



SALA DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES

APROBADO ACTA 032¹

(Sesión del 12 de abril de 2018)

Radicado: 05-001-60-01250-2013-01405
Indiciado: A P P
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Asunto: Fiscal y defensa apelan decisión que negó preclusión de la investigación
Decisión: Rechaza apelación. Confirma decisión.
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 16 de abril de 2018

(Fecha de lectura)

1. OBJETO DE DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de apelación que instauró el delegado de la Fiscalía General de la Nación, contra la decisión del 25 de octubre de 2018, por la cual el Juez Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con funciones de conocimiento de Medellín, negó la preclusión de la investigación que postuló en favor del menor A P P.

2. HECHOS

El 13 de junio de 2013, cuando agentes de la Policía realizaban labores de patrullaje a la altura del puente de la calle 29 con carrera 49 de esta urbe, observaron un joven que llevaba una bolsa negra en una de sus extremidades superiores. Cuando los agentes del orden lo abordaron, encontraron dentro del paquete, una sustancia similar a la marihuana. Razón por la cual privaron de la libertad al menor A P P, con 14 años de edad para esa época.

¹ Con salvamento parcial de voto del segundo revisor.

Radicado: 05-001-60-01250-2013-01405
Indiciado: A P P
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Según Prueba de Identificación Preliminar Homologada –PIPH- la sustancia incautada dio positivo para marihuana y sus derivados con un peso neto de 452.1 gramos.

Según informe de arraigo familiar el adolescente es consumidor habitual de marihuana.

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1. Las audiencias.

En audiencia del 25 de octubre de 2017, la Fiscalía General de la Nación por conducto de su delegado postuló y justificó preclusión de la indagación en favor del menor A P P en los términos de la causal cuarta del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, es decir, atipicidad de la conducta.

Para el efecto, el delegado adujo que aunque la conducta del adolescente objetivamente se ajusta a las previsiones del artículo 376 del Código Penal que sanciona el Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, desde el punto de vista de la tipicidad subjetiva, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dispuesto que independientemente de la cantidad de estupefaciente incautado, a la Fiscalía General de la Nación le corresponde acreditar que el portador tenía un fin diferente al propio consumo, pues de lo contrario la conducta se torna atípica. Teoría consolidada después de diversas posturas expuestas desde el Acto legislativo de 2009. Radicado 44997 del 11 de junio de 2017. Igual tesis adoptó la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín.

En este orden de ideas, a la Fiscalía no le queda otra opción que solicitar la preclusión en tanto no se cuenta con elementos materiales probatorios para probar que el indiciado lesionó o puso en riesgo el bien jurídico tutelado de la salubridad pública al portar una sustancia prohibida en cantidad superior a la denominada dosis personal. Y si bien en el *sub examine* la cantidad de marihuana incautada es una suma elevada, casi una libra, tanto la Corte Suprema como el Tribunal Superior de Medellín en sus decisiones, se abstuvieron de mencionar o fijar un límite a la cantidad de alcaloide para que

proceda el archivo de la investigación, cuando existe presunción legal de que la misma es para el consumo del portador. Como en el asunto la Fiscalía no cuenta con la prueba para desvirtuar esa presunción es que se postula la preclusión de la investigación.

3.2. Traslado al defensor de los adolescentes.

En uso de la palabra, el defensor de los menores solicitó al *a quo* resolver favorablemente la petición del delegado, pues no solo tiene fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Superior de Medellín, sino también en los elementos materiales probatorios que acreditan la condición de consumidor del adolescente A P P.

3.3. Decisión de primera instancia.

Al resolver la petición, el funcionario negó la preclusión en tanto la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, destaca que la cantidad de estupefaciente incautada no puede superar gravemente los valores aceptados; que la misma sea para el consumo de quien la porte y que no tenga fin de distribución gratuita u onerosa. Para efecto, citó jurisprudencias de los años 2008-2009-2011-2014 y 2016.

En los pronunciamientos de esos años la Corte Suprema concluyó que según el Acto legislativo 002 de 2009, el Estado asumió la carga de tratar como enfermos y no como delincuentes a quienes son adictos a los estupefacientes y portan cantidades razonables para el consumo exclusivo de él.

Para el Despacho, entonces, la conducta es atípica cuando la cantidad de sustancia incautada no supera exageradamente los límites de lo razonablemente tolerado, el portador es un asiduo consumidor y no existen elementos materiales probatorios para predicar distribución gratuita u onerosa.

El caso del joven A P P no se ajusta a los parámetros de la línea jurisprudencial para que proceda la preclusión, pues aunque no se descarta la condición de adicto, no se puede omitir que la sustancia incautada es una cifra muy superior a la dosis personal o de aprovisionamiento.

Radicado: 05-001-60-01250-2013-01405
Indiciado: A P P
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

En la sentencia 35978 con ponencia del magistrado Fernando Alberto Castro Caballero, se dijo:

“(...) El adicto, si bien es una persona enferma, de todas formas debe someterse a las pautas que regulan una situación que la sociedad no puede desconocer como una realidad, cual es la necesidad de despenalizar el consumo y porte de la dosis personal, en orden a garantizar el ejercicio al libre desarrollo de la personalidad del enfermo, empero, esa libertad no puede extenderse a permitirle llevar libremente cantidades de estupefaciente que desbordan gravemente lo tolerado, pues una eventualidad como esa indica en forma legítima a presumir una destinación ilícita de la droga incautada, pues sólo puede concluirse un fin de consumo, cuando la cantidad se encuentra en los topes definidos como dosis personal o superados ligeramente.

En tal medida, si la persona farmacodependiente pretende que su comportamiento sea excusado dada esa particular condición, debe ejercer esa opción que ha elegido de consumir estupefacientes, respetando la regulación que para ese fenómeno ha implementado el Estado, conformándose con portar la dosis en las cantidades permitidas o que las superen mínimamente, pues sólo de esa manera se deriva la falta de afectación a bienes jurídicos de naturaleza abstracta como lo es la salud pública.

3.4. Del recurso.

3.4.1. Delegado de la Fiscalía General de la Nación

Inconforme con la decisión, el Fiscal presentó recurso de apelación. Para el efecto dijo que el juez de instancia adoptó la decisión desconociendo la evolución jurisprudencial de la respuesta a los consumidores de estupefacientes.

En el estado actual de cosas, el análisis de la situación jurídica del portador no gravita en torno a la antijuridicidad de la conducta como en el pasado lo resolvió la Corte Suprema. Ahora, el estudio de casos como el presente se centra en la tipicidad del comportamiento del agente. De ahí que la Fiscalía tenga como nueva carga, probar los elementos subjetivos del tipo como es la intención del individuo que lleva consigo el alcaloide. La cantidad no importa.

En la providencia SP9916-2017, radicación 44997, del 11 de julio de 2017, la Corte explicó:

“(...) En este sentido, se torna insuficiente apelar al criterio cuantitativo de dosis para uso personal, previsto en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, como factor determinante para la configuración del injusto típico, puesto que en

Radicado: 05-001-60-01250-2013-01405
Indiciado: A P P
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

los eventos en que la cantidad llevada consigo no supera aquellos topes previstos por el legislador, la conducta deja de ser relevante para el derecho penal. Mientras, importa subrayarlo, cuando la acción está relacionada con el tráfico, es claro que el comportamiento se estima lesivo del bien jurídico, sin reparar en que la sustancia desborde o no aquellos rangos regulados en la ley.

Según lo anterior, no importa la cantidad, puede ser poca o puede ser mucha lo que tenido en cuenta la evolución jurisprudencial. Puede ser un gramo de cocaína o marihuana y si no es para consumo personal se lesiona el bien jurídico de la salubridad pública. En cambio sí es una libra para el consumo personal, no se afecta el bien jurídico tutelado por la ley.

En providencia del 3 de agosto de 2017, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, anotó:

“(…) En este sentido, cuando se somete a proceso al sujeto porque la autoridad policial lo privó de la libertad en tanto se confirmó que portaba (llevaba consigo, tercer verbo del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes) cualquiera de las sustancias que menciona el artículo 376 del Código Penal, corresponde al titular de la acción penal probar que el ánimo del agente respecto de la sustancia, era diferente al consumo personal para poder avanzar en la verificación de los elementos que configuran el hecho punible, pues el ánimo o intención del agente, como ingrediente subjetivo distinto al dolo, permite “confirmar o rechazar la tipicidad de la conducta”.

En el sub examine, aunque no hay duda de la materialidad de la conducta, esto es que la sustancia corresponde a marihuana, cocaína y los derivados de ambos, y que antes de la aprehensión el agente llevaba consigo la bolsa que contenía el estupefaciente, no existe ningún elemento material probatorio y mucho menos prueba, del cual se pueda establecer que la intención del agente era diferente al consumo propio.

Ahora, se dirá que la cantidad y la variedad de la sustancia, 182.9 gramos de marihuana y 28.4 gramos de cocaína y sus derivados, al igual que la actitud del procesado cuando advirtió la presencia de los agentes de La Policía, son elementos para inferir un ánimo diferente a la sola tenencia de estupefacientes para consumo propio y edificar a partir de allí la sentencia de reproche, en tanto las inferencias lógico jurídicas son permitidas en el sistema de enjuiciamiento de naturaleza acusatoria como el patrio².

No obstante, la eficacia de las inferencias está supeditada a la existencia de medios probatorios que las confirmen o robustezcan”

Aunque válidamente se pueda inferir que la marihuana incautada al adolescente era para la distribución o venta, no es posible solicitar una

². Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión del 17 de marzo de 2009, Rad. 30727 “Las inferencias lógico jurídicas a través de operaciones indiciarias son pertinentes dentro de la sistemática procesal vigente para permitirle al juez un «convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda» (Ley 906 de 2004, artículo 7°), que cuando ello se alcanza le permitan proferir sentencias de condena en contra de los acusados.

Radicado: 05-001-60-01250-2013-01405
Indiciado: A P P
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

sanción por esta conducta en tanto la Fiscalía General de la Nación no cuenta con elementos materiales probatorios para probar que esa libra de estupefacientes era para un fin distinto al propio consumo.

Según los fallos citados, no existe otra salida que la preclusión de la investigación por atipicidad de la conducta. No hay forma de acreditar una circunstancia diferente a la que habilita el porte de la sustancia incautada.

3.4.2. Defensor del indiciado.

En uso de la palabra el defensor del adolescente refutó la decisión del *a quo*, pues la razón para negar la preclusión referente a la cantidad de la sustancia incautada, es un tópico superado tanto por la jurisprudencia de la Corte Suprema como del Tribunal Superior de Medellín.

En casos como este lo determinante, según explicó el Tribunal, es el ánimo del agente respecto del alcaloide: distribución, comercialización. El mero porte o llevar consigo no es suficiente para soportar un fallo de condena.

Sin desconocer que la cantidad de marihuana incautada representa un valor elevado, es deber del operador jurídico analizar esos aspectos tanto objetivos como subjetivos.

Si la sustancia incautada es para el consumo no lesiona el bien jurídico de la salubridad pública.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Competencia.

Esta Sala es competente para conocer el asunto según lo dispone el artículo 168 de la Ley³ 1098 de 2006, Código de la Infancia y de Adolescentes.

³ **Artículo 168.** Composición y competencias de las salas de asuntos penales para adolescentes. Los Tribunales Superiores de Distrito Judicial contarán con Salas de Asuntos Penales para adolescentes, especializadas en los asuntos que versen sobre responsabilidad penal adolescente. Estas Salas estarán integradas por un (1) Magistrado de la Sala Penal y

4.2. Problemas jurídicos.

La Sala determinará: i) la legitimidad de la defensa para recurrir la decisión; y; ii) si concurren los presupuestos legales o jurisprudenciales para decretar la investigación que se adelanta al menor A P P.

4.3 Valoración y respuesta a los problemas jurídicos.

4.3.1. La legitimación de los recurrentes.

Previamente a la resolución de fondo del asunto, es importante aclarar que el defensor del indiciado aunque tienen interés en el resultado final de la causa, no está legitimado para presentar la alzada, pues él no es titular de la postulación de preclusión, razón por la cual lo que procede es el rechazo de la impugnación, como efectivamente se hará en la parte resolutive de esta providencia

En decisión del 3 de febrero de 2016, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al resolver una petición de preclusión de indagación, aclaró: precisó:

*“(...) Debe advertirse, en primer lugar, que la defensora carecía de legitimidad para interponer recursos contra el auto que denegó la preclusión solicitada por la Fiscalía, más aún cuando ello tuvo lugar en la fase de indagación. En efecto, **sólo la parte a la que se le rechaza o deniega una pretensión, es la que sufre un agravio en el proceso que la legitima para reclamar su enmienda por la vía de los medios de impugnación**, tal regla es más perentoria en el contexto de sistemas acusatorios como el colombiano, en los que el ruego de las partes no solo es el que activa la jurisdicción sino que delimita el objeto de su intervención. Además, si antes del juzgamiento la defensa no tiene capacidad procesal para postular una preclusión, conforme se desprende del artículo 331 procesal, por sustracción de materia, menos la tendrá para recurrir. En consecuencia, la apelación propuesta por el titular de la defensa técnica se rechazará⁴.*

dos (2) Magistrados de la Sala de Familia o en su defecto de la sala Civil, del respectivo Tribunal Superior.

En los procesos de responsabilidad penal para adolescentes la segunda instancia se surtirá ante las Salas de Asuntos Penales para Adolescentes de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. (Negrillas fuera de texto)

⁴ Magistrado Ponente Gustavo Enrique Malo Fernández. AP449-2016 Radicación 47138.

3.2. Los presupuestos fácticos, legales y jurisprudenciales para decretar la preclusión de la investigación.

Efectivamente como lo destacó el delegado de la Fiscalía General de la Nación, el estado actual de la jurisprudencia y luego de múltiples oscilaciones⁵ respecto de la situación jurídica o compromiso penal del individuo a quien se le incauta sustancias estupefacientes en cantidades superiores a la denominada dosis personal o de aprovisionamiento, el órgano de cierre de la jurisdicción penal reconoció, a partir de lo que la doctrina denomina elementos subjetivos distintos del dolo, la existencia de la intención o ánimo del agente, como ingrediente determinante para verificar la tipicidad de la conducta.

⁵ Radicado 42.617, del 12 de noviembre de 2014, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, con salvamento de voto del Magistrado Eugenio Fernández Carlier

*“(...) 1. Que **el consumo** de estupefacientes es una conducta que **no tiene la potencialidad de afectar bienes jurídicos ajenos** (la salud o la seguridad pública, o el orden económico y social).*

*2. Que **la presunción de antijuridicidad** para los delitos de peligro abstracto como es el de Fabricación, tráfico y porte de estupefacientes, **es iuris tantum** siempre, y no sólo cuando se trate de excesos ligeros a la dosis de uso personal.*

*3. Que el drogadicto, incluido su entorno familiar, es sujeto de una especial protección constitucional porque es concebido como una persona enferma. Además, **el consumidor en general es también sujeto de una discriminación positiva** porque se establecen en su favor medidas curativas y rehabilitadoras en el nivel normativo superior.*

*4. Que **el consumo** de drogas **no podría ser factor constitucional de discriminación positiva y, al tiempo, una circunstancia antijurídica**, mucho menos desde el punto de vista punitivo.*

*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 modular que se 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.

En la citada sentencia SP9916-2017, radicación 44997 del 11 de julio de 2017 y ponencia de la magistrada Patricia Salazar Cuellar, la Corte Suprema resaltó

“(...) De esa manera, en relación con el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el recurso a los elementos subjetivos diferentes del dolo, tiene el propósito de efectuar una restricción teleológica del tipo penal, pues no obstante que el contenido objetivo del verbo rector llevar consigo remite a la realización de la conducta penalmente relevante con el solo acto de portar las sustancias estupefacientes, psicotrópicas o drogas sintéticas, el desarrollo jurisprudencial atrás relacionado ha reducido el contenido del injusto a la demostración del ánimo por parte del portador de destinarla a su distribución o comercio, como fin o telos de la norma.

Con todo, no siempre, respecto del agente aprehendido con sustancias estupefacientes, psicotrópicas o drogas sintéticas, que además ostenta la condición de consumidor o adicto, ha de concluirse que su comportamiento es atípico, como indistintamente lo consideró el apelante.

Bien puede suceder que el adicto tenga en su poder sustancias como las mencionadas anteriormente, no para su consumo o abastecimiento, sino para el comercio o distribución. Evento este en el que se impone el reproche penal aunque la cantidad de sustancia incautada esté dentro del margen que delimita la dosis personal. La lesión y puesta en peligro del bien jurídico de la salubridad pública se verifica, no obstante la enfermedad del agente y la cantidad de la sustancia.

Así entonces, el enfoque expuesto por el delegado no corresponde con la tesis de la Corte Suprema de Justicia ni con el fallo de la Sala de Decisión Penal que citó para sustentar la alzada, en el sentido plano de que el porte de estupefacientes de quien es consumidor, no tiene otra salida que la preclusión de la investigación en los términos de la causal cuarta del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal.

La verificación de que el aprehendido es consumidor de alcaloides, es un elemento valioso para encausar la investigación, pero no definitivo en la resolución jurídica del asunto. La intención del agente, elemento subjetivo del tipo diferente al dolo, y la prueba, o como mínimo, la evidencia de ello, es lo que determina la tipicidad o no de la conducta.

Radicado: 05-001-60-01250-2013-01405
Indiciado: A P P
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

En la providencia con radicado 05-001-60-00206-2014-06599 del 3 de agosto del año inmediatamente anterior, dictada por una Sala de Decisión Penal de este Tribunal y que el recurrente citó *in extenso*, se revocó la sentencia condenatoria de primer grado porque el instructor en ese caso no probó que el agente portaba los alucinógenos con fines de comercialización o distribución, mas no por el hecho de que el justiciable fuera consumidor.

En este sentido, si la Fiscalía General de la Nación no cuenta con información legalmente obtenida o elementos materiales probatorios para establecer la intención o finalidad del agente respecto de la tenencia sustancia prohibida, más que postular la preclusión por atipicidad de la conducta, lo que procede es el archivo por imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, como dispone el numeral sexto del artículo 332 de la Ley 906 de 2004⁶.

Ahora, la preclusión de la investigación en los términos de la causal sexta del citado artículo 332, presupone demostrar la ejecución de tareas investigativas serias tendientes a señalar el compromiso penal del agente, que tuvieron resultados negativos. Es decir, el postulante debe acreditar que agotó un programa metodológico para esclarecer los hechos y que el aparato investigativo de la Fiscalía General de la Nación desarrolló las tareas dispuestas para probar la existencia de un hecho punible pero el resultado fue infructuoso.

Como en este asunto el enfoque del delegado gravitó alrededor de la causal cuarta, esto es, atipicidad de la conducta, no argumentó y mucho menos demostró que para el instructor es imposible desvirtuar la presunción de inocencia que arropa al adolescente A P P, no podía el *a quo* y menos esta Sala de Decisión, decretar la preclusión de la investigación respecto de los hechos del 13 de junio de 2013, cuando agentes de la Policía lo aprehendió llevando 452.1 gramos de marihuana.

⁶ “Artículo 332. Causales. **El fiscal** solicitará la preclusión en los siguientes casos:

“(…)

6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.

Radicado: 05-001-60-01250-2013-01405
Indiciado: A P P
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Con fundamento en lo expuesto, la **SALA DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RECHAZA** el recurso de apelación que presentó el defensor del adolescente. **CONFIRMA** la decisión del 25 de octubre de 2017, por la cual el Juez Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con funciones de conocimiento de Medellín, **NEGÓ** la preclusión de la investigación que postuló el delegado de la Fiscalía General de la Nación en favor del menor A P P.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado

EDINSON ANTONIO MÚNERA GARCÍA
Magistrado

DARÍO HERNÁN NANCLARES VÉLEZ
Magistrado