

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

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

Magistrada Ponente:  
**MARTHA LILIANA BERTÍN GALLEGO**

Radicado: 76275-60-00-000-2018-00067-01/AC-134-19  
Partes: Procesados: Víctor Alfonso Lucumí Rebolledo y Edward Ariel Imbachi Pastes  
Fiscalía 136 Seccional de Florida  
Defensa: Dr. Octavio Alejandro Roldán de la Cruz  
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Guadalajara de Buga, tres (3) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Discutido y Aprobado según Acta No. 68

### 1. OBJETIVO

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía 136 Seccional de Florida, Valle contra el auto interlocutorio No. 32 del 12 de marzo de 2018, proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Palmira, por medio del cual negó la solicitud de preclusión incoada por el ente acusador bajo la causal 4º del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, a favor de Víctor Alfonso Lucumí Rebolledo y Edward Ariel Imbachi Pastes a quienes se les adelanta investigación por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

### 2. ANTECEDENTES

2.1.- De acuerdo con lo señalado en el informe de captura en flagrancia<sup>1</sup> y en el informe de investigador de campo<sup>2</sup> obrantes en la carpeta, los hechos pueden condensarse así: El 6 de febrero del 2018, a eso de las 20:59 horas, en el kilómetro 1 de la vía que de Florida conduce a Miranda, los patrulleros de la Policía Nacional

<sup>1</sup> Folio 30

<sup>2</sup> Folio 34

Diego Fernando Correa Tabares y Hugo Muñoz Chantre se encontraban realizando labores de vigilancia. Dichos funcionarios realizaron señal de pare a dos individuos que se movilizaban en una motocicleta color negro, marca BAJAJ de placas UKT96C, a quienes se les practicó un registro en el maletín que llevaba el parrillero, encontrando una bolsa color blanca en cuyo interior se halló sustancia vegetal verde con olor y características similares a la marihuana. Posteriormente, se determinó mediante prueba preliminar PIPH que la sustancia incautada corresponde a cannabis sativa, con un peso bruto de 1.407 gramos y uno neto de 780 gramos. Las personas a las que se les halló el aludido material y que fueron capturadas, corresponden a Víctor Alfonso Lucumí Rebolledo, conductor del velomotor, y Edward Ariel Imbachi Pastes, pasajero.

2.2.- El 7 de febrero del 2018, se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura y formulación de imputación en contra de Víctor Alfonso Lucumí Rebolledo y Edward Ariel Imbachi Pastes, a quienes se les comunicó el cargo de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, verbo rector llevar consigo. La Fiscalía se abstuvo de solicitar imposición de medida de aseguramiento.

2.3.- El 10 de mayo del 2018, el Fiscal 136 Seccional de Florida, radicó solicitud de preclusión que le correspondió por reparto al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Palmira, Valle.

2.4.- El 12 de marzo del 2019, se realizó la audiencia de preclusión.

**El Fiscal** fundó su solicitud en la causal contenida en el numeral 4º del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, *atipicidad del hecho investigado*. Indicó el delegado que con ocasión de los interrogatorios de indiciado realizados a los imputados, aunado a los informes de psicología forense efectuados por la profesional Gladys Palencia Romero, se pudo establecer que los procesados son consumidores habituales de marihuana y que la sustancia incautada fue adquirida para su aprovisionamiento y no para la distribución o expendio. Indicó que en este caso no se observa que el bien jurídico tutelado de la salud pública haya sido lesionado.

**La Defensa**, coadyuvó la petición de la Fiscalía con similares argumentos.

2.5.- La Jueza A-quo, mediante auto interlocutorio No.32 del 12 de marzo del 2019, de no acceder a la preclusión de la investigación. El Fiscal apeló.

### **3. AUTO APELADO**

La juzgadora del primer nivel reconoció que en recientes pronunciamientos la Corte Suprema de Justicia ha señalado que cuando se establece que la sustancia estupefaciente incautada a determinada persona tenía como propósito único su consumo y no la ejecución de los verbos rectores contenidos en el artículo 376 del Código Penal, la conducta deviene atípica sin importar que el peso de la misma supere la dosis mínima establecida en la Ley 30 de 1986.

Sin embargo, según estimó la falladora A-quo, en este caso no se demostró con suficiencia el estatus de consumidores de las personas aprehendidas y tampoco se acreditó que los 780 gramos netos de marihuana que se les incautó estaban destinados de manera exclusiva para su consumo personal. Esto, con base en las siguientes premisas:

- Los informes de psicología son escuetos y traen las mismas conclusiones para las dos personas examinadas. No establece cuáles son las sustancias a las que son adictos los imputados ni la periodicidad en la que las consumen.
- Existe contradicción entre lo afirmado en el informe y lo relatado en entrevista por una pariente de Edward Ariel Imbachi Pastes, en cuanto a la asistencia de aquél a procesos de rehabilitación.

La Juez concluyó que la cantidad incautada supera con creces la dosis mínima legal y por esa razón era imperioso que se estableciera el tipo de sustancia que consumen los imputados y la periodicidad en que lo hacen para determinar si, en efecto, los 780 gramos netos de marihuana eran para su exclusivo consumo.

Por consiguiente, negó la preclusión solicitada por el ente Fiscal.

#### **4. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO**

El Delegado del ente acusador, refirió que sí demostró fehacientemente la situación especial de los imputados en relación con el consumo de estupefacientes.

Lo anterior, con fundamento en: (i) arraigo socioeconómico y familiar; (ii) interrogatorio a indiciado; y (iii) entrevistas a personas que conocen a los imputados y dan fe de que son consumidores de marihuana y no distribuidores.

Adujo que no es cuantiosa la cantidad incautada a los procesados, si se tiene en cuenta que ellos manifestaron que la adquirieron para asegurar el consumo en un período de un mes y además iba a ser dividida entre ambos.

La Fiscalía no tiene como demostrar que la marihuana incautada estaba destinada para la venta. Citó un aparte de la providencia 51.204 del 23 de enero del 2019, en la que la Corte Suprema de Justicia reiteró la carga que tiene el ente investigador de demostrar el componente anímico de la finalidad del estupefaciente hallado a los inculcados.

Mencionó también la postura del alto Tribunal en cuanto al tratamiento que se les debe dar a las personas consumidoras, que no es el de delincuentes.

En suma, solicitó que se revoque el interlocutorio proferido por la Juez A-quo y en su lugar, precluir la investigación que se adelanta contra Víctor Alfonso Lucumí Rebolledo y Edward Ariel Imbachi Pastes por el delito de Tráfico de estupefacientes.

**No recurrente.**

Manifestó que está probada la condición de consumidores de sus defendidos y que la sustancia que les fue incautada la adquirieron para su consumo. Apoya al recurrente.

## 5. CONSIDERACIONES

### 5.1.- Competencia.

Es competente esta sección de la Sala Penal para desatar la apelación interpuesta por la Fiscalía contra el auto interlocutorio No. 32 del 12 de marzo de 2019 por haberse proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Palmira adscrito a este Distrito Judicial, de donde emerge constatado el requisito demandado en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, regla de competencia diseñada bajo criterios de territorialidad y funcionalidad.

### 5.2.- Problema Jurídico.

Corresponde a la Sala dilucidar, si están acreditadas las premisas fácticas jurisprudenciales que permitan establecer la condición de consumidores habituales de los procesados y que la sustancia estupefaciente que les fue hallada tenía como designio el consumo personal de ambos, para efectos de determinar si la conducta atribuida en la formulación de imputación deviene atípica. Esto, a fin de resolver si procede la preclusión de la investigación que adelanta la Fiscalía 136 Seccional de Florida por el delito de Tráfico de estupefacientes, bajo la alegada causal contenida en el numeral 4º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

### 5.3.- Del caso concreto.

Tal como lo prescribe la Carta Política Nacional en su artículo 250, la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la *«investigación de los hechos que revistan las características de delito»* conocidos a través de denuncia, petición especial, querrela o de oficio *«siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la **posible** existencia del mismo»*.

Lo anterior significa, que si a partir de los elementos objetivos -materiales probatorios o evidencias fácticas mínimas- recaudados, es dable inferir la **posible** ocurrencia de un delito, tendría entonces, la Fiscalía, la obligación constitucional de dar inicio a la acción penal. Sin embargo, si al evaluar la evidencia recogida, encuentra que no hay prueba suficiente para acusar por presentarse duda insuperable respecto de la participación del indiciado en los hechos objeto de investigación, o hay prueba de que la conducta no existió, o no es delictiva o la persona investigada no es responsable, como cuando se configura una circunstancia que determina la ausencia de responsabilidad, debe solicitar la preclusión ante el Juez de conocimiento, e invocar la causal correspondiente conforme el artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

En el presente caso, la Fiscalía refiere que la conducta atribuida a Víctor Alfonso Lucumí Rebolledo y Edward Ariel Imbachi no es delictiva, es decir, es atípica porque no se logró acreditar el componente subjetivo característico del Porte de estupefacientes, distinto al dolo, correspondiente a la finalidad comercial de la sustancia estupefaciente encontrada a los mencionados procesados.

Lo anterior, el Delegado fiscal lo basó en reciente providencia de la Corte Suprema de Justicia, en la que se reitera la atipicidad del hecho cuando no se demuestra el designio de la droga incautada tendiente a lesionar efectivamente el bien jurídico tutelado; sobre el particular acotó el alto Tribunal:

*"En efecto, ya de manera pacífica la Corte ha sostenido, luego de un cambio gradual en la percepción del fenómeno del narcotráfico y, en especial, de la condición del consumidor o adicto, menesteroso de tratamiento de salud y no punitivo, que el verbo rector llevar consigo, establecido como uno de los tantos alternativos del artículo 376 del C.P., reclama, para su configuración punible, de un elemento subjetivo o finalidad específica, remitidos a la venta o distribución.*

*En otras palabras, que la conducta aislada llevar consigo, por sí misma es atípica si no se le nutre de esa finalidad específica."*<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> SP025-2019. Rad. 51.204. M.P. Patricia Salazar Cuellar.

La Corte respaldó la anterior afirmación en precedente, también reciente, contenido en el radicado 50.512, del 28 de febrero de 2018, en cuyo aparte pertinente para el caso concreto, se indicó que:

*“En consecuencia, se torna insuficiente apelar al criterio cuantitativo de dosis para uso personal previsto en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, como factor determinante para la configuración del injusto típico, puesto que en los eventos en que la cantidad llevada consigo no supera aquellos toques previstos por el legislador, la conducta deja de ser relevante para el derecho penal. Mientras, importa subrayarlo, cuando la acción está relacionada con el tráfico, es claro que el comportamiento se estima lesivo del bien jurídico, sin reparar en que la sustancia desborde o no aquellos rangos regulados en la ley.*

*En la misma línea, cuando la cantidad de estupefaciente supera la prevista como dosis para el uso personal, es necesario recurrir a otros factores que puedan determinar el juicio de lesividad de la conducta, de modo que la ilicitud se establezca con fundamento en criterios normativos referidos a la relevancia jurídico penal del comportamiento y a la efectiva afectación del bien jurídico protegido, en todo caso distintos al arbitrario y vago concepto legal de dosis personal.*

*Entonces, lo que en realidad permite establecer la conformación del injusto típico es el fin propuesto de traficar o distribuir con el psicotrópico, siendo equivocado recurrir a criterios como ‘ligeramente superior a la dosis personal’.*

*No en vano, de tiempo atrás la Sala consideró<sup>4</sup> como ingrediente subjetivo en el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el ánimo del sujeto que porta las sustancias alucinógenas, pues a partir de ese conocimiento se establece la realización del tipo prohibitivo (distribución), o por el contrario, se excluye su responsabilidad penal (consumo propio). Así lo señaló en el fallo que se viene citando:*

*[I]a Corte está reconociendo la existencia en el tipo penal del artículo 376 del Código Penal de lo que se conoce en la doctrina como elementos subjetivos distintos del dolo, elementos subjetivos del tipo o elementos subjetivos del*

<sup>4</sup> CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760; CSJ SP-4131, 6 abr. 2016, rad. 43512; y, CSJ SP-3605, 15 mar. 2017, rad. 43725

*injusto<sup>5</sup>, que son aquellos ingredientes de carácter intencional distintos del dolo que en ocasiones se emplean para describir los tipos penales y que poseen un componente de carácter anímico relacionado con una peculiar finalidad del sujeto realizador de la conducta descrita."*

En efecto, tal cual lo señaló el solicitante, cuando quien lleva consigo una sustancia estupefaciente tiene como propósito consumirla y no distribuirla, tal actuar resulta irrelevante para el derecho punitivo y se erige atípico.

Ahora bien, importa para el presente caso, resolver si se encuentra demostrado que los 780 gramos netos de marihuana incautada a Víctor Alfonso Lucumí Rebolledo y Edward Ariel Imbachi estaban destinados a la distribución o venta, o al consumo personal de ambos. En este último evento, la conducta que se les atribuyó en sede de formulación de imputación, sería atípica en concordancia con el precedente jurisprudencial citado.

Para recabar en la atipicidad del hecho, el ente acusador intentó acreditar que Víctor Alfonso Lucumí Rebolledo y Edward Ariel Imbachi son consumidores habituales de marihuana, a través de los interrogatorios realizados a los imputados; las entrevistas efectuadas a familiares de estos y los informes psicológicos allegados por la Defensa.

Teniendo en cuenta la salida que ofrece el actual criterio de la Corte Suprema de Justicia a quienes son sorprendidos portando estupefacientes, cuando acreditan que son adictos y que la sustancia que llevaban consigo estaba destinada a su consumo, la Sala considera que la demostración de esas circunstancias debe ser pasible de un rigor tal, que genere una certeza racional en cuanto a su ocurrencia, máxime cuando se pretende la preclusión de una investigación cuya consecuencia legal es tan concluyente frente a un hecho que objetivamente presenta las características de un delito.

---

<sup>5</sup> EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Derecho Penal – Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 517; GÜNTER STRATENWERTH, *Derecho Penal – Parte General*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, p. 171; EDMUND MEZGER, *Derecho Penal – Parte General*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 135.



En el asunto que nos ocupa, si bien en los interrogatorios a los indiciados y en las entrevistas practicadas los familiares de éstos, se señaló que Víctor Alfonso Lucumí Rebolledo y Edward Ariel Imbachi Pastes son consumidores de marihuana, tales afirmaciones debieron ser corroboradas por la Fiscalía a partir de actividades investigativas cuya precisión técnica o científica permitiera reafirmar o controvertir esa situación.

Es cierto que el proceso penal se rige por el principio de libertad probatoria, pero no se debe olvidar que ante un hecho evidente que connota la materialidad de un delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, se torna necesario contar con pesquisas cuya objetividad y precisión le generen al juzgador la convicción suficiente de que se trata de una conducta irrelevante para el proceso penal.

Los interrogatorios a los indiciados y las entrevistas de los familiares de éstos, a juicio de esta colegiatura, no cuentan con la objetividad requerida para dar por cierta una circunstancia que, en función del precedente de la Corte, los favorece en gran medida, al punto que, una preclusión a su favor cerraría de manera definitiva la investigación y haría tránsito a cosa juzgada. Una decisión de tal vigor, se insiste, debe ser sustentada en medios probatorios claros, suficientes y objetivos.

La Fiscalía cuenta con los medios técnicos y científicos para establecer que Víctor Alfonso Lucumí Rebolledo y Edward Ariel Imbachi Pates son farmacodependientes. Sin tarifar la prueba, claro está, estima esta Sala que por lo menos se debió intentar el examen clínico de sangre o un análisis psiquiátrico por parte del Instituto de Medicina Legal, a efectos de resolver si los imputados son o no adictos a alguna sustancia psicotrópica y cuánto deben consumir al día para satisfacer sus necesidades.

Lo anterior, por cuanto los informes psicológicos efectuados por una profesional particular por solicitud de la Defensa, no ofrecen los datos echados de menos por la juzgadora del primer nivel, reproche con el cual congenia esta instancia, pues son documentos escuetos que traen la misma conclusión para ambos examinados, como si se tratase de un formato preestablecido y además indica que los dos son adictos a

distintas sustancias sin establecer cuáles ni la cantidad y periodicidad en que las consumen.

Nótese incluso, que ese elemento material probatorio contiene datos distintos a los ofrecidos por los imputados en los correspondientes interrogatorios. Los dos son claros en manifestar que solamente son adictos a la marihuana, mientras que en los informes psicológicos se menciona que *“Hay dependencia física y psicológica de varias sustancias”*.

Igualmente, se indicó en dichos documentos, que los procesados han *“asistido a centros de rehabilitación, pero por motivos económicos no ha logrado terminar la rehabilitación”*. Información diferente a la suministrada por el padre de Víctor Alfonso Lucumí Rebolledo, el señor Gersain Lucumí, quien afirmó en entrevista que su hijo *“no ha estado en tratamiento por consumo de marihuana”*. Igual ocurre con Edward Ariel Imbachi Pastes, pues su sobrina Yenifer Yisel Beltrán Pastes, en entrevista manifestó que su tío *“no ha estado en tratamiento por consumo de marihuana”*. No obstante, sí declaró que su pariente ha concurrido a unos talleres programados por la Gobernación del Valle del Cauca para la prevención del consumo de sustancias psicoactivas, pero estos son gratuitos y no se acoplan con la afirmación de la profesional en psicología en tanto certifica que el examinado no pudo continuar con los tratamientos de rehabilitación porque no cuenta con los recursos económicos necesarios.

Se presentan entonces inconsistencias que no le permiten a este Juez colegiado arribar a la certeza requerida en relación con la existencia de una circunstancia que torna atípica la conducta atribuida a los procesados, como es que la finalidad de haber llevado consigo 780 gramos netos de marihuana era exclusivamente para el consumo personal de ambos. Esa situación no se ha acreditado de manera suficiente.

Además, es factible que los imputados sean consumidores habituales de marihuana, pero ese contexto per sé no es indicativo de que la cantidad incautada sea únicamente para ese propósito. La condición de adicto no es excluyente de la de traficante o distribuidor. De ahí, que además de establecer su verdadera vocación de

consumidores, también se deben agotar actividades tendientes a establecer si por virtud de la adicción que alegan tener, tenían la capacidad de consumir tal cantidad en el tiempo referido por uno de ellos (un mes); así como la posible vinculación a organizaciones relacionadas con el tráfico de estupefacientes; su situación socioeconómica como estimulante a actividades ilícitas que generen ingresos, entre otras informaciones que deben confirmarse o descartarse en orden a resolver sobre la ausencia del ánimo comercial del tipo penal en discusión y, por ende, la tipicidad o no de los hechos investigados.

Por lo tanto, la Fiscalía, por virtud de la carga probatoria que le asiste, debe auscultar en grado de suficiencia, el designio concreto de los 780 gramos de cannabis<sup>6</sup>, hallados a los inculpados y superar el facilismo con el que pretendió acreditar la condición de adictos de ambos imputados, basadas sus disertaciones exclusivamente en los interrogatorios a indiciados y en las entrevistas, que bien pueden responder a una estrategia defensiva, susceptibles de corroboración a través de informes periciales que diluciden las dudas resultantes de los que le fueron aportados por la Defensa.

Así las cosas, considera esta instancia que el auto apelado es acertado.

Sin más consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA, EN SALA DE DECISION PENAL,**

**RESUELVE:**

**CONFIRMAR** el auto interlocutorio No. 32 del 12 de marzo del 2019, proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Palmira, a través del cual negó la preclusión de la investigación solicitada por la Fiscalía, a favor de Víctor Alfonso Lucumí Rebolledo y Edward Ariel Imbachi Pastes, quienes fueron vinculados a un proceso penal por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

---

<sup>6</sup> *"No quiere decir lo anterior, que el peso de la sustancia portada deba menospreciarse ante su falta de idoneidad para determinar la tipicidad de la conducta punible, pues hace parte de la información objetiva recogida en el proceso y por tanto, junto con otros elementos materiales allegados en el juicio permitirán la inferencia razonable del propósito que alentaba al portador." (CSJ SP9916-2017, 11 jul. Rad. 44997).*

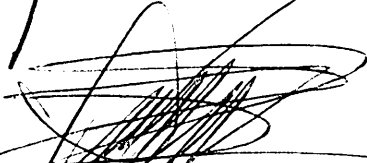
Contra esta decisión no procede recurso alguno.

**NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.**

Los Magistrados,



**MARTHA LILIANA BERTÍN GALLEGO**  
AC-134-19



**JUAN CARLOS SANTACRUZ LÓPEZ**  
AC-134-19



**JAIME HUMBERTO MORENO ACERO**  
AC-134-19

**Fernando Afanador Vaca**  
Secretario Sala Penal