



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Sustanciador

Santiago Apráez Villota

Aprobado Acta No. 136

Medellín, julio cuatro (4) de dos mil veintitrés (2023)

En audiencia celebrada el 29 de julio de la pasada anualidad, la Juez 3º Penal del Circuito de Bello denegó la solicitud de preclusión solicitada por un representante de la Fiscalía General de la Nación en favor de Dexter Rosa Monsalve, determinación contra la cual el defensor interpuso los recursos de apelación y subsidiario de reposición; negado el segundo, la Sala procede a resolver lo pertinente.

ANTECEDENTES

1. Los hechos que dieron origen a la actuación fueron relatados por la funcionaria de conocimiento en los siguientes términos:

“De acuerdo con la información recibida por las autoridades de policía, en el conjunto residencia campestre ubicado en la carrera 78 No. 40-25

apartamento 408 del municipio de Copacabana, residían personas dedicadas a la producción y comercialización de estupefacientes, los que camuflan en mecato con galletas y gomas, las empacan en envolturas que dicen stoner patch, trips ahoy y storeo, y las distribuían, en colegios y parques y hasta en el mismo conjunto residencial, con esta información y luego de adelantar pruebas que confirmaban ese dicho, por parte de la fiscalía se libró orden de registro y allanamiento la cual se hizo efectiva el 11 de mayo de 2022.

En el inmueble fue sorprendido y capturado en flagrancia el señor Dexter Rosa Monsalve cuando almacenada en un armario varios paquetes de diferentes dulces con fuerte olor a marihuana, 32 paquetes cada uno con 3 gomitas con fuerte olor a marihuana, 3 paquetes con 2 galletas de marihuana y otros dos paquetes con una galleta cada una con olor a marihuana, igualmente encuentran 80 envolturas sin utilizar con letrero stoner patch, 67 con letreros doble stuf stoneo, 40 empaques con letrero trips ahoy used, 7 plantas de marihuana dentro de un armario con luz y ventilación artificial, 10 botellas similares a cerveza con olor a marihuana, una gramera y siete frascos de vidrio con sustancia vegetal similar a la marihuana.

Pese a que en el escrito de acusación no se hace referencia al peso de la sustancia incautada, se ubica la conducta en el inciso tercero del artículo 376 del Código Penal, y conforme a los elementos materiales trasladados por la fiscalía se observa en la prueba inicial realizada a las golosinas encontradas con olor a marihuana que efectivamente las mismas contenían:

“Muestra 1. Gomitas. 965.1 g de marihuana

Muestra 2. Galletas tipo oreo 81.6 g de mariguana

Muestra 3. Galletas cafés 28,4 g de marihuana.

Conforme las fotografías allegadas por la fiscalía, los dulces con marihuana se encontraban en empaques sellados, como una golosina.

Nada dijo la fiscalía en la exposición en relación con el peso de la sustancia encontrada en los siete frascos de vidrio.”.

2. En capturado fue presentado ante el Juzgado 2° Promiscuo Municipal de Copacabana con función de control de garantías el 12 de mayo de 2022, ante quien se legalizó el procedimiento respectivo y por parte de un representante de la Fiscalía General de la Nación se formuló imputación por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado (artículos 376.3 y 384,1 –literal b- del código penal) en concurso con el delito de fabricación y comercialización de sustancias nocivas para la salud (artículo 374). El procesado no se allanó a los cargos.

3. El Fiscal 176 Seccional presentó escrito de acusación en contra de Dexter Rosa Monsalve por el delito descrito y penado en el artículo 376.3 del código penal, por lo que la actuación pasó a conocimiento del Juzgado 3° Penal del Circuito de Bello, cuya titular fijó fecha para llevar a cabo la audiencia respectiva para el 18 de julio de la pasada anualidad, la cual fue variada por una de preclusión.

4. Para el representante de la Fiscalía General de la Nación el comportamiento observado por el procesado es atípica, como quiera que no se acreditó en los términos del artículo 376.3 del código penal que Dexter Rosa Monsalve *“fuera vendedor, productor, más sí que fuera consumidor de dicha sustancia”.*

En orden a acreditar lo anterior citó en principio el contenido del artículo 13, inciso 4°, de la ley 1787 de 2016 para señalar que las sanciones previstas en esos casos no se aplican *“para el uso médico y científico de cannabis, siempre y cuando se tengan las licencias otorgadas ya sea por el Ministerio de Salud y Protección Social o el Ministerio de Justicia y del Derecho según sus competencias”* e indicar que el procesado presentó a través de su abogado documentos que acreditan que se dedica a la investigación científica y a la producción de cannabis y sus derivados de

manera medicada, que asiste a convenciones nacionales e internacionales sobre el tema y que trabaja en la empresa Aurora, legalmente constituida y dedicada a la investigación y producción de sustancias a base de marihuana.

Enseguida hizo alusión al delito de destinación ilícita de inmuebles para sostener que Dexter Rosa Monsalve tan solo era el arrendador del inmueble, el cual pertenece a Daniel Ricardo Gallego, a más que tenía como destinación el consumo de *“estupefacientes que cocina con mantequilla con olor a marihuana, pues de su apartamento no pueda surgir otros olores diferentes a la marihuana”*, aparte que no se logra acreditar de la información recaudada que el procesado estuviera dedicado a la venta de estupefacientes, ni a la tenencia de armas de fuego o que tuviera conexión con bandas delincuenciales.

El solicitante dijo contar con una entrevista rendida por el señor Camilo Castro y videos que dan cuenta que el procesado iba a realizar una exposición en AL Pro Expo los días 21 y 22 de mayo de 2022 y que aparecía al interior de un lote sembrado con plantas de cannabis de la empresa Aurora en Albania (Cundinamarca) el 21 de octubre de 2021, al igual que entrevistas rendidas por Dayron Alejandro Escobar Arroyave que informa que el procesado es consumidor de marihuana desde hace más de 10 años y que ha trabajado en empresas legalmente constituidas dedicadas a la producción de la yerba medicinal y Daniel Ricardo Gallego Osorio en la que informa que como propietario del inmueble ocupado por el procesado nunca recibió informes acerca de que allí se vendía o distribuía sustancia estupefaciente, una historia clínica de Dexter Rosa Monsalve y examen de toxicología que acredita su adicción a las drogas, sin que exista, de otra parte, prueba que vendiera la yerba en el sector o que perteneciera a grupos delincuenciales.

Al no haberse acreditado la finalidad de venta o distribución, pues insiste que se está en presencia de un consumidor y que lo encontrado era para fines medicinales y profilácticos, demandó la preclusión de la actuación.

4.1. El defensor avaló la solicitud de preclusión aduciendo que la investigación adelantada por la Fiscalía logró desmentir a la fuente humana que sin ningún tipo de argumentación indicaba que su prohijado pertenecía a un grupo delincuencia y que vendía gomitas a menores de edad en universidades y colegios.

5. La funcionaria de conocimiento negó la preclusión aduciendo que no se había desvirtuado la tipicidad de la conducta prevista en el artículo 376, advirtiendo de paso que el fiscal no hizo referencia en su argumentación a las conductas de destinación ilícita de inmueble y fabricación y comercialización de sustancias nocivas para la salud; respecto del primero señaló al final que así el apartamento pertenezca a otra persona ello no torna atípica la conducta y con relación al segundo que no aportó ningún permiso que pudiera acreditar que tenía permiso para fabricar o comercializar dulces de marihuana.

Y que, si bien el fiscal aportó pruebas sobre la condición de consumidor y que la existencia en el inmueble de dulces con marihuana obedecía a su labor de comercializar productos medicinales con base en la yerba, olvidó que aquello que se encontró no *“fueron pastillas, aceites o cremas a base de marihuana sino galletas y gomitas, no explicó...para que tenía...en su residencia envolturas sin usar de los mismos dulces de marihuana encontrados.”*

Tampoco aportó, en sentir de la funcionaria de primera instancia, ninguna constancia que acreditara al imputado como persona autorizada para la elaboración, almacenamiento o empaque de esos productos, así haya dicho que tenía relación con empresas reconocidas y legalmente autorizadas para la comercialización de derivados de cannabis, sin aportar siquiera constancia de un vínculo comercial.

Por demás, continuó diciendo la juez, de darse por cierto que los dulces eran para consumo personal, no tendría explicación la presencia de 187

envolturas de galletas y gomitas, listas para ser llenadas con esos productos, Y en cuanto el fiscal habría dicho que el olor a cannabis provenía de la utilización de mantequilla de marihuana, lo cierto –dijo-es que en el inmueble no se encontró ese producto.

Terminó señalando que en el apartamento se escuchaba el sonido de una licuadora hasta altas horas de la noche y que emanaba olor a marihuana, aparte que se encontraron frascos con tallos y hojas de la yerba, sobre lo cual nada dijo el representante de la Fiscalía.

6. El defensor interpuso los recursos de reposición y subsidiario de apelación, aduciendo lo siguiente:

“...se entregaron unos elementos nuevos su señoría donde efectivamente se demostraba, lo primero que el señor Dexter es consumidor de este tipo de sustancia que es el cannabis y lo segundo...que efectivamente ese cannabis también era tratado a nivel científico, ya que el señor Dexter Rosa Monsalve trabaja para la empresa Asociación Aurora Medicinal y justamente ellos hacen ese tipo de experimentos, también se aportó su señoría una entrevista del señor Camilo Castro que es el presidente de Aurora Medicinal, los cuales tienen las licencias necesarias y suficientes para generar esa asociación de científicos bajo las reglas y medidas constitucionales y de ley...y también se indicaba se aportó un certificado laboral del señor Dexter, se hizo también traslado...de unos elementos donde se identificaba al señor Mauricio Romero, que es el organizador de exhibiciones en el Centro de Convenciones Plaza Mayor y...la invitación que se le hacía al señor Dexter Rosa al V Aniversario de Cannabis Medicinal y se indicaba...que esos elementos allí recogidos como fueron las gomitas y demás elementos de productos alimenticios con insumo de cannabis era para la exhibición del día 21 y 22 de mayo de 2022..., entonces esa valoración que usted hace...sobre esos elementos sería muy interesante tenerla y hacerle valoración, toda vez que no sólo se demostró...esta exhibición que tenía el señor a los 10 días aproximadamente que fue su captura, era una exhibición de productos

alimenticios que se iban a dar en esta ocasión en esta exposición de cannabis, así mismo...se aportó elementos que fueron fotografías ilustrativas del señor Dexter Rosa Monsalve haciendo participación en una exhibición en Estados Unidos, también su señoría se aportó ...un video donde se observa al señor...en las plantaciones de Aurora medicinal...una historia clínica de una receta, se llama obra magistral, donde indicaban los consumos y que el señor Dexter como persona que está afectada por este mismo consumo que tendría que tomar para evitar el insomnio y otras dolencias que él tiene...”.

7. En el traslado como no recurrente el representante de la Fiscalía expresó que no recurrió atendiendo a la valoración realizada por la judicatura, aunque en su sentir existen elementos que acreditan la solicitud de preclusión.

8. La funcionaria de conocimiento no repuso la decisión aduciendo que ella se refirió a cada uno de los elementos probatorios que le dieron traslado y que los mismos no alcanzaban a desvirtuar la ocurrencia de las conductas punibles, sin que el defensor haya presentado argumentos que puedan llevarla a valorar nuevamente la prueba aportada, por lo que concedió la apelación ante el Tribunal.

SE CONSIDERA:

La Sala debería entrar a desatar la alzada sino fuera porque observa que el defensor no sustentó debidamente el recurso de apelación, por lo que se abstendrá de conocer de fondo el asunto propuesto.

La Sala viene en reiterar su preocupación por el desconocimiento por parte de los recurrentes de la verdadera esencia del recurso de apelación, pues de manera frecuente pretenden que la segunda instancia se abra a

trámite acudiendo a simples generalidades y dejando de lado las razones que entregan los funcionarios de conocimiento para adoptar su determinación.

Como de vieja data lo viene sosteniendo la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la sustentación es un acto trascendente en la composición del rito, ya que no es suficiente que el impugnante declare su inconformidad general con el pronunciamiento del juzgador, sino que es imperativo, además, que concrete los aspectos de los que disiente, postulando los argumentos que lo llevan a cuestionar la determinación.

Si bien no existe una técnica específica para elaborar la sustentación o no existen formas sacramentales para ello, al menos se espera del inconforme que transmita un mensaje inequívoco de mostrarse contrario a la providencia judicial, con expresión concreta de las razones que lo llevan a disentir de los argumentos entregados por el funcionario judicial, pues la segunda instancia no está erigida para entrar en ejercicios de adivinación sobre las razones de oposición que llevan al recurrente a demandar su intervención.

La sustentación del recurso, ha dicho en reiteradas ocasiones la jurisprudencia, no es más que la exposición de las razones de hecho y de derecho que aduce el impugnante como manifestación de su disentimiento en contra de una decisión que le es desfavorable.

Esta es una carga procesal en cabeza del apelante, y es por ello que debe señalarle al superior los motivos de su inconformidad en forma clara y precisa.

La cual se encuentra contemplada expresamente en la Ley, para el caso en el artículo 179 de la ley 906 de 2004 –con la reforma introducida por el artículo 91 de la ley 1394 de 2010-.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que *“El memorial de sustentación del recurso debe ser una alegación en la que de manera precisa, concreta y vinculada con los hechos o razones jurídicas del proceso, sea presentado por el recurrente para que manifieste de manera específica las razones por la cuales discrepa de la decisión que impugna. Tiene como finalidad este memorial que no se abuse del recurso ordinario de apelación y que se haga de él, cuando existan razones de discrepancia entre el criterio de las partes y la decisión que se recurre.”*.

Y ha agregado:

“La fundamentación de la apelación, por el aspecto indicado, es ya un acto trascendental. No le basta al recurrente afirmar una inconformidad general frente a la providencia que recurre, sino que le es imperativo concretar aquello de lo que disiente presentando los argumentos de hecho y de derecho que lo conducen a cuestionar la determinación impugnada. Sustentar indebidamente, en consecuencia, es como no hacerlo, y la consecuencia de la omisión es que el recurso se declara desierto” (en negrillas fuera de texto).

Tampoco le basta al inconforme reproducir sus alegatos de instancia. Así en providencia del 16 de enero de 2003 emitida dentro del Radicado 18.665, dijo esa alta Corporación que *“remitirse a lo expresado con antelación a la providencia que se recurre, no puede considerarse como sustentación, teniendo el recurrente el deber de indicarle a la Sala, si estimaba que tales sujetos procesales tenían razón, los motivos concretos y precisos por los cuales han debido ser compartidos y, por lo tanto, por qué el Tribunal se equivocó.”*.

Ese acto condición para que la segunda instancia se abra a trámite no se cumple en este caso, pues de la simple revisión de la intervención del censor en la audiencia respectiva, se constata que aquello que hace simplemente es declarar la condición de consumidor de su poderdante y

el tratamiento a nivel científico de la sustancia encontrada, remitiéndose a la información recogida, pero en ningún momento cuestiona los argumentos que llevaron a la funcionaria de conocimiento a negar la preclusión, al punto que esta se vio obligada a rechazar el recurso de reposición como quiera que *“ningún ataque hace a la valoración realizada por el Despacho de los elementos de los cuales se corrió traslado, pues a cada uno de ellos se refirió esta funcionaria y consideró que los mismos no desvirtuaban la ocurrencia de las conductas punibles..., así entonces... toda vez que no encuentra que haya presentado el señor defensor unos argumentos que puedan llevar a revalorar la prueba, no repone la decisión...”*, lo cual por cierto debió llevarla a declarar desierto el recurso de apelación, lo cual no hizo.

Si se repara con detenimiento la decisión de la juez, fácilmente se aprecia que se refirió a los documentos aportados, los cuales valoró al señalar que: *i)* el acta de registro y allanamiento a la vivienda da cuenta de los elementos encontrados y, si bien en principio podría concluirse de las declaraciones extraproceso aportadas, que las gomitas, galletas y cervezas incautadas podrían dar cuenta que se trataba de un consumidor, debía tenerse en cuenta para descartar esa finalidad que también fueron encontrados en la vivienda siete frascos con tallos y hojas de marihuana, una gramera impregnada de la sustancia, siete plántulas y 187 empaques para los mismos dulces sin utilizar, aunado a la información rendida por fuente humana y al dicho de los uniformados que participaron en el operativo de que hasta altas horas de la noche se escuchaba el ruido de una licuadora, aparte del olor a la yerba que se percibía de ese apartamento; *ii)* no obstante se aportó oficios en los que, entre otros, se hace referencia al contrato de compraventa de flor seca de cannabis y a la venta de esquejes de plantas de la yerba, los mismos nada tienen que ver con la producción de dulces de marihuana; *iii)* el certificado de existencia y representación de la empresa Aurora Medicinal con domicilio en Cajicá (Cundinamarca) no menciona al procesado como socio de la misma o como científico que ayuda al estudio genético de las plantas como refiere el representante de la Fiscalía; la minuta de contrato de cesión de derechos no está firmada; *iv)* el certificado de existencia y

representación de la empresa FCM GLOBAL SAS hace relación a la comercialización de plántulas, esquejes y flores, no a dulces y galletas como los encontrados; el contrato de corretaje con esa empresa, sólo aparece suscrito por el sindicato y carece de fecha, es decir no tiene ninguna validez; v) el representante del ente acusador nada dijo sobre las otras dos conductas que le fueron deducidas al procesado, a saber las previstas y sancionadas en los artículos 377 y 384 del código penal; el hecho de que el inmueble no pertenezca al procesado, no torna atípica la primera figura; y, vi) No se aportó permiso que pudiera acreditar que el imputado tenía permiso para fabricar o comercializar dulces de marihuana.

A esos argumentos debió dirigir el inconforme sus cuestionamientos, pero lo que hizo fue hacer su propia interpretación de los elementos probatorios recaudados, incluso de otros que hablaban de una exhibición de productos alimenticios con insumo de cannabis a realizarse los días 21 y 22 de mayo de 2022 en Plaza Mayor, para señalar que debía hacerse una nueva valoración de los aportados, lo cual no corresponde a una adecuada sustentación del recurso.

En tales condiciones, la Sala no tiene otra alternativa que abstenerse de conocer del recurso de apelación, como quiera que se encuentra ante la imposibilidad de conocerlos argumentos que en contrario debió presentar el defensor.

Por lo expuesto, esta Sala de Decisión del Tribunal Superior de Medellín,

RESUELVE:

Abstenerse de conocer del recurso de apelación propuesto por la defensa contra el auto emitido por la Juez 3º Penal del Circuito de Bello, por inadecuada sustentación.

Una vez realizada la audiencia de lectura de esta providencia, en la cual se podrá interponer el recurso de reposición, regrese la actuación al juzgado de origen, para lo de su cargo.

Cúmplase.



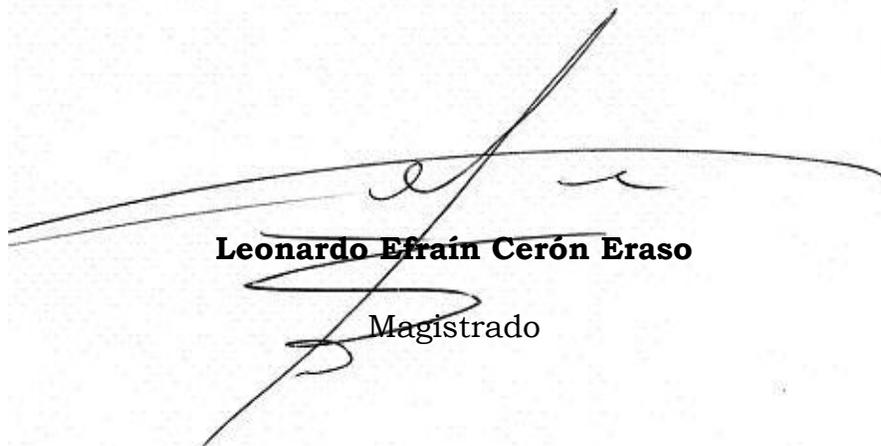
Santiago Apráez Villota

Magistrado



Óscar Bustamante Hernández

Magistrado



Leonardo Efraín Cerón Eraso

Magistrado