



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN

SALA DE DECISIÓN DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES

Medellín, diez de julio de dos mil veinte

Infracción:	Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes
Asunto:	Apelación auto que niega preclusión
Menor Infractor:	S.C.P.
CUI:	05001600125020180000114 01
Ponente:	Luz Dary Sánchez Taborda
Acta:	No. 083

ASUNTO A DECIDIR

Por cuanto no fueron acogidos los argumentos de la ponencia de segunda instancia presentada por el Dr. Luis Enrique Restrepo Méndez por las integrantes de la Sala de Decisión, asume la suscrita como ponente el conocimiento del recurso de apelación interpuesto por el Fiscal 238 Seccional de Medellín, contra la decisión emitida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito para Adolescentes con funciones de conocimiento de la misma ciudad, el día 10 de marzo de 2020, mediante la cual negó la solicitud de preclusión impetrada por el ente acusador, en el proceso que se adelanta en contra del adolescente S.C.P., por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes.

ADVERTENCIA PRELIMINAR

Como medida para proteger la intimidad del joven involucrado en este asunto y en aras de hacer efectivo el principio constitucional que garantiza la salvaguarda de su interés superior, la Sala suprimirá de esta providencia y de toda futura publicación de la misma sus nombres. En consecuencia, será llamado en el curso de la misma, S.C.P. (Artículo 33 Ley 1098 de 2006).

HECHOS

De acuerdo con la narración que de los hechos hizo la Fiscalía, consignados en el informe de policía de vigilancia para casos de captura en flagrancia, el 20 de enero de 2018, siendo las 09:46 horas en la carrera 67 con calle 26ª vía pública, fue capturado el adolescente S.C.P. luego de que fuera señalado por un ciudadano que no quiso dar sus datos, de expender sustancias estupefacientes y pertenecer al combo delincencial de “*San Francisco*”. Al ser abordado por los agentes del orden, le fueron encontradas 36 papeletas de una sustancia en polvo, que arrojó resultado positivo para cocaína y sus derivados en un peso neto de 3.6 gramos.

ACTUACION PROCESAL

Mediante escrito presentado por la Fiscalía el 20 de enero de 2020, se elevó solicitud de preclusión, con base en los artículos 331 y numeral 4º del artículo 332 del C. de P. Penal (atipicidad del hecho investigado), desarrollándose la audiencia en la que se sustentó la misma, el día 10 marzo de 2020.

Como argumentos de la solicitud expuso el Fiscal, luego de relacionar los fundamentos fácticos que originaron la noticia criminal, que desde el punto de vista objetivo el adolescente se encontraba incurriendo en la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes bajo el verbo rector de llevar consigo o portar en cantidades superiores a las permitidas, pero que si se atiende el desarrollo jurisprudencial que sobre el tema ha venido adelantando la Corte Suprema de Justicia, para la consumación del delito, es necesario el ánimo de la venta o distribución de la sustancia estupefaciente por parte del sujeto.

Que, aunque un ciudadano que prefirió permanecer en el anonimato, señaló al joven de estar expendiendo la droga, tal información no aparece acreditada en ninguna entrevista, porque aquella persona como lo afirmaron los agentes del orden encargados del procedimiento de captura dijo que temía por su vida pues al parecer el adolescente era integrante del grupo delincencial “San Francisco”.

Que, además, no cuenta con informes de cámaras de vigilancia o entrevistas de compradores, como tampoco le fue incautado dinero para acreditar que estaba en actividades de expendio, empero sí se tiene la entrevista de la madre y el informe del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar donde señalan al citado adolescente como consumidor de sustancias estupefacientes.

Resaltó que según la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, independientemente de la cantidad que se porte, se debe acreditar por parte de la fiscalía un elemento adicional en estos comportamientos que permita inferir venta, distribución o cualquier forma de tráfico citando para sustentar su dicho, la decisión de la aludida corporación emitida dentro del Radicado 56.574 del 29 de enero de 2020 con ponencia de la Magistrada Patricia Salazar Cuellar, donde al analizarse un caso análogo en el que a una mujer le fue incautada una cantidad de estupefacientes que excedió en 28,6 gramos, la permitida como dosis personal, se dijo que no obstante tal hallazgo no podía admitirse *“el criterio erróneo de que el ingrediente subjetivo del delito consiste en la sola exclusión del propósito de consumo”*, y que siendo así, ha de interpretarse que *“si la persona no es consumidora por ese solo hecho de no serlo, no quiere decir que ya está incurriendo en una conducta típica y antijurídica”*¹.

Como elementos materiales probatorios adosó los siguientes:²

- Informe de Policía de Vigilancia para casos de captura en flagrancia del 20 de abril de 2018.
- Acta de derechos del capturado del 20 de enero de 2018.
- Acta de incautación de elementos.
- Tarjeta decadactilar del menor SCP y fotocopia de tarjeta de identidad
- Acta de consentimiento.

¹ Minuto 34:58 de la audiencia

² Audiencia de Preclusión del 10 de marzo de 2020. Minuto 24:52

- Informe de investigador de campo del 20 de enero de 2018.
- Informe de laboratorio del 16 de marzo de 2018.
- Acta de arraigo familiar e
- Historia de consumo de estupefacientes del ICBF³.

Las demás partes e intervinientes no se opusieron a la solicitud de la Fiscalía.

El Juez Quinto Penal del Circuito para Adolescentes negó la solicitud, para lo cual argumentó que si bien existe información de que el joven S.C.P., es consumidor, pues así lo señalan dos de los elementos de convicción puestos a disposición por la Fiscalía, tales como la entrevista de su progenitora y el informe de la Defensoría de Familia del I.C.B.F. en el documento donde se registró el procedimiento de captura se señaló que éste era vendedor de sustancias estupefacientes, por lo que se configura una “duda”.

Advirtió que, aunque el ciudadano que hizo el señalamiento directo de S.C.P. manifestó no dar sus datos porque temía por su vida, se echa de menos la labor investigativa de la Fiscalía, porque también la madre del joven manifestó que ha estado detenido cuatro (4) veces y sin embargo nada se averiguó sobre el asunto, si respecto de esas investigaciones se le precluyó la investigación o si por el contrario fue sancionado, interrogantes que debieron ser despejados por el ente investigativo como se lo impone el artículo 250 de la Constitución Política.

Sostuvo finalmente, que la preclusión no admite dudas y que la causal invocada tiene que ser debidamente acreditada, lo que no ocurrió en el presente caso por parte del instructor⁴.

La decisión fue apelada por el Fiscal 238 Seccional, señalando como errada la postura del *a quo*, al indicar que se debe acreditar la condición de consumidor, porque lo que está aduciendo para la solicitud de preclusión es que no cuenta con

³ Folios 10 a 20.

⁴ Audiencia de Preclusión del 10 de marzo de 2020. Minuto 48:25

los elementos materiales probatorios que le permitan demostrar la finalidad del tráfico o venta de estupefacientes por parte del joven S.C.P. independientemente de si es o no consumidor, reiterando el contenido de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia traída citada como fundamento de la solicitud de preclusión. Que para el caso no resulta suficiente el señalamiento realizado por un ciudadano que no se quiso identificar, pues el mismo pudo haberse tratado de un enemigo de una banda delincriminal que a lo mejor quería hacerlo capturar, de ahí que lo único que aparece probado es su calidad de consumidor, más no de expendedor, por lo que la conducta se torna en atípica.

Hizo referencia además a la decisión en la que esta Corporación en su Sala de Decisión Penal, M.P. Leonardo Cerón, dentro del radicado 0516001250201701493, expresó que *“que la demostración de la finalidad que debe conllevar el porte tenga que darse solo en el juicio oral, conllevaría a un desgaste de la administración de justicia”*, por lo que sería absurdo iniciar un juicio oral, a sabiendas que la consecuencia necesaria sería la absolución⁵.

CONSIDERACIONES

Es competente esta Sala para resolver la alzada, de conformidad con los artículos 163 numeral 3º y 168 del Código de la Infancia y la Adolescencia, como superior funcional del Juzgado Quinto Penal del Circuito para Adolescentes.

De acuerdo a lo previsto por el artículo 331 de la Ley 906 de 2004, en cualquier momento puede la Fiscalía solicitar al Juez de conocimiento la preclusión si no existiere mérito para acusar. La acusación según lo prescrito por el artículo 336 ibídem, tendrá lugar cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar con probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe.

La preclusión es una forma anormal de terminación del proceso que extingue la persecución penal incondicionalmente, lo que la distingue de otras formas de terminación, constituyendo en sentido amplio una absolución anticipada con efectos

⁵ Audiencia de Preclusión del 10 de marzo de 2020. minuto 01:43:18

de cosa juzgada, siempre que se acrediten los supuestos de hecho de las causales establecidas por el Legislador.

La figura de la preclusión procede ante la presencia evidente de alguna de las circunstancias previstas en el art. 332 ibídem, el cual es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 332. CAUSALES. El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:

“1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.

“2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.

“3. Inexistencia del hecho investigado.

“4. Atipicidad del hecho investigado.

“5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.

“6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.

“7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del este código.

“PARÁGRAFO. Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión.”

En el *sub júdice*, corresponde a la Sala establecer, si le asistió razón al *a quo*, al negar la solicitud de preclusión presentada por el Fiscal 238 Seccional a favor del joven S.C.P., aduciendo como razón la ausencia de actividad investigativa por parte del Ente Instructor que le permitiera establecer si en efecto, como se señaló en el informe de procedimiento de captura, el joven se encontraba expendiendo sustancia estupefaciente, así como el resultado de las demás investigaciones que adujo la madre del joven se habían iniciado en su contra, o si como lo sostuvo el recurrente, no cuenta con los elementos materiales probatorios que le permitan demostrar la finalidad del tráfico o venta de estupefacientes por parte del joven S.C.P. independientemente de si es o no consumidor, por lo que la conducta se torna en atípica.

Por su pertinencia para dilucidar el problema esbozado, la Sala traerá a colación lo dicho en la Sentencia del 19 de diciembre de 2019 proferida por la Sala Penal de

Decisión de este Tribunal, con ponencia del Magistrado Dr. Pío Nicolás Jaramillo Marín, expediente radicado bajo el No. 050016000206201814981, donde se absolvió al procesado por no hallarse probado que la sustancia que le fue incautada estaba destinada a la distribución o venta, sino que se trataba de mero “porte”, se dijo:

*“Es necesario indicar que del tipo penal contenido en el artículo 376 del Estatuto Penal, no ha desaparecido el verbo rector **“llevar consigo”**, tal como lo ha argumentado la Corte Constitucional y que se ha traído a colación por la Corte Suprema de Justicia en sus pronunciamientos, que con claridad ilustra tal situación, ubicando ya no en el plano de la antijuridicidad la problemática que viene de reseñarse, sino en el de la tipicidad, y sobre ese tópico en particular se indicó, que ante la promulgación de la Ley 1453 de 2011, que modificó el artículo 376 del C. P., entre otros, suprimiendo la acepción «salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal», y conservando el verbo rector **llevar consigo**, cabrían dos interpretaciones, resaltándose de tal pronunciamiento el siguiente análisis:*

*“Tal como se deriva de la demanda y de las precisiones efectuadas en esta providencia, **la norma permite al menos dos interpretaciones:** (i) La primera, de naturaleza literal, consistente en que las conductas alternativas previstas en el tipo penal de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes del 376, **en la versión modificada por la Ley 1453 de 2011, incluye dentro de su ámbito la penalización del porte de las sustancias allí relacionadas en cantidad considerada como dosis para uso personal, en la medida que no hace ninguna salvedad al respecto;** y (ii) La segunda, que toma en cuenta el contexto, los principios constitucionales en materia de configuración punitiva, y los antecedentes jurisprudenciales, según la cual la regulación del porte de dosis para uso personal no se encuentra dentro del ámbito normativo del 376, y por ende no está penalizada.*

*Ante dos interpretaciones plausibles, **la Corte acogerá aquella que se aviene a los mandatos constitucionales y excluirá la que los contraviene. En consecuencia, declarará la exequibilidad condicionada del artículo 376 del Código Penal, tal como fue modificado por el***

artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, en el entendido de que el porte de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética en cantidad considerada como dosis para uso personal, no se encuentra comprendido dentro de la descripción del delito de ‘tráfico, fabricación y porte de estupefaciente’ previsto en esta disposición, y por ende no se encuentra penalizada”⁶.

Ello explica por qué pese a que el tipo penal contiene el verbo rector **llevar consigo**, es claro que el mismo no puede ser aplicado cuando se trata del porte de estupefacientes para uso personal, toda vez que esta hipótesis no hace parte del ámbito normativo a que se contrae el artículo 376 del C. P., según lo ha interpretado la máxima Corporación, con base, según lo adujo, en “**el contexto**” que ofrecen los hechos, “**los principios constitucionales en materia de configuración punitiva**”, y “**los antecedentes jurisprudenciales**”. Debiendo ser esa, y no otra, en criterio de esta Sala, la interpretación que debe darse a la modificación introducida por la Ley 1453 de 2011, al tipo penal que nos ocupa.

Y si ello es así, se colige sin vacilación alguna que al analizarse el caso desde el punto de vista de la tipicidad de la conducta, corresponde a la Fiscalía General de la Nación, probar que la sustancia incautada al capturado, la llevaba para el suministro a cualquier título, gratuito u oneroso, esto es, para la venta o distribución, so pena de tener que arribar el sentenciador a una decisión de absolución, bien por atipicidad de la conducta, en el caso de los consumidores habituales, o por duda probatoria, en orden a no poder establecer el contexto de venta”.

Descendiendo al caso objeto de estudio se tiene que, al hacer una revisión de los elementos materiales probatorios que arrió el Fiscal para sustentar su pedimento, se evidencia el informe de la policía de vigilancia para casos de captura en flagrancia en el que se dejó consignado que un ciudadano hizo saber a los gendarmes que “*por la canalización que se encuentra al lado de donde nos encontramos, hay un joven que viste camiseta gris y sudadera gris, de nombre Sebastián el cual está expendiendo alucinógenos (...) se logra interceptar solicitándole una requisa a la cual accede en donde se le encuentra en el bolsillo derecha de dicha sudadera*” 36

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-491 de 2012. Citada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SP2940 del 9 de marzo de 2016. Radicado 41.760.

de sustancia color blanco que en su interior contienen una sustancia polvorienta (sic) color amarillo que por color y característica se asemeja a la base de coca”.

Fue con base en dicho señalamiento, que el *aquo* consideró que se presenta “duda” que impide la declaratoria de la preclusión, porque no obstante los demás elementos de convicción como el informe del I.C.B.F. y la entrevista de la madre del joven demostrar que se trata de un consumidor, no puede pasarse por alto que en aquella oportunidad pudo estar dedicado al expendio o distribución y que ante dicha “duda”, debió la Fiscalía agotar la labor investigativa tendiente a probar la situación, como también debió indagar qué pasó con las cuatro investigaciones en virtud de las cuales el joven había sido detenido por las autoridades en ocasiones anteriores, según el dicho de la madre.

Pues bien, de acuerdo con las normas y apartes de la providencia citada en precedencia, que contiene a su vez fragmentos de pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en los que deja claro que para que se configure la conducta descrita en el artículo 376 del Código de Procedimiento Penal, es necesario que se halle probada la intención de venta o distribución por parte del imputado al momento de llevar consigo las sustancias alucinógenas, motivo por el cual, no puede la Sala compartir el criterio que esbozó el *a quo*, en la providencia objeto de apelación.

Lo anterior por cuanto, tal y como lo afirmó y demostró la Fiscalía, no obstante una persona que no fue identificada indicó a los policiales que el joven señalado como S, estaba expendiendo alucinógenos, mismo que fue capturado teniendo en su poder la cantidad de 36 papeletas de sustancia pulverulenta color amarillo, esa sola circunstancia en manera alguna permite inferir que en efecto realizaba tal actividad, mírese que aparte del dicho del sujeto anónimo referido en el informe de policía, ningún otro elemento material permitió corroborar que el adolescente en la citada oportunidad se encontraba dedicado a la venta o distribución, no le fue incautado dinero producto de la venta, tampoco la persona que lo señaló ni ninguna otra, dijo estarle comprando el alcaloide.

Ahora bien, reprocha el juez de primera instancia el que la Fiscalía no hubiere adelantado otras labores investigativas tendientes a probar el dicho de los policiales, o que a sabiendas que la madre del joven refirió que el mismo había sido detenido en ocasiones anteriores, nada hizo para conseguir el resultado de tales investigaciones, pero es que adentrándonos en la praxis del asunto, y por virtud del principio de la economía procesal, fácil resultaría concluir que de llegarse hasta la etapa del juicio oral y presentar la Fiscalía las pruebas que para el caso serían las declaraciones de los gendarmes como únicos testigos de cargos -porque el denunciante se negó a brindar su identidad, lo que impediría tomarle por lo menos una entrevista-, nada distinto a la corroboración del contenido del informe se podría obtener, como tampoco sería de mucha utilidad saber el resultado de las demás investigaciones si en cuenta se tiene que, incumbe en la vista pública probar el hecho concreto por el que el ciudadano determinado (para el caso el joven S.C.P) está siendo acusado, no así, deducir *per se* que si ha cometido otras infracciones, esa sola circunstancia deba llevar al traste con el principio de presunción de inocencia establecido a nivel Constitucional y legal.⁷

Lo anterior, lleva a la Sala a colegir que, en efecto, la Fiscalía, en este caso en particular, no estaría en la posibilidad de demostrar la finalidad de tráfico en cabeza del joven S.C.P., de quien se afirmó es consumidor de estupefacientes. Por tanto, inocuo resultaría obligarla a agotar un juicio oral, en el que su pretensión punitiva está llamada a no prosperar.

DECISIÓN

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín actuando en Sala Especial de Decisión de Asuntos Penales para Adolescentes,

RESUELVE:

REVOCAR el auto de fecha, procedencia y naturaleza indicadas al comienzo de este proveído y en su lugar **DECLARA la preclusión de la investigación a favor del adolescente S.C.P.**

⁷ Artículo 29 C.N. y 7° C.P.P.

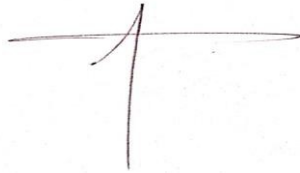
Esta Decisión se notifica en estrados y contra la misma no proceden recursos.

Por Secretaría devuélvase las diligencias al Juzgado de Origen.

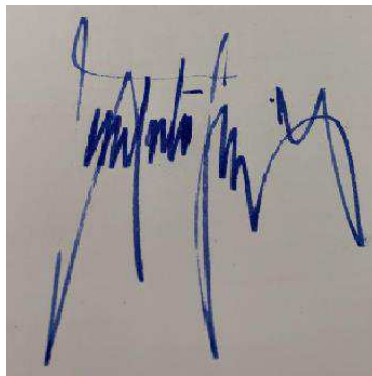
Proyecto discutido y aprobado según acta No. 083

NOTIFÍQUESE y DEVUÉLVASE.


Los Magistrados,



LUZ DARY SÁNCHEZ TABORDA
Magistrada Sustanciadora



GLORIA MONTOYA ECHEVERRI
Magistrada



LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ

Magistrado

(CON SALVAMENTO DE VOTO).