

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI**



-Sala de Decisión Penal-

Magistrado Ponente
ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR

RADICACIÓN: 76 001 6000 193 2019 08694
PROCESADO: Jhonny Rodríguez Huaza
DELITO: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
REFERENCIA: Sentencia Ordinaria

PROYECTO DISCUTIDO Y APROBADO EN ACTA No.153

Santiago de Cali, agosto veinticuatro (24) de dos mil veintiuno
[2021]

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de decisión a desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia 002 del 11 de febrero de 2021, proferida por el juzgado Veinte Penal del circuito con funciones de conocimiento de Cali¹, dentro del proceso de la referencia, mediante la cual se profirió sentencia condenatoria en contra del señor Jhonny Rodríguez Huaza, como autor responsable del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo y se le impuso una pena de 64 meses de prisión y multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales.

¹ A cargo de la Dra. María Fernanda Echeverry Escobar

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76 001 6000 193 2019 08694
Proc. JHONNY RODRIGUEZ GUAZA
Del. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE ESTUPEFACIENTES
Sentencia ordinaria de 2° instancia

SINTESIS DE LOS HECHOS

Los hechos delictivos fueron citados por la A quo en los siguientes términos:

“(…)los hechos tuvieron ocurrencia el día 11 de julio de 2019 a eso de las 10:00 horas, cuando los patrulleros Winder Aguilar Verdugo, Cristian Eduardo Castillo Segura y Fredy Rivas Albornoz se encontraban realizando labores de patrullaje por la carrera 13 con calle 17 del barrio el Sucre, observaron a un ciudadano que se encontraba sentado en un muro y éste al notar la presencia policial arrojó un elemento, al practicársele un registro al elemento arrojado, encontraron una bolsa plástica y en su interior contenía ciento diecisiete (117) bolsas pequeñas, tipo ziploc, con una sustancia pulverulenta que se asemejó a la heroína. La sustancia incautada fue sometida a prueba de identificación preliminar homologada, determinándose que la sustancia decomisada dio positivo para heroína, en un peso neto de 14.8 gramos (…)”.

ANTECEDENTES PROCESALES

1) La etapa preliminar fue conocida por el Juzgado Veintiséis Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de esta ciudad, Despacho que el 12 de julio de 2019, adelantó audiencias concentradas de legalización de captura, formulación de imputación en contra del señor Jhonny Rodríguez Guaza por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, al tenor de lo dispuesto en el artículo 376 inciso 2° del Código Penal, modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, en la modalidad de llevar consigo, cargos a los cuales no se allanó y se abstiene de imponer medida de aseguramiento alguna, en consecuencia dispone su libertad inmediata.

2) El 29 de noviembre de 2019, la Fiscalía Seccional 7 (encargada) de Cali – Valle radicó el correspondiente escrito de acusación por la conducta delictiva ya mencionada; correspondiendo la causa al Juzgado Veinte Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, ante quien se celebró la respectiva audiencia el día 03 de junio de 2020.

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76 001 6000 193 2019 08694
Proc. JHONNY RODRIGUEZ GUAZA
Del. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE ESTUPEFACIENTES
Sentencia ordinaria de 2º instancia

3) Surtiéndose la audiencia preparatoria el 12 de agosto de 2020, el juicio oral el 9 de diciembre de 2020; 3 de febrero de 2021 y el 11 de febrero de 2021, se dio lectura a la sentencia ordinaria número 002, mediante la cual se condenó al señor Jhonny Rodríguez Guaza, como autor responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

4) Contra la anterior decisión, la defensa y el Ministerio Público, interpusieron recurso de apelación, sustentándolo de manera escrita conforme lo dispuesto por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO A QUO.

En la sentencia, con apoyo en decisiones iteradas de la alta Corporación, se precisa que el porte de sustancia o la modalidad conductual de llevar consigo no es punible siempre que se tenga como finalidad el consumo y no su venta o comercialización, que se encuentre dentro de los señalamiento de la literal j del artículo 2 de la ley 30 de 1986, o en cantidades superiores a estos topes, pero siempre que se trate de las sustancias específicamente señaladas en esa normativa, como marihuana, hachis, cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína y de metacualona. Como la sustancia que le fuera incautada a Rodríguez Huaza corresponde a heroína que proviene de la morfina, una sustancia natural del capullo de la amapola, no le son aplicables las reglas sobre dosis personal señaladas por la jurisprudencia, por ausencia de identidad fáctica, por lo tanto la conducta de llevar consigo los 14.8 gramoses típica, pues no le es exigible al acusador la demostración de la finalidad de comercialización de la sustancia, pues la misma no está permitida como dosis personal.

Y, siendo como es, que no hay ninguna duda que el procesado Rodríguez Huaza, tal como se demostró con la prueba testimonial vertida en el juicio por los policiales que lo aprehendieron, era quien portaba la sustancia, se

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76 001 6000 193 2019 08694
Proc. JHONNY RODRIGUEZ GUAZA
Del. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE ESTUPEFACIENTES
Sentencia ordinaria de 2º instancia

llegó a la conclusión de su responsabilidad y se le fulminó con sentencia condenatoria.

ARGUMENTOS DE LOS APELANTES

1.- El representante del Ministerio Público se alza contra la sentencia², esbozando la misma tesis de la sentencia, invocando los precedentes venidos al caso respecto de la exigencia al acusador de la acreditación del ingrediente especial subjetivo tácito, respecto de la finalidad de venta o comercialización de la sustancia estupefaciente, la que, los agentes captores la infirieron (conjeturaron) por virtud de hechos indicadores como el sector donde se produjo la captura, la adición del procesado a sustancias distintas a la incautada, la forma como llevaba consigo la sustancia, la ausencia de inyectores o cauchos, ni tuviera marcas en el cuerpo que indicaran su adicción a este tipo de sustancia; sin que quedara definitivamente demostrada la finalidad de vender la sustancia. En consecuencia, califica tal vacío como la primera duda probatoria.

Finalmente se aparta del análisis de la sentencia frente a la aplicación de la tesis de la dosis personal para la sustancia específica que le fuera incautada al procesado, heroína. Señala, sin citar sustento jurisprudencial, que la numeración señalada en el literal j del artículo 2 de la ley 30 de 1986 no es taxativa, sino simplemente enunciativa, por lo tanto, no está excluida la dosis personal y por lo tanto releva al acusador de demostrar la finalidad de venta de la sustancia. Finalmente hace una petición expresa de revocatoria de la sentencia por aplicación del principio de la duda.

2.- El representante de la defensa³, se aparta de la sentencia, solicitando se absuelva al señor Jhonny Rodríguez Guaza porque de cara a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la conducta de su representado deviene atípica, tal como lo argumentó en los alegatos de conclusión.

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76 001 6000 193 2019 08694
Proc. JHONNY RODRIGUEZ GUAZA
Del. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE ESTUPEFACIENTES
Sentencia ordinaria de 2º instancia

Refiere ausencia de lesividad con la conducta desplegada por su representado, toda vez que no fue sorprendido, en ninguna parte en el ejercicio material de venta alguna de tal sustancia estupefaciente y por ello no hubo ofensa al bien jurídico tutelado de la salubridad pública, conforme se deduce de los mismos testimonios de los policiales captos, quienes no señalan haberle visto vendiendo el estupefaciente.

COMPETENCIA

La Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto dentro del radicado de la referencia, atendiendo las consignas del artículo 34 numeral 1º de la Ley 906 de 2004, por tratarse de una sentencia de primer grado proferida por una Juez Penal del Circuito de Conocimiento de este distrito judicial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Sea lo primero manifestar que constituye una verdad de a puño que el señor Rodríguez Huaza fue aprehendido cuando llevaba consigo la cantidad de 14.8 Grs. de heroína, que una vez avistó a los policías quiso deshacerse de ella lanzándola lejos de su persona. Este tema no ha sido materia de discusión por parte de los apelantes, quienes centraron su alegato en que fundamentalmente existe duda frente a la demostración del ingrediente especial subjetivo tácito del que ha hecho referencia a la corte en diversas sentencias como el radicado 44997 de 2017, entre otras, al exigir al ente acusador la prueba sobre la finalidad de venta o comercialización o tráfico de la sustancia por parte del tenedor de la droga o sustancia estupefaciente. El segundo punto objeto de discusión por parte de la procuraduría es la consideración que hiciera el A quo en el sentido que la sustancia heroína no

² Dr. Néstor García España.

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76 001 6000 193 2019 08694
Proc. JHONNY RODRIGUEZ GUAZA
Del. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE ESTUPEFACIENTES
Sentencia ordinaria de 2º instancia

está contenida en el literal J del artículo segundo de la ley 30 de 1986 respecto de aquellas sustancias en las que se permitiría la dosis personal, es decir el porte o el llevar consigo para efectos de su consumo personal, es por eso que en la sentencia que es objeto de esta apelación se explica claramente que no es necesaria la demostración de la finalidad de venta como ingrediente especial subjetivo tácito en el autor, pues de suyo ese tipo de sustancia no tiene prevista la permisibilidad del porte o llevar consigo una dosis personal. El apelante, el delegado de la procuraduría dice que la lista de esta normativa o numeración de sustancias es simplemente enunciativa y no taxativa por lo tanto no comparte dicho argumento, sin que haya hecho uso de citas doctrinales o jurisprudenciales.

PROBLEMA JURIDICO

En efecto, el tema toral que deberá resolver la sala es frente a este último punto toda vez que el anterior, de hecho fue o hizo parte de la motivación de la sentencia en el entendido que la judicatura de primera instancia conoce claramente la obligación de acreditación por parte del ente acusador de ese tan mencionado ingrediente especial subjetivo tácito, solo que con el argumento ulterior de la ausencia de permisibilidad sobre la dosis personal dio por típica la conducta por el simple hecho de llevar consigo la sustancia.

ANALISIS DEL CASO EN CONCRETO

Resulta indiscutible que el artículo segundo literal J de la ley 30 de 1986 no hace referencia a la heroína cuando enuncia las sustancias cuya dosis personal tenga un tratamiento diferencial de las demás sustancias y cantidades; como también es una realidad que en el artículo 376 del código de procedimiento penal no excluye esa sustancia estupefaciente de aquellas

³ Dr. Eduardo G. Rueda P.

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76 001 6000 193 2019 08694
Proc. JHONNY RODRIGUEZ GUAZA
Del. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE ESTUPEFACIENTES
Sentencia ordinaria de 2º instancia

cuyo porte esté prohibido y sancionado penalmente es así que dicho artículo dice "...El que sin permiso autoridad competente introduzca al país así sea en tránsito o saque que de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente psicotrópica o droga sintéticas..." que se encuentren contempladas en normas suplementarias, para decirlo de manera más sencilla, incurrirá en la pena señalada en dicho artículo.

Obligado es señalar que este artículo 376 sustantivo penal debe llenarse de contenido con el artículo 2 literal J de la ley 30 de 1986, porque en ese sentido constituye una norma en blanco cuya descripción comportamental debe ser complementada con otra y específicamente la que hace referencia a la dosis personal determinada para cierta clase de sustancias de carácter estupefaciente psicotrópico o sintéticas.

Si bien a la hora de su creación la ley 30 en 1986 no contenía en el literal J de su artículo segundo el tratamiento diferenciado para el caso de la dosis personal en lo atinente a la sustancia objeto de este proceso es decir la heroína, no se puede prescindir de realizar el análisis desde el punto de vista constitucional en el mismo sentido en qué lo dicen las sentencias de las altas Cortes citadas tanto por el apelante como por el despacho de primera instancia, que obligan a reconocer que el consumidor es un sujeto de especial protección y que debe tener unas medidas diferentes a las punitivas, así no se encuentre la sustancia dentro del listado señalado en la ley suplementaria que hemos mencionado.

Y es que, ese es el análisis que debe hacerse en este caso, porque el ingrediente especial subjetivo tácito que ha expresado la corte en las diferentes providencias que se citan en la sentencia y en el recurso interpuesto por la Procuraduría, va destinado precisamente a la protección

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76 001 6000 193 2019 08694
Proc. JHONNY RODRIGUEZ GUAZA
Del. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE ESTUPEFACIENTES
Sentencia ordinaria de 2º instancia

del drogodependiente que salvo que se demuestre el interés o el destino de comercialización o de tráfico de la sustancia que lleva consigo se entenderá que la conducta es atípica.

Esa consideración obviamente comprende también las sustancias no señaladas en el artículo 2 literal j de la ley 30 de 1986, por mucho que tengan efectos más nocivos o generen mayor peligro para la comunidad; pues recuérdese que ese ingrediente especial subjetivo sea establecido por la Corte respecto del artículo 376 del Código Penal no de la ley 30 de 1986; en ese sentido entonces el ingrediente especial subjetivo tácito también aplica para las sustancias que se lleven consigo y cuya dosis personal no se encuentre regulada específicamente por el legislador, lo que no indica que la sala comparta que es el listado señalado en esta norma se enunciativo y que allí quepan las demás sustancias no señaladas, porque tal argumento violaría de entrada el principio de tipicidad estricta.

Dicho en otro giro la lista que aparece en la ley 30 de 1986 es taxativa y no podrá ser enunciativa porque no se ha establecido por el legislador la cantidad de sustancia que se entenderá como dosis personal respecto de las demás sustancias que no constan en ese en ese listado, pues ello amerita un estudio de los efectos que produce en el organismo humano determinada cantidad de la sustancia que corresponda.

Luego, en criterio de la Sala, en los casos que corresponda a sustancias estupefacientes diferentes a las indicadas por la ley 30 de 1986, artículo 2, literal j, debe ser tema de prueba la situación personal del procesado para determinar su dosis personal, es decir en estos casos, como el que nos ocupa, no será el legislador el que la determine sino las partes dentro del proceso.

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76 001 6000 193 2019 08694
Proc. JHONNY RODRIGUEZ GUAZA
Del. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE ESTUPEFACIENTES
Sentencia ordinaria de 2º instancia

Queda claro entonces, a riesgo de ser repetitivos, que llevar consigo la sustancia estupefaciente conocida como heroína, que no tiene identificada una cantidad que pueda considerarse dosis personal, también está sometida al tamiz del ingrediente especial subjetivo tácito relacionado con la finalidad de tráfico o comercialización de la sustancia.

Queda claro también que no se ha establecido probatoriamente que el procesado sea consumidor de heroína, ni siquiera se ha demostrado por la defensa o por la Fiscalía que necesitaré alguna cantidad de dosis para su consumo personal que pudiera establecerse probatoriamente, luego en principio no podemos afirmar que sea su dosis personal la cantidad que portaba, que es de suyo es exagerada, si en cuenta se tiene que la sustancia materia este proceso es altamente adictiva y contaminante del sistema nervioso central.

Precisado lo anterior, encuentra la sala que debe estudiarse si está acreditado que el procesado Jhonny Rodríguez Huazá a quien se le sorprendiera llevando consigo 14.8 Grs. de sustancia estupefaciente – Heroína- en 117 bolsitas, tenía la finalidad de comercialización o se puede establecer y afirmar que por tratarse de un consumidor la conducta en lo que a él respecta es atípica.

En este tema tan particular y discutido al mismo tiempo pues pareciera que en últimas se ha exigido una prueba determinada para la demostración de la finalidad de comercio o de tráfico, pues de una parte la Corte ha señalado que no se puede deducir alegremente de la capacidad económica del procesado, del entorno en el que fue aprehendido o de su ser personal o condición en particular; lo que comparte por supuesto la Sala con la precisión que cada hecho indicador, como los que se acaban de citar, insularmente considerado no podría llevar al conocimiento suficiente sobre la verdadera finalidad de quien lleva consigo la sustancia prohibida, pero la sumatoria de

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76 001 6000 193 2019 08694
Proc. JHONNY RODRIGUEZ GUAZA
Del. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE ESTUPEFACIENTES
Sentencia ordinaria de 2º instancia

los mismos, si pudiera permitir hacer alguna inferencia razonable sobre ese tópico, obviamente siempre que los hechos indicadores y las reglas de experiencia lo permitan.

Sin embargo, la Sala considera que frente a ese tipo de hechos no se ha establecido una tarifa legal y por lo tanto aplica el principio de libertad probatoria establecido en el artículo 373 del código de procedimiento penal pues cualquiera de los medios de conocimiento señalados por la ley, artículo 382 ibidem, permite llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos materia de debate y concretamente la demostración de la finalidad fenicia o venal del porte de la sustancia.

En el caso que nos ocupa se cuenta con la declaración de los policías⁴ que dieron captura a Jhonny Rodríguez Huaza, llevando consigo la cantidad 117 bolsas pequeñas tipo ziploc que contenían 14.8 Grs. como peso neto de heroína, en el barrio Sucre, concretamente en una zona de ese sector reconocida como de expendedores de heroína, pues tal como explicó el patrullero Freddy Rivas, quedó claro que en ese sector está perfectamente distribuido entre los comercializadores de la droga y que donde fue capturado Jhonny Rodríguez, corresponde al expendio de la heroína.

Si bien los captores, miembros de la Policía Nacional, son contestes al señalar que el procesado se encontraba en una zona característica del comercio de heroína, el que con mayor precisión determina el contexto de la captura de este ciudadano es el patrullero Freddy Rivas quien manifiesta, además de los pormenores de la misma, la actitud capturado momentos antes de su aprehensión que dada la cantidad de sustancia estupefaciente que fue encontrada y su naturaleza, que es exageradamente costosa y dañina para

⁴ Entre ellos los patrulleros Wilder Emilio Aguilar verdugo, Cristian Castillo segura y Freddy Rivas.

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76 001 6000 193 2019 08694
Proc. JHONNY RODRIGUEZ GUAZA
Del. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE ESTUPEFACIENTES
Sentencia ordinaria de 2° instancia

para la humanidad, le permitió inferir que el procesado no era consumidor de heroína sino que estaba en el ejercicio de la venta.

Precisa este patrullero que Jonny Rodríguez Huazá, quien además es reconocido en el sector como consumidor de marihuana, mas no de heroína, a la hora de su captura no tenía inyectores, ni bandas ni cauchos para amarrarse el brazo y permitir que la vena brote y aplicarse el producto; simplemente se le encontró con el alijo, 117 papeletas con un peso sí de 14.8.

Que de acuerdo con su experiencia, cada bolsa de heroína tiene un costo de entre \$ 7.000 hasta 12.000 dependiendo del tipo de operativo que esté realizando la policía de control, porque cuando se exageran los controles aumenta el precio y puede llegar hasta los \$12,000 cada papeleta de heroína.

Se observó un común denominador en la declaración de los policías: que no era normal encontrar esas cantidades de heroína en una persona tan común, tan cotidiana en el sector, reconocida de bajos recursos y consumidora de sustancias más simples, por así expresarlo, como la marihuana, como para pensar que la llevara consigo con fines exclusivamente de consumo.

Siendo como es que la única prueba testimonial que se llevó a juicio es la declaración de los policiales antes mencionados, toda vez que la identidad del acusado como también en la cantidad y naturaleza de la sustancia fueron objeto de estipulaciones por las partes, la Sala por virtud de los hechos jurídicamente relevantes establecidos en el proceso probatorio puede inferir razonablemente, que la captura del señor Jhonny Rodríguez Huaza se produjo portando o llevando consigo droga de alto calado en el mercado de los estupefacientes con el propósito y en ejercicio de la actividad del expendio de la misma.

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76 001 6000 193 2019 08694
Proc. JHONNY RODRIGUEZ GUAZA
Del. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE ESTUPEFACIENTES
Sentencia ordinaria de 2º instancia

Entre guiones se tiene que expresar por la Sala, que no se requiere, como dirían los antiguos procesalistas, una prueba diabólica para demostrar el destino final del comportamiento pergeñado al procesado, pues a tal se puede llegar por diversos senderos, todos admitidos por la ley. Uno de ellos es la construcción del indicio que pese a no aparecer mencionado como medio de conocimiento en el artículo 382 de la ley 906 de 2004, hace parte del sistema probatorio, por lo que conservan plena validez las inferencias lógico – jurídicas fundadas en operaciones indiciarias.⁵

Y sobre la construcción del indicio, se ha dicho por la Alta Corporación:

“...También ha señalado que para construir un indicio debe existir un hecho indicador debidamente constatado, de manera que es necesario señalar cuáles son las pruebas del mismo y qué valor se les confiere. Si no se cuenta con pruebas del hecho indicador, o existiendo no se les da credibilidad, no puede declararse probado y, por ende, tampoco puede intentarse la construcción de ningún indicio.

Demostrado el hecho indicador, a continuación, se debe expresar la regla de la experiencia que le otorga fuerza probatoria al indicio, pues eventualmente puede ser falsa, o tomada con un alcance diferente al que realmente tiene y, por ello, es indispensable señalarla para garantizar su contradicción.

Enseguida debe enunciarse el hecho indicado, cuya fortaleza dependerá del alcance de la regla de la experiencia. Y, por último, hay que valorar el hecho indicado, en concreto y en conjunto con los demás medios probatorios, en orden a concluir qué se declara probado(SP1569-2018).

⁵ Sala de Casación penal SP-4126/2020, radicación 55641 del 28-10-2020. M.P. Dr. Hernández Barbosa

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76 001 6000 193 2019 08694
Proc. JHONNY RODRIGUEZ GUAZA
Del. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE ESTUPEFACIENTES
Sentencia ordinaria de 2º instancia

De esta manera, la prueba indiciaria sí puede fundar una sentencia cuando en forma unívoca y contundente señala la responsabilidad del implicado en los hechos punibles investigados. Con todo, la valoración integral del indicio debe considerar todas las hipótesis que puedan confirmar o descartar la inferencia realizada a efectos de establecer su validez y peso probatorio.

La jurisprudencia ha señalado, en tal sentido, que la ponderación del indicio «exige al juez la contemplación de todas las hipótesis confirmantes e invalidantes de la deducción, porque sólo cuando la balanza se inclina seriamente hacia las primeras y descarta las segundas, puede afirmarse la gravedad de una prueba que por naturaleza es contingente. Rechazar la otra posibilidad lógica que puede ofrecer un hecho indicador, sin cerciorarse de que ella en realidad haya sido objeto de examen y desestimada expresa o tácitamente por el juez, sólo porque éste ya tiene sus propias conclusiones sin atención a un juicio lógico integral, sería alentar un exceso de omnipotencia contrario al razonable acto de soberanía judicial en la evaluación de la prueba, que consiste precisamente en el ejercicio de una discrecionalidad reglada en la valoración probatoria». (CSJ SP 12/05/04, Rad. 19773).

La obligación de considerar todas las variables que pueden afirmar o desvirtuar la inferencia extraída de un determinado hecho indicante, surge de la naturaleza contingente del indicio, la cual impone, para otorgársele valor probatorio, que no se trate de una simple posibilidad entre muchas otras...”

A esta conclusión se arriba en la medida en que se cuenta con declaraciones serias como la de Freddy Rivas patrullero experimentado en el control del comercio de estupefacientes en el sector más crítico de la ciudad de Cali como es el barrio Sucre, que enfatiza que ese tipo de sustancias no es de uso

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76 001 6000 193 2019 08694
Proc. JHONNY RODRIGUEZ GUAZA
Del. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE ESTUPEFACIENTES
Sentencia ordinaria de 2º instancia

frecuente por las personas como el procesado debido a su alto costo, como también porque era reconocido en el sector como consumidor de marihuana; luego entonces, la dedicación del procesado a labores menores e indeterminadas no permitiría concluir que esa cantidad de sustancia fuera de su propiedad y menos para efectos de consumo o como dosis de aprovisionamiento en el mejor de los casos, porque ello requeriría cierto músculo económico, conclusión con la que no se quiere afirmar que necesariamente el procesado sea considerado el dueño de la sustancia sino un trabajador, como lo dijo Freddy Rivas, dedicado al expendio a cambio de alguna remuneración sea en dinero o en especie .

Es apenas obvio advertir que no se está creando una regla de experiencia falsa o falaz, en cuanto a que siempre que se dan esos hechos necesariamente se pueda concluir lo mismo, es decir que el sujeto no es consumidor sino micro traficante. Lo cierto es, y así lo indican las pruebas, que el procesado era extraño a esas sustancias, que de ordinario requieren una parafernalia especial para su consumo, que no tenía el procesado, quien, a las claras, estaba en una posición propia de quien ejerce el expendio en una zona de especial consumo de heroína, con la cantidad calificada como exagerada para un mini consumidor y más cercana al mero microtraficante por comisión.

Esos hechos debidamente probados constituyen hechos indicadores, debidamente acreditados testimonialmente, a los que sumadas las reglas de experiencia permiten afirmar, en este caso concreto, que ese tipo de sustancias no está al alcance económico de personas como el procesado, que no es un reconocido consumidor de heroína de acuerdo con el conocimiento diario y rutinario de la policía que ya lo conocía en el sector como consumidor de marihuana; porque además no tenía el alijo que ordinariamente se usa para el consumo de este tipo de sustancias como son inyectores, cauchos; tampoco le notaron huellas de los punzones en sus extremidades, lo que fue

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76 001 6000 193 2019 08694
Proc. JHONNY RODRIGUEZ GUAZA
Del. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE ESTUPEFACIENTES
Sentencia ordinaria de 2º instancia

contestado de manera firme, aunque parca por uno de los policiales, si se revisa su declaración cuando la fiscal hizo la pregunta concreta sobre el tema que no le habían encontrado huellas de consumo de este producto alucinógeno⁶, como que también la zona en la que fue encontrado el procesado está clasificada como propia del mercado de la heroína.

Las reglas de experiencia informan que el consumo de heroína se hace por medio de inyecciones de la sustancia, lo que impone portar las jeringas, los cauchos y fundamentalmente tener huellas o cicatrices en la piel de las extremidades producto de las diferentes punciones aplicadas. No es una mera posibilidad de consumo, es una forma generalizada y común, por no decir universal de ingerir ese tipo de sustancias.

Es oportuno decir que para comprobar si el procesado tenía huellas de las inyecciones de heroína en sus extremidades no se requiere prueba técnica, especializado, pericial o científica, en estos casos, como en otros similares, la observación o percepción por los sentidos es un medio de conocimiento válido legalmente, conforme con el artículo 402 del C. de procedimiento Penal.

A lo anterior se suma que la defensa tampoco aportó ningún elemento de juicio que pudiera antagonizar con los hechos indicadores planteados en el párrafo anterior, que permitieran acreditar la condición de consumidor de este tipo de sustancias y si bien se dirá que la carga de la prueba en este caso le correspondía a la Fiscalía, también es cierto que cuando, como ocurren este caso, la ley no ha determinado el parámetro o límite que puede considerarse como dosis personal, le correspondía a la defensa la demostración de la calidad de consumidor de su prohijado específicamente de esta especial sustancia y la medida de sus necesidades de consumo, que

⁶ Ver declaración del Patrullero Cristian Castillo minuto 50:08; 50:42; 52:10 principalmente.

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76 001 6000 193 2019 08694
Proc. JHONNY RODRIGUEZ GUAZA
Del. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE ESTUPEFACIENTES
Sentencia ordinaria de 2º instancia

no es otra cosa que la determinación procesal de su dosis de consumo. No puede verse como una inversión de la carga probatoria si no como una tarea de investigación propia de la de la defensa, pues la Fiscalía asume la carga de probar que el alijo encontrado era para fines de tráfico o comercialización, según su teoría del caso.

Ahora bien, frente a la prueba existente qué otra posibilidad se puede inferir del comportamiento del procesado, que tenga un verdadero sustento que pueda hacer ver endeble la inferencia realizada anteriormente. Ninguna, pues los hechos indicadores además de estar claramente probados, son consistentes con la regla de experiencia con la que se les analizó, sin que constituya una falacia argumentativa, pues cuando los agentes captadores expresaron su conocimiento personal directo frente al comportamiento del procesado, simultáneamente manifestaron su asombro por la cantidad y calidad de sustancia en manos del procesado que era conocido en el sector como consumidor de cannabis sativa. El sector fue discriminado dentro del mapa del microtráfico como un espacio destinado a la comercialización específica de la heroína. No era un sector de consumo, solo de comercio.

Se podría discutir que la sustancia era para el consumo del señor Rodríguez Huaza, sin embargo, tal como se probó en el proceso si era consumidor no podría estar ubicado sedentariamente el sector, pues conforme lo señalaron los agentes se encontraba estacionado en un sitio destinado al comercio de sustancias prohibidas. Por otra parte, nada indica que fuera consumidor de ese tipo de sustancias, pues por un lado su costo era demasiado alto y la cantidad una exageración para lo que comúnmente ocurre con el consumo de esa letal sustancia. También el consumo de la heroína impone la inyección al sistema sanguíneo de la sustancia, lo que evidencia que se requiere de un menaje específico, como cauchos, inyectores, entre otros. Y, a diferencia de las otras formas de consumir sustancias estupefacientes, que no dejan a

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76 001 6000 193 2019 08694
Proc. JHONNY RODRIGUEZ GUAZA
Del. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE ESTUPEFACIENTES
Sentencia ordinaria de 2º instancia

simple vista la huella de su uso, la heroína como requiere la invasión corporal deja cicatrizada la piel de las extremidades.

Para los efectos del consumo de heroína, esas son reglas de experiencia, es decir universales, pues siempre que se consume heroína, tendrá que pagarse más dinero, se comprará menor cantidad, y quedaran las huellas de su consumo en el cuerpo.

Si las máximas de experiencia son "...construcciones teóricas con pretensiones de generalidad o universalidad que se ajustan a la fórmula lógica «casi siempre que ocurre A, entonces sucede B». Tienen como función servir de «soporte argumentativo o explicativo para apreciar el alcance de las aseveraciones de hecho comunicadas por un testigo» y, por ello, deben proponerse a partir de hechos o circunstancias demostrados (CSJ, SP 2/11/11, rad 36544). Con todo, son susceptibles de desvirtuar si el fenómeno de que dan cuenta no tiene respaldo en el material probatorio...⁷.

Con el anterior análisis la Sala a partir de los hechos indicadores debidamente acreditados, infiere razonablemente que el procesado Jhonny Rodríguez Huaza llevaba consigo la cantidad de 117 papeletas de heroína, con un peso de 14.8 grs. con fines de comercialización, expendio y tráfico. Quedando claro que de lo que está probado no se puede deducir que tuviese finalidad distinta al expendió y menos aún la del consumo.

Así, a manera de colorario, en primer lugar, si bien en tratándose de la sustancia estupefaciente heroína no se ha establecido por el legislador una dosis personal, ello no impide que procesalmente se pueda establecer en cada caso concreto, por cualquiera de los medios de conocimiento permitidos

⁷ Ibidem.

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76 001 6000 193 2019 08694
Proc. JHONNY RODRIGUEZ GUAZA
Del. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE ESTUPEFACIENTES
Sentencia ordinaria de 2º instancia

por la ley (art. 382 C. de P.P.), según la teoría del caso de cada una de las partes. En segundo lugar, la ausencia de acreditación de la dosis personal en casos como en el ocupa a esta decisión, no exonera del deber jurídico de acreditar el ingrediente especial subjetivo tácito de la finalidad o propósito de traficar o comercializar el estupefaciente, como elemento del tipo penal.

En ese orden, la Sala encuentra acertada la decisión de la A- quo, salvo las diferencias argumentativas señaladas en esta providencia, que no modifican el fondo del tema decidendum, sino que lo complementan. Ergo se confirmará la sentencia apelada, que constituye una unidad inescindible con este proveído de segundo nivel.

Sin que sean necesarias más consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, VALLE DEL CAUCA, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

- 1. CONFIRMAR la Sentencia Ordinaria No.002 de febrero 11 de 2021 proferida por el Juzgado Veinte Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, en lo que fue objeto de apelación, de acuerdo con lo motivado en esta providencia.**
- 2. Se ordena notificar la presente decisión a través del Centro de Servicios Judiciales, con la utilización de los medios electrónicos disponibles, atendiendo la coyuntura que ha generado el COVID – 19, de conformidad con el inciso 3º del artículo 169 de la Ley 906 de 2004, en concordancia con el inciso 3º del artículo 13 del Acuerdo PCSJA-11549, del 7 de mayo de 2020, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.**

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76 001 6000 193 2019 08694
Proc. JHONNY RODRIGUEZ GUAZA
Del. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE ESTUPEFACIENTES
Sentencia ordinaria de 2º instancia

3. Contra la presente decisión procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



SOCORRO MORA INSUASTY
-Primer revisor-
76 0016000 193 2019 08694



LEOXMAR BENJAMÍN MUÑOZ ALVEAR
-Segundo revisor-
76 0016000 193 2019 08694



ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
-Magistrado Ponente-
76 0016000 193 2019 08694

Esta providencia se firma digitalmente, conforme lo establecido en el Acuerdo PCSJA20-11532, en concordancia con el Decreto 491 de 2020, artículo 11.