



SALA PENAL

Radicado: 05-001-60-00206-2024-00898
Imputado: Jhonatan Alexander Cartagena Caro
Delito: Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes
Asunto: Apelación de auto que niega preclusión
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 144

Medellín, veinticinco (25) de octubre de dos mil veinticuatro (2024)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la Fiscalía en contra del auto del 21 de agosto de 2024 proferido por el Juzgado 1° Penal del Circuito de Itagüí, mediante el cual negó la preclusión de la actuación.

1. EL HECHO

De acuerdo con lo narrado por la Fiscalía, este ocurrió en el municipio de La Estrella en donde el imputado *“fue capturado el pasado 14 de enero de 2024, a las 18:30 horas, cuando en procedimiento de policía le realizan una requisita y le encuentran que este llevaba una bolsa que contenía una sustancia con características similares a la marihuana, sustancia a la que se le hizo efectivamente un estudio técnico determinándose que era positiva para marihuana con un peso neto de 494,8 gramos. Con base en tal situación el fiscal de turno 2D URI formuló imputación al implicado como presunto responsable en calidad de autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes”*.

2. LA SOLICITUD DE PRECLUSIÓN

2.1. El 21 de agosto de 2024, a iniciativa de la Fiscalía, se instaló audiencia de preclusión ante el Juzgado 1° Penal del Circuito de Itagüí, en la cual el fiscal del caso pidió se precluyera la actuación en favor del señor Jhonatan Alexander Cartagena Caro, invocando la causal 6° del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, esto es, la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.

Aseveró el ente acusador que se formuló imputación debido a la gran cantidad de estupefaciente incautado, pero al indagar acerca del motivo por el que se tenía esa alta cantidad, en entrevista con la compañera sentimental del imputado, esta informó que el imputado es una persona adicta a la marihuana, la cual consume bastante a varias horas del día; además, se verificaron las anotaciones y antecedentes sin que el implicado contara con otros diferentes al correspondiente a esta actuación.

Así, concluyó que, aunque la cantidad supera lo dispuesto como dosis de uso personal, la Fiscalía no cuenta con ningún elemento que indique que esa cantidad iba a ser utilizada para efectos de tráfico o que afectara la salud pública, estableciéndose que el imputado trabaja informalmente pues al parecer recoge café y se dedica a la minería, siendo de conocimiento que en zonas rurales donde se practican o desarrolla este tipo de labores no hay acceso fácil al estupefaciente, acostumbrando los adictos a aprovisionarse de una manera cuantiosa para satisfacer su necesidad de consumo.

Por tanto, considera que se genera una duda para tomar una decisión de fondo que debe resolverse en favor del implicado porque no habría forma de que la teoría del caso de la Fiscalía saliera adelante, por lo que solicita se precluya la actuación al no haber forma de desvirtuar la presunción de inocencia.

2.2. El defensor de Jhonatan Alexander Cartagena Caro coadyuvó la solicitud de la Fiscalía, alegando que, en efecto, de las labores investigativas y de los elementos materiales probatorios recolectados, no es posible construir o estructurar la presencia del elemento subjetivo del tipo penal necesario para emitir una condena.

3. LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de primer grado negó la preclusión por cuanto, para que proceda la causal invocada, se debe estar frente a una situación en que se alberguen dudas pese a la Fiscalía haber agotado todas las actuaciones investigativas que razonablemente puedan adelantarse. No compartió el criterio del fiscal en tanto puede suceder que una persona consumidora de estupefacientes a la vez participe en el tráfico, requiriéndose un ingrediente subjetivo adicional como lo es determinar la finalidad para la que se portaba la droga.

En cambio, aseveró ser del criterio de que aprovisionamientos demasiado elevados llevan a la construcción de indicios bastante serios relacionados con la intención de tráfico porque tener tanta cantidad de droga exige tener las

condiciones económicas para hacerlo y en este caso se trata de 494 gramos de marihuana que podría tener un costo de \$494.000, se dice que el imputado tiene una pareja con dos hijos y se tendría que demostrar que le sobra tanto dinero que puede dedicar ese valor solo para el estupefaciente, por lo que debería demostrarse que cuenta con ingresos superiores o uno excepcional que justificara la cantidad de aprovisionamiento.

Así mismo, advirtió que otra forma de demostrar el aprovisionamiento sería a través de una certificación médica o historias clínicas en que conste que el consumo realmente es crónico y preocupante, no simplemente la declaración de la esposa del imputado. Sostuvo que pueden existir personas que se aprovisionen porque van para el campo, pero que ello sería razonable si se fuera a zonas alejadas como el Amazonas, pero en este caso se mencionó el municipio de Andes que es una zona plagada de narcotráfico, de lo que habría conocido el juez porque una compañera suya se lo contó, y que por esto no sería razonable que el imputado fuese hasta el municipio de La Estrella a aprovisionarse.

4. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

4.1. La Fiscalía interpuso el recurso de apelación en contra de lo decidido por considerar innecesaria la recolección de más elementos de conocimiento que determinen que efectivamente el imputado tenía el estupefaciente para su consumo, en tanto el juez, alega, basó su decisión en consideraciones subjetivas.

En cuanto al salario devengado por el imputado, aduce que es difícil de establecer porque se trata de una persona que trabaja de manera informal, lo cual se estableció desde el arraigo con base en la entrevista tomada a su compañera. Se trataría de personas que trabajan la agricultura específicamente la recolección de café y así, acudiendo a las reglas de la experiencia, estas personas se desplazan a diferentes partes del país donde se generen cosechas para realizar la recolección; además de que el implicado se dedicaría a otras actividades como la minería que se realiza en zonas recónditas, labor que ejercía en Andes al momento de tomarse la entrevista a su compañera.

Estima que en el caso particular sí puede haber un nivel de ingreso para efectos de aprovisionarse de la cantidad incautada, pues el imputado es quien responde por su hogar y en ese sentido contaría con la capacidad económica suficiente; además, no le resulta ilógico que una persona que devenga un salario mínimo destine una tercera o cuarta parte de este para abastecerse de estupefaciente y se podría pensar que en este evento el ciudadano no lo consiguió en la zona donde labora porque podría resultarle más oneroso.

De otro lado, considera que la cantidad encontrada, que correspondería a 25 dosis personales, no es tan elevada porque sería para 25 días dependiendo de la actividad que desarrolle la persona que en este evento sería en el campo, reconociendo que tal aprovisionamiento es una especulación o una situación de criterio, pero que existen unos elementos que así lo indican y el implicado no cuenta con antecedentes para deducir que es proclive al delito. En cambio, afirma que de los elementos

probatorios de que dispone no se puede concluir que fuera un expendedor o que la droga la tuviera con fines de comercialización o suministro, y sería complicado establecer el elemento subjetivo que se requiere para establecer que efectivamente se está afectando el bien jurídico de la salud pública al ser del fuero interno del individuo.

En síntesis, solicita que se acceda a la preclusión solicitada ante la duda que impide desvirtuar la presunción de inocencia y así evitar un desgaste para la administración de justicia.

4.2. La defensa, como no recurrente, arguye que la analogía efectuada por el juez con otro caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia, desde el punto de vista fáctico desborda la proporcionalidad entre el hecho objeto de estudio y el traído a colación, teniendo en cuenta que en este caso la dosis supera por 25 veces la establecida para uso personal de marihuana y no en 85 veces para cocaína como sucedió en el asunto tratado por la Corte.

Estima que, al tratarse de 25 dosis, es de entender que el aprovisionamiento se hizo para un mes, esto es, para el consumo de una dosis diaria, que sería moderado ante una adicción. Además, que a nivel probatorio solo se contaría con una prueba indiciaria que sería la cantidad de la sustancia incautada, la cual requiere una corroboración más allá del elemento objetivo de tipicidad y que está ligada al subjetivo del tipo necesario para emitir un fallo de reproche. Considera que de llevar a esta persona a juicio se llegaría a un punto muerto al momento de demostrar ese elemento subjetivo.

5. LAS CONSIDERACIONES

La procedencia de la preclusión está condicionada a la demostración de cualquiera de las causales que la regulan, correspondiéndole a la Fiscalía satisfacer la carga de arrimar elementos materiales de prueba, evidencia física o información legalmente obtenida que permita aseverar con certeza su procedencia en tanto para ello no basta la mera probabilidad, como lo tiene establecido desde vieja data la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹.

Fundamentó la Fiscalía su solicitud de preclusión en la causal 6° del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, esto es, por imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia en lo que concierne a la demostración de la finalidad con la que el justiciable portaba la sustancia estupefaciente incautada, por lo cual no podría establecerse la tipicidad subjetiva de la conducta atribuida y que con esta se afectara el bien jurídico de la salubridad pública.

Cuando se invoca esta causal de preclusión, la Fiscalía tiene a su cargo acreditar que efectuó una investigación exhaustiva y que no fue posible reunir los elementos demostrativos de la materialidad del delito o de la autoría y responsabilidad del investigado, debiendo prevalecer la presunción de inocencia

¹ Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, providencia del 15 de julio de 2009, radicado 31.780, M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca:

“De manera tal que tratándose de la aplicación del instituto de la preclusión de la investigación es requisito ineludible acompañar los elementos materiales de prueba o evidencia física necesarios para demostrar la configuración de la causal alegada, la cual no se satisface con la simple versión de los hechos suministrada por el indiciado, sino acompañando los medios de prueba que corroboran su configuración fáctico-jurídica con categoría de certeza.”

como garantía fundamental y la aplicación del principio in dubio pro reo².

De ahí la importancia de que la Fiscalía, como institución, comprenda la responsabilidad que tiene cuando hace una imputación, toda vez que no puede por su propia iniciativa revocar la apertura del proceso que es la consecuencia más visible de dicho acto procesal y que, en principio, genera una situación irreversible, salvo los supuestos de preclusión que exigen plena demostración, así como del principio de oportunidad.

La Sala es consciente de que la división funcional de la Fiscalía entre fiscales URI que imputan y los que llevarán el asunto en la fase de conocimiento no está dando resultados apropiados y eficaces, puesto que la ligereza de los primeros, finalmente, le impone más cargas a los últimos; sin embargo, como se dijo, se trata de una responsabilidad institucional en la que las actuaciones o decisiones individuales de un servidor vinculan a los demás funcionarios del mismo organismo que intervienen en un asunto específico.

Entonces, la causal de preclusión objeto de estudio implica que se hubieren agotado todos los medios de prueba posibles, con el fin de demostrar la existencia del delito y la responsabilidad más allá de toda duda razonable. No se puede fundar en la mera inactividad investigativa, sino que, habiéndose realizado una búsqueda exhaustiva de las fuentes de prueba que

² Al respecto, ver auto AP6363-2015 del 28 de octubre de 2015, radicado 42949, M.P. Eyder Patiño Cabrera, Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

razonablemente deban ser indagadas, se carezca de la posibilidad de obtener resultados que conducirían a la eventual condena del procesado o, en sentido contrario, que disiparían toda duda razonable sobre la existencia del delito o su responsabilidad, imponiendo como procedente la acusación.

Desde luego que la causal 6 de la que hablamos no se fundamenta en que se carezca de la prueba para soportar adecuadamente la acusación, sino que estando presente esta situación no existe ningún otro elemento de prueba por recaudar con el que pueda lograr dicho cometido. Entonces, para su procedencia lo que debe demostrar la Fiscalía es que, agotada la investigación hasta su límite máximo, evaluada en términos razonables, le sería imposible derribar la presunción de inocencia que cobija al investigado.

Atendiendo a la naturaleza de la discusión planteada en este caso, conviene precisar que, debido a la exclusión del enfoque punitivo para el consumidor que no tenga el estupefaciente para el tráfico³, no puede estimarse que la prohibición penal de su tenencia en esas circunstancias haga parte de la descripción de la conducta prohibida, causa por la cual la exigencia del ánimo de tráfico con el que se tenga la sustancia, como ingrediente subjetivo o finalidad, debe entenderse como un elemento implícito incluido en la descripción de la conducta, por fuerza de la disposición constitucional (artículo 49 de la Constitución Política).

³ Entre otras, ver la sentencia del 9 de marzo de 2016, Rd.41.760, M. P. Eugenio Fernández Carlier

La pertinencia de esta precisión parte del presupuesto de que se trata de un consumidor que tiene la sustancia para su propio consumo, puesto que el cambio de enfoque punitivo para el consumidor consagrado en la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo 01 de 2009, no implica que cese la represión penal para las actividades relacionadas con el expendio. Esto fácilmente se entiende si se percibe que opera la represión penal aun para la tenencia de cantidades menores a las dosis personales destinadas a la distribución y venta.

Así las cosas, la determinación de la procedencia de la causal invocada, acorde con la tesis que sustenta la solicitud de preclusión, exige la satisfacción de la carga de la prueba de que no es posible demostrar que estemos en presencia de traficante, o lo que es lo mismo que no sea factible desvirtuar que la sustancia se destinaría a su propio consumo.

Al respecto, juzga el Tribunal que no se ha agotado la fuente de prueba, causa por la cual no puede estimarse, por ahora, que sea imposible desvirtuar la presunción de inocencia, de modo que cabe superar las deficiencias investigativas, como la que se refiere a dar por sentado por el simple informe de captura que no había cámaras o registro filmicos del suceso, lo que debió ser corroborado, así como descartar que cámaras privadas no registraran los hechos, o probar que dicha fuentes para este momento son inútiles.

De manera análoga, una fuente de prueba a explorar la constituyen las entrevistas a los policías que realizaron la captura, con quienes se podría ahondar en determinar las

condiciones en las que fue aprehendido el señor Jhonatan Alexander Cartagena Caro, la actividad que desarrollaba a las horas de la tarde en que fue capturado, las condiciones del sector, corroborando lo que sea del caso frente a las plazas de vicio del lugar si las hay, en procura de encontrar una explicación razonable del porqué se tenía la cantidad de sustancia en dicho sitio y cualquier otra información con la que cuenten que pueda dar lugar a descubrir o descartar la existencia de medios de prueba con los que la Fiscalía soporte su teoría del caso.

Así mismo, se podrían recibir entrevistas a vecinos, conocidos u otros familiares del imputado que puedan refrendar la versión entregada por su compañera sentimental sobre su condición de asiduo consumidor de marihuana y con relación a las labores que desempeña de manera informal, pues no deja de ser una declaración que debe ser corroborada en virtud de la sospecha que se genera por obvias razones, dado el interés de proteger a su consorte y en ese sentido se requiere de otros elementos de juicio para contrastar lo afirmado por esta declarante.

En modo alguno se trata de auspiciar que sin prueba sólida se persiga penalmente a los eventuales responsables de las infracciones al ordenamiento penal, sino de asegurar la consistencia y seriedad que debe caracterizar la indagación, mientras sea posible realizar.

En consecuencia, si no se han agotado las posibles líneas de investigación, mal podría concluirse que la Fiscalía está en “imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia”, pues “imposible” es lo que no se puede lograr luego de agotado el

máximo esfuerzo, lo cual será causa suficiente para denegar la solicitud de preclusión y, por ende, confirmar el auto recurrido.

Esta contundente razón de la decisión no puede dejar de considerarse, así el juez hiciera valoraciones sin soporte probatorio derivadas del conocimiento personal o especulativas y restringiera la libertad probatoria, puesto que la debilidad de la postura de la Fiscalía que impide acoger su pretensión no deviene de la valoración de las pruebas, sino de la ausencia de recaudarlas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

R E S U E L V E

Confirmar la decisión proferida por el Juzgado 1° Penal del Circuito de Itagüí, mediante la cual negó la preclusión solicitada por la Fiscalía.

Contra esta decisión, la que queda notificada en estrados al momento de su lectura, no procede recurso alguno al agotar el objeto de la impugnación.

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO

JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
MAGISTRADO

Firmado Por:

Miguel Humberto Jaime Contreras
Magistrado
Sala 08 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jorge Enrique Ortiz Gomez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
Funcionario
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Pio Nicolas Jaramillo Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
Funcionario
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **f138e26fb444ba5233edc5915044e02aa42adfdb8fc44a77495320ddb63728a**

Documento generado en 25/10/2024 02:54:26 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>