
 <p>JUSTICIA PENAL BUGA Código: GSP-FT-46</p>	<p>AUTO INTERLOCUTORIO SEGUNDA INSTANCIA</p>	
	<p>Versión: 1</p>	<p>Fecha de aprobación: 22/05/2012</p>

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA
SALA QUINTA DE DECISIÓN PENAL**

**Magistrado Ponente:
JOSÉ JAIME VALENCIA CASTRO**

Radicación: 76147-60-00-170-2015-01170-01 (AC-035-16)

Guadalajara de Buga (Valle), Febrero veintinueve (29) de dos mil dieciséis (2016)

Aprobado según Acta No. 065

OBJETIVO

Decide la Sala el recurso de apelación presentado contra el auto del 25 de enero de 2016 proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartago, en el cual denegó solicitud de preclusión presentada por la Fiscalía en proceso que se adelanta contra el señor EDINSON ANDRÉS MENESES ARANGO por presunta comisión de un delito de Fabricación, tráfico o porte de estupefacientes.

ANTECEDENTES

1. El 2 de septiembre de 2015 la Fiscalía 18 seccional de Cartago (Valle) presentó escrito de acusación en el cual narró que el 5 de julio del 2015, aproximadamente a las 3:44 horas, miembros de la Policía Nacional al atender información de riña frente al establecimiento "Ocho y media", observaron una persona identificada como EDINSON ANDRÉS MENESES ARANGO en estado de embriaguez, quien estaba siendo agredido por un grupo de personas que huyeron al notar la presencia policial; como MENESES ARANGO tenía sangre en su rostro y cabeza, decidieron llevarlo a una IPS, pero antes de subirlo al vehículo policial le practicaron registro, encontrándole en la pretina del pantalón una bolsa plástica transparente con cierre hermético que contenía 59,3 gramos

netos de marihuana; además se notó que en su tobillo izquierdo tenía instalado un dispositivo de vigilancia electrónica del INPEC, por lo que inmediatamente fue capturado

- 2. El 25 de enero de 2016, la Fiscalía solicitó preclusión con base en la causal consagrada en el numeral cuarto del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, o sea atipicidad del hecho investigado, argumentando que si bien el comportamiento realizado por el imputado encuadra en la descripción típica del artículo 376 del Código Penal bajo el verbo rector *llevar consigo*, la misma no es antijurídica, porque no vulneró el bien jurídico de la salud pública, ya que no existen elementos de convicción que permitan inferir que la sustancia estupefaciente incautada iba a ser comercializada.

El Ministerio Público argumentó que la falta de antijuridicidad no está demostrada plenamente, pues en el informe pericial de psicología se observa que en la versión inicial de los hechos el imputado dio a entender que no llevaba consigo la marihuana incautada, sino que los policías lo "cargaron", lo que indica alegato de inocencia que se debe dilucidar en etapas posteriores del proceso.

La defensa manifestó que la solicitud de la Fiscalía estaba ajustada a derecho; que si bien el imputado refirió que no portaba la sustancia incautada, se debe tener en cuenta que esa afirmación la hizo cuando estaba embriagado; además se tiene información de personas que conocen al procesado a quienes les consta que desde hace 16 años es adicto a diversas clases de sustancias estupefacientes.

AUTO APELADO

El 25 de enero de 2016 el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartago denegó la solicitud de preclusión y decidió compulsar copias para que se investigue al procesado por delito de Fuga de presos.

Consideró el *a quo* que no se probó plenamente que el imputado sea consumidor de estupefacientes, pues el perito psicólogo no logró llegar a esa conclusión; además que en esa entrevista el procesado adujo que no portaba la marihuana incautada, afirmación que hizo cuando no estaba embriagado.

EL RECURSO

La Fiscalía presentó recurso de apelación; argumenta que la conducta investigada carece de antijuridicidad, pues los informes de captura y judicialización determinan que la sustancia incautada fue marihuana con peso neto de 59.3 gramos, y se determinó que el imputado es consumidor de estupefacientes; además, la valoración del psicólogo de Medicina Legal determina que el imputado presenta rasgos de personalidad que corresponden a los de una persona con adicción a sustancias psicoactivas.

NO RECURRENTES

El **Ministerio Público**, actuando como no recurrente, argumenta que el procesado manifestó ante el perito psicólogo que no portaba la marihuana incautada, razón por la cual no se puede aceptar la causal de preclusión alegada por la Fiscalía; además, el perito psicólogo no pudo concluir con plena claridad que el imputado sea adicto a la marihuana.

La **Defensa técnica**, actuando como no recurrente, argumenta que la experticia realizada por el psicólogo de Medicina Legal indica que hay criterios y rasgos que indican que el imputado es consumidor de estupefacientes, y no hay evidencias que indiquen que el acusado estaba comercializando la marihuana incautada.

CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

De acuerdo a lo consagrado en el numeral 1 del artículo 34-1¹ de la Ley 906 de 2004, esta Corporación es competente para resolver la impugnación.

2. CONTROVERSIA.

En atención a los argumentos expuestos por el impugnante, el problema jurídico que debe dilucidar el Tribunal radica en precisar si se debe decretar preclusión con fundamento en la tesis según la cual el señor EDINSON ANDRÉS MENESES ARANGO portaba para su consumo la cantidad de marihuana que le fue encontrada.

En orden a cumplir la tarea anunciada sea lo primero expresar que el Acto Legislativo No 02 de 2009 modificó el contenido del artículo 49 de la Constitución Política y en su texto consagró que:

“El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por

¹ **Artículo 34.** De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen:

1. De los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia proferan los jueces del circuito y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito.

consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos.”

Al analizar los apartes atrás aludidos, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema Justicia en providencia del 12 de noviembre de 2014 emitida en el Proceso SP15519-2014 Radicación N° 42.617 con ponencia del Honorable Magistrado GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ expresó que esos párrafos

“contemplan el consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas como un problema de salud pública, siendo ésta una novedad constitucional. En ese orden, el análisis de la reforma permite atisbar unos criterios rectores en relación a la situación problemática que por vez primera se regula expresamente en el texto superior, los cuales, entre otras cosas, encuentran pleno respaldo en los parámetros interpretativos expuestos en la sentencia C-574 de 2011, los cuales fueron reiterados en la C-882 del mismo año y en la C-491 de 2012. Tales criterios son:

- 1. El porte y el consumo de drogas continúan siendo conductas desvaloradas por el ordenamiento jurídico, por lo que se restringen en el grado de prohibición. Ante tal medida, la Corte Constitucional advirtió que **prohibir no implicaba penalizar y que la enmienda sólo persiguió lo primero**²...*

- 2. El ámbito de la prohibición constitucional no cubija el porte y el consumo de drogas cuando el mismo obedece a una prescripción médica. Ello implica que ningún efecto jurídico adverso puede producir la conducta exceptuada.*

² “5.4.3. En lo que respecta a la definición de “prohibición”, el Diccionario de la Real Academia Española lo define como “el vedar o impedir el uso o ejecución de algo”. Este concepto de prohibición se diferenciaría del concepto de “penalización” que se define desde el punto de vista jurídico como “el tipificar como delito o falta una determinada conducta” y desde el uso común como “el imponer una sanción o castigo”. Teniendo en cuenta lo anterior, la norma no iría en contra del precedente de la Sentencia C-221 de 1994 y las Sentencias de la Corte Suprema sobre antijuridicidad material en la llamada “dosis de aprovisionamiento”, **ya que no se trataría de penalizar en este caso, sino de prohibir.** (...)”. (Negritas por fuera del texto original).

3. **Se determinó que la consecuencia jurídica de incurrir en el comportamiento restringido son medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, terapéutico y profiláctico que, en todo caso, deben ser consentidas por el consumidor...**

4. **Se declara al consumidor y en grado sumo al adicto como sujeto de especial atención y protección estatal, lo cual crea en su favor una discriminación positiva orientada a la prevención de comportamientos dañinos para su salud y para la de la comunidad. Esa protección reforzada se funda en que "la drogadicción crónica es una enfermedad psiquiátrica que requiere tratamiento médico en tanto afecta la autodeterminación y autonomía de quien la padece, dejándola en un estado de debilidad e indefensión que hace necesaria la intervención del Estado en aras de mantener incólumes los derechos fundamentales del afectado..."; tal y como lo había dicho la Corte Constitucional en las sentencias T-1116 y T-814 de 2008. En esta última, inclusive, ya se había anticipado la idea según la cual:**

(...) es dable afirmar que quien sufre de fármacodependencia es un sujeto de especial protección estatal, pues a la luz de la Carta Política y de la jurisprudencia constitucional, se trata de una persona que padece una enfermedad que afecta su autonomía y autodeterminación, pone en riesgo su integridad personal y perturba su convivencia familiar, laboral y social. Así las cosas la atención en salud que se requiera para tratar efectivamente un problema de drogadicción crónica, debe ser atendida por el Sistema integral de seguridad social en salud, bien a través de las empresas promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado o mediante instituciones públicas o privadas que tengan convenio con el Estado. (Negritas por fuera del texto original).

5. **Se obliga al Estado a adelantar campañas de prevención contra el consumo de drogas y en favor de la recuperación de los adictos.**

(...)

6. **Conclusiones generales**

Con base en el anterior análisis se puede concluir:

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 medular 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.” (Negrillas del Tribunal).

Así las cosas, en este caso se debe dilucidar lo siguiente: (i) si está acreditado que el 5 de julio de 2015 miembros de la Policía Nacional sorprendieron al señor EDINSON ANDRÉS MENESES ARANGO cuando portaba en una bolsa plástica 59,3 gramos netos de marihuana; y (ii) establecer si está acreditado que dicho señor portaba esa sustancia para su consumo, veamos:

1. PORTE.

En lo referente a que si está acreditado que el 5 de julio del 2015 en horas de madrugada miembros de la Policía Nacional sorprendieron al señor EDINSON ANDRÉS MENESES ARANGO cuando portaba en una bolsa plástica 59,3 gramos netos de marihuana, el Tribunal observa que el 28 de noviembre de 2015 al referirse el procesado a su captura le manifestó al psicólogo de Medicina Legal JORGE OLMEDO CARDONA lo siguiente:

“Estaba en domiciliaria y me cargaron con una vareta los tombo, yo camello con rosas y estaba en Ocho y Media, que es un bailadero y yo estaba ahí y tenía un alegato con una gente, porque no me querían dejar trabajar en el bailadero, estaba alegando con la gente y me llamaron los policías y me

requisaron y no me encontraron nada y entonces me llevaron para el CAI del Berlín y me tiraron al piso y el comandante Ramos y el cabo Villegas Melo me cargaron con esa marihuana...” (Folios 20 a 25).

El hecho de que el señor EDINSON ANDRÉS MENESES ARANGO afirmara al psicólogo de Medicina Legal JORGE OLMEDO CARDONA que no portaba la marihuana incautada, no impide cerrar el análisis de preclusión, pues en atención a su fundamental derecho de no autoincriminarse es aceptable que mintiera si en su entender consideraba que ello lo favorecía.

Así las cosas, la Sala acepta como cierto el contenido del informe suscrito por el policía EDERSON ALEJANDRO BUITRAGO RODRÍGUEZ (Folios 27 a 37), en el cual refiere que el 5 de julio del 2015, en horas de la madrugada, el señor EDINSON ANDRÉS MENESES ARANGO fue sorprendido cuando portaba una bolsa plástica que contenía 59,3 gramos netos de marihuana, pues nada permitir inferir que el contenido de ese escrito sea mendaz, máxime cuando el hallazgo de la marihuana ocurrió cuando los policías pretendían auxiliar al procesado.

2. CONSUMO.

Observa el Tribunal que en la entrevista que el psicólogo de Medicina Legal JORGE OLMEDO CARDONA le hizo al procesado este manifestó lo siguiente:

“He pagado dos condenas por hurtos, agravado en Bogotá, la primer condena fue en Cartago Valle en el 2.000, tenía 18 años y salí a los 20 años, después me condenaron por una vareta 2 meses y 6 días por adicto en el 2004, la otra fue por hurto en el 2007 fueron 54 meses, en el 2014 en el Belén por hurto y me dieron domiciliaria hasta ahora...” Sobre enfermedades patológicas refirió: **“...adicción a los estupefacientes pepas, adicto mucho a la marihuana, para no fumar bazuco fumo marihuana...”** Al preguntársele qué le gusta, contestó: **“La marihuana, me gusta el futbol y jugar parqués...”** Sobre el consumo de sustancias psicoactivas dijo: **“Empecé a los 15 años a consumir marihuana...y desde ahí, después**

probé las pepas y el pegante, eso a veces como que me borra la mente por ahí media hora, usted ve cosas, escucha cosas, como animales pero no están, con las pepas sí me relajo y unas me ponen activo, Rivotril vale 3.000, perico cada 8 días me vale 7.000 el gramo, no me deja dormir y ganas de chica, el bazuco consumía dos veces a la semana eso vale a 2.500, eso produce pánico, se encierra uno... la marihuana me da hambre sueño, ganas de trabajar, no me dan ganas de comer, me hace mucha falta.” Al preguntársele qué consume actualmente dijo: **“Marihuana todos los días.”** Cuando se le preguntó cuánto consumía en la calle dijo: **“dos bolsas de Cripa que me valía 8 mil...”**

En las conclusiones de su dictamen el psicólogo de Medicina Legal JORGE OLMEDO CARDONA expresó lo siguiente:

“EDINSON ANDRÉS MENESES ARANGO presenta rasgos de comportamiento y de personalidad que corresponden a una persona con adicción a las sustancias psicoactivas marihuana.” (Folio 24)

El análisis en conjunto de la entrevista que el procesado dio al psicólogo de Medicina Legal JORGE OLMEDO CARDONA, el dictamen de dicho profesional y las declaraciones extrajudicial de KELLY TATIANA BUENO ARANGO e IBEHT ZUÑIGA CASTILLO (Folio 59) donde se refieren que les consta que el procesado desde hace 16 años es adicto a diversas clases de sustancias estupefacientes, permiten concluir que se encuentra suficientemente acreditado que el señor EDINSON ANDRÉS MENESES ARANGO es adicto a la marihuana.

Al aceptarse que el 5 de julio del 2015, en horas de la madrugada, el señor EDINSON ANDRÉS MENESES ARANGO fue sorprendido cuando portaba una bolsa plástica que contenía 59,3 gramos netos de marihuana, y que la entrevista que dio al psicólogo de Medicina Legal JORGE OLMEDO CARDONA y el dictamen de este, más las declaraciones de KELLY TATIANA BUENO ARANGO e IBEHT ZUÑIGA CASTILLO acreditan que es adicto a la marihuana, **y que no existe la más mínima evidencia que**

permita pensar que la sustancia incautada estaba destinada a ser comercializada, concluye el Tribunal que se debe aceptar que la misma era para el consumo del procesado.

La Corte Suprema de Justicia en la sentencia atrás citada expresó lo siguiente:

*“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.**”*

Así las cosas, la conducta típica realizada por el señor EDINSON ANDRÉS MENESES ARANGO al portar marihuana en cantidad superior a la prefijada por el legislador como dosis personal -que es de 20 gramos-, no tuvo la potencialidad de generar riesgo de lesión ni a la salud ni a la seguridad públicas ni mucho menos al orden económico y social, por cuanto **no existe evidencia de que pretendía comercializarla**, por lo tanto no es procedente en este caso respuesta punitiva o represiva del Estado sino, por el contrario, protección especial según lo consagrado en el artículo 49 de la Constitución Política, a través de medidas administrativas de orden profiláctico, terapéuticas y pedagógicas, asertos que obligan revocar el fallo impugnado para en su lugar precluir el caso.

Como consecuencia de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga,

RESUELVE

PRIMERO: **REVOCAR** el auto interlocutorio del 25 de enero de 2016 proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartago (Valle) en el proceso que adelanta contra el señor EDINSON ANDRÉS MENESES ARANGO por la presunta comisión de un delito de Fabricación, tráfico o porte de estupefacientes, excepto en lo referente a la compulsión de copias.

SEGUNDO: **PRECLUIR** el proceso que se adelanta contra el señor EDINSON ANDRÉS MENESES ARANGO por la presunta comisión de un delito de Fabricación, tráfico o porte de estupefacientes.

TERCERO: **ORDENAR** la libertad del señor EDINSON ANDRÉS MENESES ARANGO, la que se hará efectiva previa verificación por el INPEC de que no es requerido por otra autoridad.

CUARTO: **ORDENAR** se remita inmediatamente la actuación al Juzgado de origen.

Lo decidido queda notificado en estrados y en su contra no proceden recursos.

Los Magistrados,



JOSÉ JAIME VALENCIA CASTRO

76147-60-00-170-2015-01170-01



MARTHA LILIANA BERTÍN GALLEGO

76147-60-00-170-2015-01170-01



ALIRIO JIMÉNEZ BOLAÑOS

76147 60-00-170-2015-01170-01

Fernando Afanador Vaca.

Secretario