosto del 2.017 se celebró la audiencia preparatoria, mientras que el juicio oral se efectuó el 29 de noviembre de 2.017. Luego de haber sido anunciado el sentido del fallo, el cual resultó ser de carácter condenatorio, el 15 de diciembre del 2.017 se profirió la sentencia condenatoria, en contra de la cual se alzó de manera oportuna el apoderado de la Defensa, sustentando de manera escrita el recurso de apelación.

**LA SENTENCIA OPUGNADA:**

Como ya se dijo, se trata de la sentencia dictada por el Juzgado 4º Penal del Circuito de esta localidad, en las calendas del 15 de diciembre del 2.017 en virtud de la cual se declaró la responsabilidad criminal del procesado ELKIN SMITH GARCÍA MONTILLA por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo.

Como consecuencia de la declaratoria del compromiso penal endilgado a ELKIN SMITH GARCÍA MONTILLA, el susodicho fue condenado a purgar una pena de 64 meses de prisión y el pago de una multa equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Asimismo, por no cumplirse con los presupuestos legales, al declarado penalmente responsable no se le concedió el disfrute del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y en consecuencia se libraron en su contra las correspondientes ordenes de captura.

Los argumentos invocados en el fallo de primer nivel para poder proferir la sentencia condenatoria, se fundamentaron en aseverar que en el proceso estaba demostrada tanto la ocurrencia de la conducta punible, así como la responsabilidad criminal endilgada en contra del acusado como consecuencia de la declaración rendida por el policial BRAIDY EDGARDO ORTIZ, quien indicó las circunstancias de tiempo, modo y lugar como se dio la captura del Procesado, al igual que los elementos que fueron parte de estipulación probatoria entre las partes, esto es el análisis preliminar del material incautado que arrojó ser positivo para sustancia estupefaciente cocaína, en un peso neto de 25,3 gramos.

Por otra parte, indicó la *A quo* que aunque la Fiscalía no logró demostrar que el Procesado se encontraba en labores de comercialización de la sustancia estupefaciente, sí se debía tener en cuenta la cantidad incautada que superaba las 25 dosis mínimas aproximadamente, y aunado a ello, que se encontraba en un lugar critico por la venta y consumo de los mismos. Por ello concluyó que se cumplían los requisitos establecidos en el artículo 9 del C.P para condenar e imponer la pena prevista en la norma infringida, en este caso, llevar consigo estupefacientes en una cantidad que supera lo autorizado para el uso personal.

En cuanto a las labores investigativas de la Sra. LINA MARÍA ABRIL GARZÓN, investigadora del C.T.I. referentes a la entrevista realizada a la exesposa del Procesado, quien indicó que este era consumidor habitual del estupefaciente conocido como “*perico”*, la Jueza de primer nivel, a fin de refutar los argumentos invocados por la Defensa, adujo que aunque dicha información venia de una buena fuente, en el proceso no existía prueba alguna que corroboraran tal adicción, al igual que el reconocimiento de la situación de marginalidad solicitada por la Defensa, razón por la dicha circunstancia no fue tenida en cuenta por parte del *A quo*, dado a que no se logró determinar una pobreza extrema, ignorancia o abandono, contrario a ello mediante las labores de investigación se determinó que esta persona vivía con su madre, sus hijos y sus hermanos.

**LA ALZADA:**

Para expresar su inconformidad con el fallo opugnado, el apelante propuso como tesis de su discrepancia la consistente en que en el proceso no se demostró el ingrediente subjetivo del delito de tráfico de estupefacientes, el cual tenía que ver con la acreditación de la intención del procesado de dedicarse al tráfico de estupefacientes.

Para demostrar la tesis de su inconformidad, el apelante esgrimió los siguientes argumentos:

* En ningún momento por parte de la Fiscalía se acreditó que el señor GARCÍA MONTILLA se dedicara al tráfico de estupefacientes, pues el simple hecho de que la zona donde se presentó la captura sea un sitio critico por la venta y consumo de estas sustancias, no lo convierte en un expendedor o traficante.
* Si bien es cierto las conclusiones de la *A quo* estaban dirigidas a que muy posiblemente esa sustancia incautada era para la venta, no tuvo ningún respaldo probatorio que corroborara su hipótesis, y por el contrario en el juicio oral lo único que se logró probar es que el acusado es un habitual consumidor de “perico”
* La Corte Suprema de Justicia mediante sentencia proferida el 11 de julio del 2017 y radicado # 44997, indicó que la Fiscalía es quien debe acreditar que existió dolo de expendio o comercialización de estupefacientes, de no ser así, no sería posible judicializar a una persona, así la cantidad de estupefaciente que se le haya incautado supere la dosis mínima permitida.

Con base en los anteriores argumentos, el apelante solicitó que se revoque la sentencia opugnada y que en consecuencia se absuelva al procesado ELKIN SMITH GARCÍA MONTILLA de los cargos endilgados en su contra.

**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 una sentencia de 1ª instancia proferida por un Juzgado Penal que hace parte de uno de los Circuitos que integran este Distrito Judicial.

De igual forma no se avizora mácula que de alguna u otra forma haya generado una irregularidad sustancial que incida en la nulidad de la actuación procesal.

**- Problema Jurídico:**

Acorde con los argumentos del disenso propuestos por el recurrente en la Alzada, considera la Sala que de los mismos se desprenden el siguiente problema jurídico:

¿Se cumplían en el proceso con los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para poder proferir una sentencia condenatoria en contra del Procesado ELKIN SMITH GARCÍA MONTILLA, acorde con los cargos por los cuales fue llamado a juicio, o sea por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes, tipificado en el inciso 2º del articulo 376 C.P. en la modalidad de *llevar* consigo?

**- Solución:**

De un análisis de la tesis de la discrepancia propuesta por el apelante, se tiene que la misma gira en torno en cuestionar los cimentos con los que se edificó el fallo opugnado, porque en sentir del apelante la Fiscalía en ningún momento consiguió demostrar que la finalidad de la sustancia estupefaciente encontrada en poder del señor ELKIN SMITH GARCÍA MONTILLA, tenía como propósito su comercialización o cualquier otra finalidad diferente al de su consumo personal, ya que lo único que sí logró demostrar la Fiscalía durante el juicio oral, gracias a lo atestado por la investigadora LINA MARÍA ABRIL GARZÓN, es que el acusado era un consumidor habitual del estupefaciente conocido comúnmente como “perico”.

Por lo tanto, si la Fiscalía no pudo demostrar que el porte de los estupefacientes encontrados en poder del Procesado, tenía un fin diferente que el de su consumo, aduce el apelante que no acorde con lo dicho por la Corte en la sentencia del 11 de julio del 2017 radicado # 44997, no era posible dictar en contra del acusado un fallo condenatorio.

Para poder resolver el problema jurídico propuesto por el apelante, la Sala tendrá como hechos ciertos en incuestionables, por estar plenamente acreditados en el proceso, los siguientes:

* Está demostrado que el día 18 de febrero de 2017, el Procesado ELKIN SMITH GARCÍA MONTILA fue capturado por uniformados de la Policía Nacional, debido a que lo sorprendieron cuando portaba una bolsa en la que en su interior se encontraron 56 bolsitas plásticas transparentes, que contenían una sustancia con características propias de estupefaciente, la cual resultó ser cocaína, y arrojó un peso neto de 25,3 gramos.
* Al procesado ELKIN SMITH GARCÍA MONTILLA le fueron endilgados cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de porte o de llevar consigo.
* Según lo dicho por investigadora del C.T.I. LINA MARÍA ABRIL GARZÓN, pudo averiguar, por una entrevista realizada a la exesposa del Procesado, que él era consumidor habitual del estupefaciente conocido como “perico”.

Lo anterior, necesariamente debe ser confrontamos con:

* La línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia 09 de marzo de 2.016. Rad. # 41760. SP2940-2016, en la cual se adujo que en aquellos eventos en los que el acusado de porte, incurra en un exceso en los límites tolerados para la dosis personal, se debería tener en cuenta la finalidad o el propósito que el sujeto agente pretenda darle a los narcóticos, lo que se constituía como una especie de ingrediente subjetivo del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de porte o de llevar consigo[[1]](#footnote-1).
* Las subreglas jurisprudenciales que a esa línea de pensamiento ha trazado la Corte, en la cual se estableció que a la Fiscalía, en los casos en que la imputación o la acusación sea formulada por porte de sustancias estupefacientes, acorde con lo establecido en los artículos 29 y 250 de la Carta, en consonancia con el artículo 7º C.P.P. le competía la carga probatoria de demostrar que el propósito o la intención del sujeto agente era uno diferente que aquel relacionado con el simple y mero consumo personal de los narcóticos o de su uso recreativo, Vg. el expendio, la distribución o comercialización, etc.. por lo que en aquellas hipótesis en las cuales el Ente Acusador no haya podido cumplir con esa carga probatoria, se debía proferir una sentencia contraria a sus pretensiones punitivas[[2]](#footnote-2).

Tal situación, en un principio incidiría para colegir que le asiste la razón la tesis de la discrepancia propuesta recurrente, debido a que la Fiscalía solamente le endilgó cargos al Procesado por el delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de porte, aunado a que el Ente Acusador no acreditó que el destino que el Procesado pretendía darle a los narcóticos que le fueron incautados era uno diferente que aquel de su simple y mero consumo personal o uso recreativo. Pero para la Sala las cosas no son tan sencillas como lo aduce el apelante, por lo siguiente:

* En la actuación, pese a lo atestado por la investigadora del C.T.I. LINA MARÍA ABRIL GARZÓN, no estaba demostrada la condición de adicto o de consumidor a las sustancias psicotrópicas por parte del Procesado, ya que lo atestado por la testigo de marras respecto a que ELKIN SMITH GARCÍA era un consumidor habitual del estupefaciente conocido como “perico”, tenía como fuente lo que a Ella a su vez le había dicho la excónyuge del acusado, personaje este que nunca acudió al proceso a rendir testimonio.

Tal situación, nos hace colegir que las pruebas con las que se pretende demostrar que el Procesado es un adicto o un consumidor de narcóticos, se tratan de simples pruebas de referencia, las cuales en momento alguno se demostró su admisibilidad en el proceso, a lo que se debe aunar que este tipo de pruebas carecen de poder suasorio por contrariar los principios de contradicción, confrontación, inmediación, oralidad y publicidad.

* La cantidad de sustancias estupefacientes incautada al Procesado, la que excedía en más de 20 veces los límites legales permitidos para la dosis personal de cocaína, ya que la misma arrojó un peso neto de 25,3 gramos, y si a ello le aunamos que los narcóticos se encontraban empaquetados en 56 bolsitas plásticas transparentes, todo ello es indicativo que el destino de tales psicotrópicos era una diferente al de su simple consumo o uso recreativo por parte del Procesado.

Acorde con lo antes expuesto, la Sala es de la opinión que en el presente asunto, contrario a lo reclamado por el apelante, no existe duda alguna que la Fiscalía si logró demostrar el ingrediente subjetivo tácito del delito de tráfico de estupefacientes, ya que de las precarias pruebas habidas en el proceso se podía inferir que la intención que pretendía el Procesado con los alucinógenos que le fueron incautados, era una diferente que la de su simple uso o consumo de los mismos, ni que su destino era el de una dosis de aprovisionamiento.

Por lo tanto, acorde con lo todo lo dicho, es suficiente para que la Colegiatura considere que el fallo opugnado deba ser confirmado, en atención a que con los medios de conocimiento habidos en la actuación, se satisfacían a cabalidad con los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para que en contra del Procesado ELKIN SMITH GARCÍA MONTILLA se pudiera dictar un fallo condenatorio, acorde con los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

En mérito de todo lo antes lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira, en las calendas del quince (15) de diciembre del 2017, en virtud de la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado **ELKIN SMITH GARCÍA MONTILLA** por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo.

**SEGUNDO:** Declarar que en contra del presente fallo de 2ª instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Dicha línea jurisprudencial ha sido ratificada y reiterado en otros fallos posteriores, entre los cuales se encuentran: La sentencia del 15 de marzo de 2017. SP3605-2017. Rad. # 43725; La sentencia del 28 de febrero de 2018. SP497-2018. Rad. # 50512; la sentencia del 14 de marzo de 2018. SP732-2018. Rad. # 46.848. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver entre otras: Sentencia del 15 de marzo de 2017. SP3605-2017. Rad. # 43725; Sentencia del 11 de julio de 2017. Rad. # 44997. SP9916-2017; Sentencia del 28 de febrero de 2018. SP497-2018. Rad. # 50512. [↑](#footnote-ref-2)