



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Petición de preclusión: 2022-22202

Aprobado mediante acta: 98

Medellín, junio veinte (20) de dos mil veintitrés (2023).

Apelada la negativa de preclusión proferida por la Juez Penal del Circuito de Caldas el 9 de noviembre de 2022, por parte del fiscal 110 seccional y el defensor, se decide el recurso respecto de la investigación que se adelanta contra el señor **Wilmar Alexander Gómez Gómez** como presunto autor del delito de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*.

ANTECEDENTES

1. Los hechos.

El fiscal indicó que a las 8:30 de la noche del 8 de octubre de 2022, en el municipio de Angelópolis (Antioquia), por el "MONUMENTO DE LAS MADRES", patrulleros de la Policía

capturaron al señor **Wilmar Alexander Gómez Gómez**, porque al observarle un abultamiento en la parte delantera del buzo, le hallaron 12 bolsas transparentes herméticas plásticas con una sustancia pulverulenta con características similares al "*clorhidrato de cocaína y sus derivados*" y cinco envolturas cilíndricas en papel con una sustancia vegetal verde con características parecidas a la marihuana.

El informe de investigador de campo realizado a esas sustancias concluyó, con base en la prueba de identificación preliminar homologada, que se trataba 4,7 gramos de cocaína y sus derivados, y 4,8 gramos de cannabis y sus derivados, en peso neto. También explicó, que al día siguiente se legalizó la captura y se declinó de la imputación de la conducta.

2. La solicitud de preclusión.

En audiencia del 9 de noviembre último, el fiscal solicitó la preclusión con base en los numerales 4 y 6 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, debido a que según el informe de los policías no observaron una actitud de expendio o venta en el señor **Wilmar Alexander**, y la fiscalía tiene la carga probatoria de acreditar los elementos subjetivos del tipo penal como requisito de la tipicidad, tal como lo exige la jurisprudencia.

Indicó que, según los elementos aportados por los patrulleros, este ciudadano se encontraba solitario, "*se desprendió el hallazgo de estos elementos de una labor*

cotidiana que realizan los policiales, pero no porque se hubiese hecho labor de seguimiento, de percepción por algún medio tecnológico de actividades distintas a llevar consigo sustancias alucinógenas, como podría ser rastreo con cámaras, o circuitos cerrados de televisión, videos, declaración de otras personas, o encontrados otros elementos que permitan establecer actividades distintas a llevar consigo sustancias alucinógenas, que por demás es mínima cantidad", por lo que entiende que posiblemente se trate de una dosis de aprovisionamiento.

Expuso que la dosis de *cannabis* ni siquiera alcanza la mínima de 20 gramos, por lo que la conducta es atípica, y en lo que tiene que ver con la dosis de cocaína "*muy probablemente*" se trate también de aprovisionamiento.

Por lo anterior, considera debe darse aplicación a la sentencia SP9916-2017, radicado 44997, del 11 de julio de 2017¹, que indica que respecto al artículo 376 del Código Penal, cuando la conducta se relaciona con el porte de estupefacientes, contiene un ingrediente subjetivo tácito atinente al propósito del sujeto, respecto de lo cual la carga de la prueba corresponde a la Fiscalía, a la que le compete la demostración de los elementos del tipo.

3. La decisión.

La Juez negó la preclusión. Sostuvo que, el artículo 250 de la Constitución Política establece que la Fiscalía es la titular de

¹ Con ponencia de la doctora Patricia Salazar Cuéllar.

la acción penal, y debe adelantar todos los actos investigativos que le permitan llegar a la claridad frente a los hechos que han llegado a su conocimiento, que revistan las características de ilicitud a fin de lograr la individualización e identificación del responsable y posterior judicialización.

En estas condiciones, para solicitar la preclusión, se han establecido unas causales, y en este momento no se puede decir que la fiscalía se encuentre en imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, aludiendo a lo manifestado en el informe de policía por los patrulleros. No basta solamente con tener en cuenta el momento exacto de la captura sino que hay otros elementos indicadores que le permiten al fiscal ampliar, a partir de otros actos investigativos, ese ámbito de conocimiento para aclarar quién suministró la información que recibió telefónicamente la policía, porque la presencia de los patrulleros no se dio por casualidad o por patrullaje sino por una alerta ciudadana, describiendo al capturado con sus prendas de vestir, y que lo habían avizorado vendiendo sustancias alucinógenas.

Resaltó como otro hecho indicador el informe de inteligencia, en el que se relacionó al señor Wilmar como de interés para las autoridades por estar vinculado con organizaciones delincuenciales en la venta de sustancias alucinógenas, por lo que se podría estar ante un proceso *de estructura*, y además, registra una sentencia condenatoria por concierto para delinquir en el 2017. Los elementos no solo pueden referirse a los actos urgentes realizados dentro de las 36 horas siguientes a la captura, sino que hay que realizar otros actos como búsquedas selectivas en bases de datos con las

llamadas entrantes y salientes de la estación de policía, y realizar labores de campo en el sector para establecer si se le reconoce como vendedor de estupefacientes.

Adujo que el ciudadano ha tenido vínculos con organizaciones delincuenciales, por lo que los elementos traídos por el fiscal resultan insuficientes, no se dijo que en el sector se careciera de cámaras, y aún se está a tiempo porque solamente ha transcurrido un mes de la ocurrencia del hecho. Falta realizar muchos actos investigativos, por lo que no es viable predicar la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, o la atipicidad de la conducta delictiva.

4. La apelación.

El fiscal y el defensor interpusieron recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión.

4.1. El fiscal indicó que en relación con la marihuana la cantidad incautada, el tope máximo es hasta 20 gramos conforme a lo establecido en el art. 2 de la Ley 30 de 1986, la sentencia de la Corte que mencionó en su solicitud ha impuesto una carga a la fiscalía de demostrar más allá de toda duda razonable los fines para los cuales se llevan las sustancias alucinógenas, distintos al consumo, la policía cumplió con lo ordenado, y al momento de la captura no presentaron elementos que dieran cuenta de que este ciudadano se encontraba acompañado de otras personas o que estuviese llevando una labor distinta a llevar consigo estupefaciente, que por lo demás es muy poca cantidad.

Tampoco es suficiente la llamada que un ciudadano realizó acerca de qué observo al capturado vendiendo estupefacientes para su judicialización.

No tiene ningún testigo que pueda dar cuenta que en el momento de la captura, el indiciado estuviera realizando actividades de venta, así se tenga conocimiento de que tiene sentencias condenatorias o que se dedica a las actividades de venta, concluyendo que le parece insuficiente la búsqueda selectiva en bases de datos que mencionó la Juez para determinar quién llamó a la estación de policía, porque ello no permitiría establecer con precisión si en ese momento de la captura este ciudadano estaba vendiendo estupefacientes. Indicó que si bien los posibles vídeos de cámaras de seguridad podrían arrojar indicios, también serían insuficientes para determinar la venta o suministro.

Concluyó que es procedente la preclusión porque se carecen de elementos para judicializar a este ciudadano.

4.2. El defensor manifestó que el cannabis incautado no superó la dosis personal, y según la sentencia de la Corte mencionada por el fiscal le corresponde a él demostrar más allá de toda duda razonable que esta sustancia era para una finalidad diferente a su consumo, (venta o distribución), y el fiscal no tiene elementos que lo demuestren.

Mencionó que el Acto legislativo 02 de 2009, modificó el artículo 49 de la Constitución Política, y el Estado debe proferir "*medidas profilácticas administrativas*" para procurar

que estas personas no incurran en estas conductas, que son patologías de los consumidores. Las personas usualmente llaman de teléfonos públicos para hacer este tipo de denuncias, o de un "teléfono minuter" y sería imposible hacer alguna verificación.

5. No recurrente:

El Procurador solicitó se confirme la decisión, indicando que le asiste razón a la Juez en negar la preclusión, porque la Fiscalía tiene la obligación de adelantar otros actos investigativos para determinar o descartar la responsabilidad y establecer si en el momento de la captura o antes, el capturado estaba vendiendo estupefacientes.

CONSIDERACIONES

No obstante lo contradictorio que resulta la solicitud de preclusión con base en dos causales incompatibles frente a un mismo asunto, "Atipicidad del hecho investigado" (numeral 4º) e "Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia" (numeral 6º), que describe el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal², el fiscal 110 seccional de esta ciudad, y el defensor de **Wilmar Alexander Gómez Gómez**, ante esta instancia insisten en que en este caso alguna de ellas tiene aplicación en atención a que no existen elementos materiales probatorios que demuestren el dolo de

² Porque "... una determinada conducta no puede ser **típica** y **no típica**, o **atípica**, de manera simultánea...", según lo ha explicado la Corte, por ejemplo en auto del 8 de marzo de 2017, radicado 49.710 (SP3264-2017).

expendio que debe acompañar la tenencia de la droga incautada.

En concreto, el fiscal señaló que, conforme a la carga de la prueba que tiene para demostrar el ingrediente subjetivo que conlleva el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, por el que fue capturado el indiciado, al igual que los demás presupuestos de la tipicidad y de la responsabilidad penal, más allá de la captura con las sustancias, ningún otro elemento tiene para probar la intención de venta o distribución del indiciado, pero para la Sala la "imposibilidad" que se discute de consecución de otros elementos, solo alude a una inactividad general de actos investigativos.

Es claro que, conforme al desarrollo jurisprudencial, respecto de la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el llevar consigo esta sustancia sin permiso de autoridad competente reclama como elemento implícito del tipo penal subjetivo un ánimo de expendio o distribución.

En ese sentido, en la sentencia del 7 de septiembre del año pasado (SP3191-2022, radicado 52032) la Sala Penal de la Corte recordó su línea:

"... En síntesis, conforme tiene establecido la Sala desde la sentencia del 9 de marzo de 2016 Rad. 41760, i) la tipicidad de la conducta de «llevar consigo» sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas, incluye un elemento subjetivo especial: la finalidad de tráfico o distribución, de modo que, la inexistencia de este ánimo, como ocurre cuando se porta droga para el consumo personal,

genera atipicidad; ii) la cantidad de la sustancia no es el factor determinante del juicio de tipicidad en la conducta "llevar consigo", aunque ese dato sí podrá valorarse como un indicador, junto a los otros que se encuentren demostrados, de la finalidad del agente; y iii) la carga de la prueba del referido ingrediente subjetivo, al igual que ocurre frente a los demás presupuestos de la tipicidad y de la responsabilidad penal en general, corresponde a la Fiscalía General de la Nación, según lo establecido en el inciso 2 del artículo 7 del C.P.P."

No hay discusión, entonces, en los temas que en este tipo de asuntos deben demostrarse y que los mismos están a cargo de la Fiscalía. Eso es claro.

Pero es que precisamente esa obligación que le asiste a la Fiscalía en la demostración de los elementos del tipo penal o su ausencia, es lo que echó de menos la Juez, ante la inactividad que puede fácilmente observarse respecto de varios actos investigativos que pudieron ordenarse para verificar o explorar la posibilidad o no de que el señor **Wilmar Alexander** se dedique al tráfico de estupefacientes, y nada se hizo, además de que se pasó por alto información importante que se encuentra en la carpeta.

El fiscal argumentó que al indiciado le fue hallada muy poca cantidad de estupefaciente, 4.7 gramos de cocaína y 4,8 gramos de cannabis, en peso neto, y de ello supone, además por encontrarse solo, que "*muy probablemente*" se trata de dosis para el consumo, pero olvidó relacionar el resto de elementos que aparecen en el expediente.

Además de que el argumento es especulativo, en la actuación se encuentra un informe de inteligencia³, acertadamente analizado por la Juez, acerca de que *“según las informaciones por parte de la comunidad manifiestan que el ciudadano se encuentra inmerso en el tráfico local de estupefacientes con el grupo delincuencia la balastrera y bajo órdenes de Sebastián Chavarriaga Salas... donde al momento no se tiene un lugar fijo de distribución de lo cual se sigue trabajando para llegar a esclarecer lugar y posibles horas de distribución”*, lo que aunado a lo indicado en el informe de captura acerca de que la verificación y posterior aprehensión se originó por la información de una llamada anónima a la Estación, en la que se manifestaba que *“en el monumento de la madre, había una persona aparentemente expendiendo alucinógenos...”*, podrían llegar a constituir un indicio importante.

Por coincidir con la descripción de la vestimenta y hallársele oculto en el buzo el estupefaciente, el señor **Wilmar Alexander** fue capturado y a la Fiscalía no le importó verificar el entorno en el que se encontraba, para descartar o afianzar la información de distribución. Ninguna actuación tendiente a verificar posibles videos de cámaras de seguridad, labores de vecindario, ni como mínimo una verdadera condición de consumidor del indiciado, fue realizada, razón por la cual no podemos entender una imposibilidad real de desvirtuar la presunción de inocencia, en la medida en que lo *“imposible es lo que no se pudo lograr luego de agotado el máximo esfuerzo⁴ o que, por la*

³ Del 28 de abril de 2022.

⁴ *“Para efectos de la causal sexta aducida en el asunto examinado, como quiera que ella dice relación específica con los elementos de juicio recabados, o pasibles de recabar, y su muy limitado*

propia naturaleza de lo investigado, no puede ser desentrañado”, según ha insistido la Sala Penal de la Corte.

Con estas falencias, no resulta posible precluir la investigación, advirtiéndose, además, que la cantidad de estupefaciente incautada no es importante, como parece entenderlo el fiscal, si se demuestra que se tiene para su venta o distribución:

“Con lo anterior, aun cuando se repute como categoría vigente el concepto de dosis personal⁵, aparte de su función reductiva (siempre será impune portar cantidades que no superen ese rango, **a excepción de los casos asociados al tráfico o distribución**), no es un criterio suficiente para determinar la prohibición inserta en el tipo penal. Lo que en realidad permite establecer la conformación del injusto típico es el fin propuesto de traficar o distribuir con el psicotrópico, sin perjuicio de que eventualmente la cantidad de sustancia incautada pueda servir como un hecho relevante del cual de manera inferencial se deduzcan fines de distribución.”⁶ (Negrilla de la Sala).

Por esta vía no es admisible entregar la cosa juzgada al indiciado sin perjuicio de que tratándose de una pretensión que se funda en la ausencia de tipicidad, objetiva para una dosis y subjetiva para la otra, y que no ofrece dificultades en la valoración probatoria, se ausculte la posibilidad del archivo provisional de la indagación penal.

efecto suasorio en procura de derrumbar la presunción de inocencia que como imperativo constitucional acompaña la condición sub iudice del indiciado, al fiscal solicitante le competía no solo demostrar fehacientemente, con criterios objetivos, que no es posible soportar la acusación a partir de los medios existentes, sino que no existen otros que puedan eventualmente cumplir esa función, o mejor, que ya la investigación fue decantada hasta su límite máximo en lo racional”. (CSJ AP314-2016, 27 ene. 2016, radicación n°47206).

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-491 de 2012.

⁶ Auto del 29 de abril de 2020, radicado 51627, con ponencia de la doctora Patricia Salazar Cuellar.

Por lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín:

RESUELVE

Confirmar el auto apelado. Informa que contra la presente decisión, que se notifica de manera virtual, no proceden recursos.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN