



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Secretaría Sala Penal

Neiva - Huila

Neiva, 17 de mayo de 2022

Rad. N°: 2017-00308-01
Oficio No. 2088

Señora
LEONOR ALARCÓN ARTUNDUAGA
Ciudad

REFERENCIA: Proceso Penal seguido contra **LEONOR ALARCÓN ARTUNDUAGA**, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Comedidamente me permito comunicarle que mediante Providencia proferida de manera virtual y leída en audiencia celebrada el día de hoy de la fecha de trece (13) de mayo de 2022, proferida dentro de la causa de la referencia, la Sala Segunda de Decisión Penal de esta Corporación, dispuso lo siguiente:

“... **Primero.- REVOCAR** la sentencia condenatoria de fecha y procedencia anotadas, y como consecuencia de esa determinación, **ABSOLVER** a LEONOR ALARCÓN PINEDA, por el delito de tráfico fabricación o porte de estupefacientes, en razón del cual fue llamada a responder en juicio dentro de la presente actuación procesal, de conformidad y por las razones expuestas en precedencia. **Segundo.- ORDENAR** la cancelación de los compromisos adquiridos por la procesada en razón de este diligenciamiento, los registros o anotaciones originados por el mismo, así como se levantará las medidas privativas de la libertad, órdenes de captura y determinaciones cautelares que hayan sido impuestas en contra de la procesada por este proceso. Líbrese la respectiva orden de libertad a favor de LEONOR ALARCÓN PINEDA, únicamente por cuenta de este proceso, para cuya materialización, se deberá verificar que la precitada no se encuentre requerida por otra autoridad, bien sea para el cumplimiento de una medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario o en su lugar de residencia, o de una pena de prisión intramural o domiciliaria. **Tercero.-** Contra este fallo procede el recurso de casación que podrá ser interpuesto dentro de los cinco (5) días siguientes a la última notificación, conforme lo establece el artículo 98 de la ley 1395 de 2010 que modificó el artículo 183 de la ley 906 de 2004.”

Atentamente,


DIANA MARCELA SIERRA ANDRADE
Secretarid Ad-hoc



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

| | |
|----------------------|---|
| MAG. PONENTE: | GERMÁN LEONARDO RUIZ SÁNCHEZ |
| RADICACIÓN: | 41020 60 99 060 2017 00308 01 |
| ASUNTO: | Sentencia condenatoria |
| PROCESADA: | LEONOR ALARCÓN PINEDA |
| DELITO: | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes |
| ORIGEN: | Juzgado 4º Penal del Circuito de Neiva – H.- |
| APROBADO: | Acta N° 0528 |
| DECISIÓN: | Revoca |

Neiva, doce (12) mayo de dos mil veintidós (2022)

I. ASUNTO

Resuelve el Tribunal la apelación interpuesta por la defensa de la acusada LEONOR ALARCÓN PINEDA, contra la sentencia proferida el pasado ocho (08) de abril por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento Neiva –H.- que la condenó a la pena principal de sesenta y nueve (69.5) meses de prisión y multa de veinte punto cinco (20.5) S.M.L.M.V, más la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual a la sanción principal, al responsabilizarla

del delito de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, negándole los mecanismos sustitutivos de la pena de prisión impuesta.

II. LOS HECHOS

Fueron puestos en el escrito de acusación y en la formulación de acusación de la siguiente manera:

“LEONOR ALARCÓN PINEDA, fue capturada en flagrancia el 18 de noviembre de 2017, siendo las 11:50 de la noche, en la Calle 10 No. 4-61 del barrio La Florida de Algeciras Huila, por el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, por miembros de las Policía Nacional que se encontraban realizando labores de patrullaje, planes operativos y control de establecimientos abiertos al público por el perímetro urbano, cuando por información de un ciudadano que la describe y señala, le realizan un registro personal voluntario y le hallan en su poder, en uno de los bolsillos de un saco que tenía en sus piernas, 31 envolturas en forma de cigarrillos, cubiertas con papel aluminio con sustancia que por su olor y características es similar a la marihuana y 20 tubos aproximadamente de 8 centímetros cada uno, en plástico transparentes que contienen una sustancia color blanca, pulverulenta con características similares a la cocaína, sustancias que en la PIPH arrojó la primera de ellas, un peso neto de 33.9 gramos, positivo para CANNABIS Y DERIVADOS, y la segunda sustancia arrojó un peso neto de 24.8 gramos, positivo para OPIO (Sic) Y DERIVADOS. Las sustancias estupefacientes fueron incautadas a la señora ALARCÓN PINEDA, siendo dejada posteriormente a disposición de la Fiscalía de turno URI para su judicialización.”

Por su parte, la juez a quo en la sentencia los sintetizó así:

“... el día 18 de noviembre de 2017, siendo aproximadamente las 11:50 de la noche, miembros de la policía nacional, adscritos a la estación de policía del municipio Algeciras – Huila, que se encontraban realizando labores propias de su función, abordaron a una mujer que se encontraba en el perímetro urbano de dicha municipalidad, para solicitarle un registro personal, al cual accedió voluntariamente, hallándole en uno de los bolsillos del saco 31 envolturas en forma de cigarrillo, contentivos de una sustancia vegetal, color verdosa, con olor y características similares a la marihuana, igualmente, le hallaron 20 tubos de aproximadamente 8 centímetros, contentivos de una sustancia pulverulenta, con características similares a la cocaína (Sic); ante este hallazgo previa imposición y materialización de los

*derechos del capturado procedieron a la aprehensión de quien se identificó como **LEONOR ALARCÓN PINEDA** y la incautación de las sustancias estupefacientes, siendo puesta a disposición de la autoridad competente.*

*A la actuación se allegó informe de investigador de campo, suscrito por el investigador del C.T.I., César Augusto Tovar Ramírez, sobre prueba preliminar P.I.P.H. practicada a la sustancia incautada, la cual arrojó: **Sustancia No. 1.: resultado positivo para cannabis y sus derivados con un pesos neto de 33.9 gramos; Sustancia No. 2: resultado positivo para opio (Sic) y sus derivados con un peso neto de 24.8 gramos.***

III. LA ACTUACIÓN PROCESAL

- EL 20 de noviembre de 2017, ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Neiva con Funciones de Control de Garantías, se llevaron a cabo audiencias preliminares de legalización de captura; formulación de imputación, en la que la indiciada LEONOR ALARCÓN PINEDA, no se allanó a los cargos formulados de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 inciso 2º C. Penal), *“por llevar consigo... el verbo que se le imputa, es el de portar dicha sustancia”*¹; imponiéndole seguidamente medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

- Radicado el escrito de acusación, el conocimiento del asunto le correspondió al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Neiva, despacho que el 10 de abril de 2018, llevó a cabo la correspondiente audiencia de formulación en los mismos términos de la imputación, es decir por el punible de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, *“siendo en el verbo rector a aplicar en el presente caso el de llevar consigo, conservar y vender, es decir, la acusada al momento de ser capturada, en situación de flagrancia llevaba consigo, conservaba con fines de venta sustancia estupefaciente”*.².

¹ A partir 00:27:29 Audiencia de formulación de imputación. 20/11/2017

² A partir 00:06:36 Audiencia de formulación de acusación. 10/04/2018

-Luego de múltiples aplazamientos el 8 de septiembre de 2021, se realizó la audiencia preparatoria y en sesiones del 26 de noviembre de 2021, 2, 11 y 25 de marzo de 2022, se llevó a cabo la audiencia del juicio oral, al término del cual la representante de la Fiscalía reclamó el proferimiento de una sentencia condenatoria por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, por cuanto la acusada *“tenía o conservaba o vendía este tipo de sustancias estupefacientes”*³ habiéndose anunciado sentido de fallo de carácter condenatorio el 8 de abril de 2022, y en la misma data se dio lectura a la respectiva sentencia, que al resultar recurrida por la defensa se encuentra en el Tribunal para resolver la alzada.

IV. EL FALLO RECURRIDO⁴

Luego de referirse el *a quo* a los hechos, la acusación formulada, la identificación e individualización de la encartada, la teoría del caso y los alegatos formulados por las partes, estimó satisfechos los presupuestos para emitir fallo de carácter condenatorio contra ALARCÓN PINEDA, por haberse demostrado más allá de duda razonable la materialidad de la conducta y la responsabilidad penal de la acusada en la misma.

Señaló que, la Defensa no aportó ninguna probanza para desvirtuar la teoría del caso de la Fiscalía, según la cual, la señora LEONOR ALARCÓN PINEDA fue capturada tras practicársele un registro personal en el cual se le halló 33.9 gramos de cannabis y sus

³ A partir de 01:07:34 Audiencia de juicio oral.

⁴ Fls. 109 a 116. Carpeta Ppal.

derivados y 24.8 gramos de opio (sic) y sus derivados, último aspecto que fue objeto de estipulación entre las partes.

Destacó lo dicho por los agentes captores, los que de manera coherente y contundente, relataron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que fue aprehendida la referida acusada. Agregó que la sustancia incautada supera la dosis personal, además, *“la misma implicada señaló no era adicta a las sustancias estupefacientes”*.

En ese orden de ideas, adujo que el despacho contó con elementos de prueba suficientes para concluir que LEONOR ALARCÓN PINEDA cometió la conducta punible tipificada en el artículo 376, inciso 2 del Código Penal *“en la modalidad de llevar consigo”* conforme al señalamiento que efectuaron Norbey Ortiz Parra, Maira Alejandra Rojas Ramírez y César Augusto Tovar Ramírez, por lo que la prueba de cargo resultó suficiente para estructurar los elementos del tipo penal antes descrito, por el cual se llamó a juicio a la precitada y por los cuales debe responder.

V.- LA IMPUGNACIÓN FORMULADA⁵

El apoderado de la defensa tras sintetizar la decisión apelada, reclamó que a través de los conainterrogatorios a los policías que capturaron a su representada, se evidenció ausencia de antijuridicidad material de la conducta desplegada por LEONOR ALARCÓN PINEDA, pues el policial Norbey Ortiz Parra, señaló que por fuente humana se enteraron de una mujer que portaba sustancias psicoactivas, pero admitió que no la observó comercializando los estupefacientes.

⁵ Fls. 119 a 120. Carpeta Ppal.

Indicó que, la patrullera Maira Alejandra Rojas precisó desconocer si sus compañeros inspeccionaron el lugar donde se hallaba su agenciada. A su vez, César Augusto Tovar, admitió no haber estado presente en la aprehensión de la acusada.

Consideró que, la prueba de cargo resultó insuficiente para acreditar más allá de duda razonable la materialidad de la conducta punible tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de “llevar consigo” enrostrada a ALARCÓN PINEDA, debiendo revocarse la sentencia de primer agrado para en su lugar absolver a su representada, pues la Fiscalía no acreditó que la sustancia estupefaciente estuviese destinada a ser comercializada.

VI. EL TRASLADO A LOS NO RECURRENTES⁶

Dentro del término legal establecido con tal finalidad en el artículo 179 del C. P. Penal, no se presentó manifestación alguna.

VII. CONSIDERACIONES

A la Sala le asiste competencia para resolver el recurso vertical impetrado por la defensa de LEONOR ALARCÓN PINEDA, en atención a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 del C. P. Penal –Ley 906 de 2004-, que faculta al Tribunal para revisar las sentencias que en primera instancia profieran los jueces del circuito y las dictadas por los municipales del mismo distrito. Por tanto, dentro de los límites establecidos en el artículo 31 Constitucional y 20 del Código de

⁶ Ver constancia secretarial. FI. 122 Carpeta Ppal.

Procedimiento Penal, se entra a resolver el recurso de apelación incoado.

En esa dirección el impugnante propone la absolución para su representada, invocando el desconocimiento de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 376 del Código Penal, por cuanto la conducta desplegada por LEONOR ALARCÓN PINEDA, no es lesiva del bien jurídico de la salud pública protegido en esta norma, al incautarle sustancias estupefacientes *-marihuana-* en cantidad levemente superior a la permitida como dosis para el propio consumo *-33.9 gramos netos-* y opio (Sic) y sus derivados *-24.8 gramos netos-*, misma que portaba para su aprovisionamiento y exclusivo uso.

Confuta que, en el fallo de instancia se adjudique a su prohijada la actividad de venta, distribución o comercialización del estupefaciente, a partir de circunstancias que no comportan suficiencia probatoria y a las cuales hace referencia, invirtiendo con ello la carga de la prueba, presumiendo la conducta ilícita al dar por sentada la existencia del delito y la responsabilidad de la acusada con el solo hecho probado *“la conducta de llevar consigo”*, y sin haberse probado *“el ingrediente de la intención de comercialización, DESCONOCIENDO la jurisprudencia nacional que atribuye a este tipo de eventos un carácter de AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD”*⁷.

Ciertamente, en el fallo confutado la condena que recae sobre la acusada LEONOR ALARCÓN PINEDA, se estructura en el hecho de haber sido sorprendida – llevando consigo – sustancias prohibidas por la ley, en cantidad superior al tope previsto para el uso personal,

⁷ Recurso de apelación. Folios 120 y vto. Carpeta 1ª instancia.

que corresponde a 20 gramos de marihuana y 1 gramo de cocaína, conforme al literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, y sin que la defensa demostrara en el juicio que se tuviera como propósito su ingesta o autoconsumo, y por tanto se echa de menos su condición de consumidora, por lo que a juicio de la *a quo* encuentra satisfechas las exigencias para edificar una sentencia condenatoria contra la precitada por el delito consagrado en el artículo 376, inciso 2º del Código Penal, únicamente bajo en verbo rector de “llevar consigo”, aspecto sobre el cual la Sala emitirá el respectivo pronunciamiento.

Indíquese que, la conclusión última traída en la sentencia de instancia, iteramos fue basada en el hecho de sorprender a LEONOR ALARCÓN PINEDA, llevando consigo “*unas envolturas en forma de cigarrillo contentivas de una sustancia vegetal con olor y características similares a la marihuana, así mismo le hallaron tubos, plásticos, contentivos de una sustancia pulverulenta con características similares a la cocaína*”, atentándose de esta forma contra el bien jurídico de la “Salud Pública”.

Ahora, en cuanto al conocimiento de la ilicitud de la conducta, lo deriva el juzgado de instancia al no evidenciarse que la acusada “*haya actuado bajo el imperio de una causal de ausencia de responsabilidad (artículo 32 del Código Penal)*”, sin esgrimir la procesada que la sustancia estupefaciente era para su consumo, pues “*la misma implicada señaló no ser adicta a las sustancias estupefacientes*”, no existiendo en el plenario prueba válida que conduzca a exonerarla de responsabilidad en la conducta ejecutada de manera libre y voluntaria.

Por tanto, determina que conforme a las pruebas aportadas y que se circunscriben a lo declarado por los agentes captores, “*es claro*

que de acuerdo a lo señalado por el ente acusador, en la teoría del caso es coherente, consistente y le suma poder suasorio, implicando ello que sobre esta versión se puede edificar un juicio de responsabilidad, sobre todo para condenar. Aunado a ello, el despacho insiste que la Defensa no debatió la teoría del caso de la Fiscalía General de la Nación, toda vez que no aportó ninguna clase de pruebas. En consecuencia es claro que con los testimonios recepcionados a instancias de la Fiscalía, se puede edificar un juicio de responsabilidad a la acusada.”

De los apartes del fallo de primera instancia traídos en precedencia, se advierte que, en el caso *sub examine*, el fallo de instancia se edificó sobre la tesis de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ya modificada por cierto, fundamentada en la falta de antijuridicidad material o de afectación al bien jurídico de la Salud Pública por parte de las personas que eran aprehendidas portando o llevando consigo estupefacientes, que demostraban ser consumidores habituales u ocasionales y que portaban una dosis ligeramente superior a la del consumo personal, por lo que, efectivamente, en este caso la carga de la prueba tendiente a demostrar la condición de adicta o consumidora de la acusada, se desplazó a la defensa - material y técnica -, destacándose que LEONOR ALARCÓN PINEDA admitió no ser consumidora cuando se realizó el informe de individualización y arraigo, pero sin reparar que el precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia⁸, por demás vigente al momento de los hechos, ya había sido variado por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal-.

En efecto, en relación a la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en torno a los verbos rectores

⁸ Providencia del 4 de diciembre de 2018, SP5346-2018, radicado 51896 M.P. Patricia Salazar Cuéllar

portar y llevar consigo, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia generó un cambio en su propio precedente, según el cual, se debe acreditar un ingrediente subjetivo tácito referido al propósito que en esos casos tiene el porte o llevar consigo la sustancia estupefaciente, como es que sea para su propio consumo o para la venta, distribución o comercialización a título oneroso⁹, finalidad que deberá demostrar la fiscalía en su teoría del caso, y no la defensa de probar lo contrario, con lo cual se superó o varió la línea jurisprudencial anterior – sobre la cual se fundó el fallo confutado - respecto de la falta de antijuridicidad material, en la que, iteramos se exigía acreditar que quien fuera capturado portando o llevando consigo estupefacientes, no ponía en riesgo el bien jurídico de la salud pública, pues éste por tener la condición de consumidor, enfermo o adicto, lo que hacía era una autolesión sin afectar a la sociedad en salud pública, sin embargo para ello se debía probar la condición de consumidor y examinar si con la cantidad incautada – dosis de aprovisionamiento o consumidor hormiga – era ligeramente superior a la dosis personal¹⁰.

Para los solos efectos de reiteración, dadas las condiciones de similitud fáctica y jurídica que, en otros asuntos como el que ahora se examina, ha ameritado la intervención de la Corte, memórese su línea de pensamiento actual:

“[r]esulta de la mayor importancia la consideración hecha por la Sala en el sentido que el tipo penal del artículo 376 del Código Penal, cuando la conducta se relaciona con el porte de estupefacientes, contiene un ingrediente subjetivo tácito, atinente al propósito del sujeto agente, por lo

⁹ Sentencia CSJ SP9916-2017, rad. 44997, reiterada en CSJ SP497-2018, rad. 50512

¹⁰ Artículo 2º de la Ley 30 de 1986 “j) Dosis para uso personal: Es la cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo.

Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís la que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos.

No es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad.”

que la realización del tipo penal no depende en últimas de la cantidad de sustancia llevada consigo sino de la verdadera intención que se persigue a través de la acción descrita:

[p]ara la tipicidad de la conducta del porte de sustancias estupefacientes se debe tener en cuenta el ingrediente subjetivo tácito que plasmó el legislador al excluir de la previsión legal la conducta de quien tenga la finalidad exclusiva de su uso personal por razón de la dependencia como consumidor, adicto o enfermo...¹¹

En suma, la evolución del tema relacionado con el porte de estupefacientes –alusivo al verbo rector llevar consigo–, ha consolidado las siguientes tesis (CSJ SP9916–2017, 11 jul. Rad. 44997):

a) Tratándose de delitos de peligro abstracto –el previsto en el artículo 376 del Código Penal, lo es–, si bien en el momento de creación legislativa se deja implícita una presunción de peligro, esta es legal y no de derecho, por lo que el juez debe llevar a cabo un juicio de antijuridicidad a fin de determinar si se creó un riesgo efectivo, verificable empíricamente, para el bien jurídico protegido.

b) En todos los casos, el consumidor ocasional, recreativo o adicto, no puede ser considerado como sujeto pasible del derecho penal, cuando la conducta que realiza carece de cualquier connotación afín al tráfico o distribución de sustancias estupefacientes o psicotrópicas o drogas sintéticas, con independencia de la cantidad de sustancia prohibida que se lleve consigo, pues en tales eventos no se produce un efectivo menoscabo o peligro concreto para los bienes jurídicos que pueden ser objeto de tutela por el legislador.

c) Se reconoce la existencia de un elemento subjetivo implícito en el tipo penal, relacionado con la constatación de la intención del portador de la sustancia estupefaciente, debiéndose establecer si el propósito es el uso personal o si lo es la distribución o tráfico.

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 topes 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.¹²

¹¹ CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760.

¹² Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP5028-2019 del 20 de noviembre de 2019, radicación 54041, M.P. Dr. Jaime Humberto Moreno Acero.

En ese mismo sentido, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 16 de junio de 2021, SP2423-2021, radicado 54.346¹³ M.P. Eyder Patiño Cabrera, señaló:

“No es un asunto de antijuridicidad, entonces, sino de tipicidad, en el que resulta especialmente relevante comprobar el complemento subjetivo tácito –distinto al dolo concerniente a la finalidad perseguida con las conductas de, verbi gratia, llevar consigo o conservar, y no, en cambio, necesariamente, de la valoración del monto de la sustancia estupefaciente en exceso de la dosis personal legal, a efecto de determinar el injusto típico, pues lo trascendente es establecer el uso al que está destinado el alcaloide.

Si el comportamiento prohibido se realiza con fines de uso personal o de aprovisionamiento, el derecho penal no puede tener cabida, porque estaría inmiscuyéndose en el personalísimo ámbito del derecho a la libertad, pero si el propósito ínsito en la ejecución de la acción reglada alcanza la esfera de la comercialización o distribución de los psicotrópicos, es palmaria la necesidad de persecución penal, misma que debe adelantar la Fiscalía con especial celo, habida cuenta que, el procesado no está obligado a acreditar su inocencia.”

De esta manera, en el caso *sub examine* resulta necesario confrontar el precedente jurisprudencial vigente con el particular caso que atrae la atención de la Sala, toda vez que, la juez *a quo* declaró probado que a LEONOR ALARCÓN PINEDA, la sorprendieron agentes de la Policía Nacional llevando consigo 31 envolturas en forma de cigarrillo que contenían 33.9 gramos de marihuana y sus derivados y 20 tubos de vidrios contentivos de 24.8 gramos de opio (Sic) y sus derivados, conforme así se estipuló probatoriamente entre las partes¹⁴, cantidad que supera ampliamente la dosis personal respecto de la segunda sustancia.

¹³

¹⁴ A partir de 00:06:11 Audiencia de juicio oral. Sesión del 26/11/2021

Asimismo, señaló las circunstancias que rodearon la captura en flagrancia de la procesada, informados en el juicio por los patrulleros Norbey Ortiz Parra y Maira Alejandra Rojas Ramírez, quienes participaron en su aprehensión.

De lo vertido por el uniformado Ortiz Parra, destaca que los policiales fueron informados por una persona que en el sector de “La Chamba” de Algeciras, se encontraba una mujer que expendía estupefacientes, precisando que *“la señora que vestía de bermudas estilo pijama, estaba vendiendo sustancias en el sector”*¹⁵.

El deponente precisó que¹⁶ acudieron hasta el lugar a eso de las 23:50 horas donde identificaron a la mujer con las referidas características, de estatura media, contextura gruesa y *“con una pijama con dibujos”*, frente a un establecimiento comercial, quien presuntamente se encontraba comercializando sustancias alucinógenas, por lo cual le solicitaron un registro personal hallándole 31 envolturas plásticas con una sustancia de características similares a la cocaína.

El patrullero Norbey Ortiz Parra negó recordar en qué parte la femenina llevaba la sustancia y que todo lo relacionado al procedimiento de captura, se plasmó en el respectivo informe.

Tras ponérsele de presente el aludido informe, precisó que la aprehensión de LEONOR ALARCÓN PINEDA, se realizó en el barrio La Florida en la calle 10 # 4 - 61 de Algeciras; reiterando la descripción de que esa señora fue señalada de expender estupefacientes y

¹⁵ A partir de 00:12:16 lb.

¹⁶ A partir de 00:12:55 lb.

puntualizó que las sustancias fueron halladas en un saco oscuro que ella tenía en sus piernas, para lo cual reseñó que se trataba de “31 envolturas en un papel brillante que en su interior contenía marihuana, cigarrillos de marihuana y 8 tubos de vidrio que contenían cocaína”¹⁷, aclarando que fueron veinte tubos de vidrio y no ocho, atribuyendo dicha contradicción a que los hechos ocurrieron hace varios años.

Sobre la zona en la que se realizó la captura, comentó que hay varios establecimientos públicos, aclarando que “es zona de tolerancia, prostíbulos”¹⁸, adicionando que había pocas personas junto a la acusada y que la citada no realizó ninguna manifestación.

Mencionó que, la sustancia que fue incautada a LEONOR ALARCÓN PINEDA, se remitió para que se le realizara el análisis correspondiente y dijo que, dada su experiencia de 16 años en la Policía, pudo reconocer que se trataba de estupefacientes. Señalando que, no conocía a la precitada antes de la ocurrencia de los hechos y que tiempo después la citada fue también capturada en posesión de marihuana.

Refirió que, ALARCÓN PINEDA, le indicó que portaba esas sustancias psicoactivas debido a la precaria situación económica en la que se encontraba, sin dar mayores explicaciones del por qué estaba en Algeciras si el lugar de residencia lo reportaba en Neiva.

A preguntas de la Defensa¹⁹, negó recordar si quien les informó sobre la presencia de LEONOR ALARCÓN PINEDA, fue de manera personal o a través de una llamada telefónica, pero les comunicó que una mujer de quien dio unas características, estaba vendiendo

¹⁷ A partir de 00:23:26 lb.

¹⁸ A partir de 00:27:56 lb.,

¹⁹ A partir de 00:40:39 lb.

sustancias alucinógenas sin especificar cuáles. Adverando que, había sido asignado para labores de patrullaje hace ocho meses en el sector y que nunca observó a LEONOR en la zona donde fue aprehendida. Finalmente manifestó que, el día de marras no observó a la encartada expendiendo sustancias estupefacientes, precisando que *“en el momento de la captura se le halla la sustancia”*²⁰.

A su turno, Maira Alejandra Rojas Ramírez²¹ contó que el día de los hechos estuvo prestando apoyo a la Estación de Policía de Algeciras y mientras estaban haciendo labores de patrullaje en los establecimientos públicos *“cuando un ciudadano se nos acercó y nos manifestó que se encontraba, pues una señora de contextura gruesa, obesa, que era trigueñita, morenita, estaba sentada afuera de un establecimiento público y que pues que estaba vestida con un pantalón de pijama y una camiseta, entonces que estaban allá y pues que estaban haciendo, vendiendo alucinógenos”*²² habiéndose dirigido al lugar a constatar la información.

Señaló que²³, se dirigieron hasta la zona rosa de Algeciras, sector denominado “La Chamba”, percatándose de *“una señora sentada en una silla roja con unas descripciones y un bolsito, pues con las descripciones que el ciudadano nos había dado”*²⁴, por lo cual le solicitaron un registro personal, advirtiéndole que *“la señora estaba muy nerviosa y se me hizo muy raro y no quería, pues al principio como incomoda”* hallando en los bolsillos de la chaqueta *“unas envolturas como unos cigarrillos y unos tubitos en, unos tubitos blancos”*²⁵

Mencionó haber entregado los referidos elementos a uno de sus compañeros y se procedió a capturar a LEONOR ALARCÓN

²⁰ A partir de 00:45:29 lb.

²¹ A partir de 00:06:24 lb.

²² A partir de 00:07:40 lb.

²³ A partir de 00:08:42 lb.

²⁴ A partir de 00:08:59 lb.

²⁵ A partir de 00:11:09 lb.

PINEDA, quien cumplía con las características suministradas por un ciudadano, quien no suministró sus datos personales por seguridad.

Interrogada sobre las descripciones del lugar, manifestó que²⁶ la procesada estaba sola, sentada sobre una silla roja mientras las demás personas estaban dentro del establecimiento comercial; precisó que se trataba de una zona de tolerancia, y que la capturada no le hizo ninguna manifestación.

Durante el conainterrogatorio, señaló que²⁷ no verificaron quien era el propietario del establecimiento frente al cual se encontraba la procesada y desconoce cuántas mujeres había en el establecimiento; puntualizó que era la única mujer de la Policía Nacional en Algeciras, y fue la encargada de requisar a LEONOR ALARCÓN PINEDA.

Reiteró que la precitada era la mujer que coincidía con las características suministradas por el ciudadano como aquella que se encontraban vendiendo estupefacientes, sin embargo, admitió no haberla visto realizando esa actividad. Adujo que, fue uno de sus compañeros quien le leyó los derechos de una persona aprehendida.

Por último, se escuchó el testimonio del policial Cesar Augusto Tovar Ramírez²⁸, el que luego de refrescar memoria con el informe de individualización y arraigo, admitió haberlo realizado, precisando que la mujer capturada era LEONOR ALARCÓN PINEDA, de 52 años, nacida en Albania – Caquetá, sin obtener datos de profesión y oficio en ese momento, residente en Neiva y resaltando haber dejado

²⁶ A partir de 00:14:09 lb.

²⁷ A partir de 00:19:23 lb.

²⁸ A partir de 00:45:46 lb.

constancia que no era consumidora de sustancias psicoactivas ni había estado en tratamiento, pues así lo admitió ALARCÓN PINEDA.

A preguntas de la Defensa²⁹ dijo no haber presenciado la captura de la encartada y precisó no haberla observado expendiendo estupefacientes.

Con fundamento en esas declaraciones, la juez *a quo* concluyó que la defensa no logró demostrar que la sustancia incautada tuviera como propósito el consumo personal de su poseedora, como quiera que, en primer lugar, sobrepasa la dosis mínima permitida para cada una de las sustancias, especialmente en lo que respecta al opio (Sic) y sus derivados.

Razonamiento que, sobre la finalidad de la tenencia del estupefaciente, sin duda alguna es equívoco, en la medida que es contraria al principio rector de la presunción de inocencia, en los incisos 2º y 3º del artículo 7º de la Ley 906 de 2004, y del canon 29 Superior que lo consagra, ya que se trasladó a la enjuiciada la carga de demostrar su ausencia de responsabilidad penal, producto de asumir que, por el simple hecho de *llevar consigo* estupefacientes, *per se* es delictuoso, desconociendo el precedente judicial destacado con anterioridad relativo a la demostración por parte de la Fiscalía de la exigencia subjetiva necesaria para reputar típica la conducta, esto es, la “*constatación de la intención del portador de la sustancia estupefaciente, debiéndose establecer si el propósito es el uso personal o si lo es la distribución o tráfico*”.

Aunado a ello, dígase que la juez de primera instancia en la sentencia impugnada ninguna razón o argumento esgrimió en

²⁹ A partir de 01:01:1 lb.

relación del por qué estimaba que de los medios de prueba se podría determinar más allá de toda duda que las sustancias que llevaba LEONOR ALARCÓN PINEDA, serían destinadas a su venta o distribución mediante la modalidad de microtráfico.

A este respecto es de precisar que, en ningún momento le concierne al procesado probar su inocencia, como erradamente lo entiende la *a quo* al afirmar que la defensa de LEONOR ALARCÓN PINEDA, estaba en la necesidad de demostrar su teoría exculpativa, es decir, que llevaba consigo el estupefaciente con el único propósito de consumirlo, circunstancia ésta que es del resorte exclusivo del órgano persecutor de la acción penal, quien además de establecer la naturaleza del vegetal y la sustancia pulverulenta y su peso, de igual manera le imponía la obligación de comprobar su destino, para distribuirla a cualquier título.

Destáquese que, la Fiscalía a lo largo de toda la actuación, nunca contempló dentro de los hechos jurídicamente relevantes, ni dentro de sus hipótesis factual y teoría del caso, probar que la sustancia incautada tenía un fin diferente al del consumo, pues quien dilucidó tal situación fue la Defensa a través de los conainterrogatorios a los testigos de cargo, cuestionándoles si a ellos les constaba o si observaron a LEONOR ALARCÓN PINEDA, al momento de ser aprehendida si se encontraba o estaba vendiendo la sustancia estupefacientes que le fue incautada, a lo que contestaron de manera negativa.

Destáquese, entonces que, en este particular asunto, las pruebas practicadas en el juicio a solitud de la Fiscalía solo permitieron conocer y verificar que la procesada llevaba consigo 31 envolturas en forma de cigarrillos con 33.9 gramos de cannabis y

derivados y 20 tubos con 24.8 gramos de opio (Sic) y derivados³⁰, por lo que, de contera, su teoría del caso no podía ser acogida en la instancia, al no abordar cada uno de los elementos de la hipótesis fáctica, esto es, que la acusada ALARCÓN PINEDA tenía la intención de comercializar, vender o expender las sustancias psicoactivas que llevaba consigo.

De tal manera que, la estructuración del tipo penal previsto en el artículo 376 del Código Penal, el fallador de instancia cifró en este evento la responsabilidad de la inculpada a partir del exclusivo análisis del aspecto objetivo de la descripción típica, desconociendo con ello que conforme al precedente judicial vigente de la CSJ ³¹ la realización de la conducta delictiva, en últimas, no depende de la cantidad de sustancia llevada consigo, sino de la intención del portador de la misma.

Así, por la juez de instancia se dedujo que la acusada incurrió en tráfico de estupefacientes, por el hecho de llevar consigo una cantidad de marihuana y de opio (Sic) que superaba, la dosis para uso personal; sin hacer ningún otro tipo de análisis sobre el por qué respecto de dichas sustancias serían tenían como propósito su venta o distribución y que la encartada era consciente de estar cometiendo una conducta prohibida.

En esta dirección, la Corte Suprema de justicia en el precedente jurisprudencial ya traído a referencia, mencionó lo siguiente:

“Por último, pareciera que el Tribunal intenta crear una máxima de la experiencia, según la cual, tornarse nervioso frente a la presencia policial, es indicativo de que se habla de un delincuente que es consciente de que

³⁰ Informe de investigador de campo del 19 de noviembre de 2019.

³¹ Ssentencia CSJ SP9916-2017, rad. 44997, reiterada en CSJ SP497-2018, rad. 50512 y SP684-2019
Radicado 53157

comete una conducta prohibida, afirmación hipotética deleznable que deja por fuera otras, igualmente válidas, pero que no comprometen la presunción de inocencia del procesado.

La formulación de esa proposición con estructura de regla, no es apta para ser aplicada con pretensión de universalidad, por lo que de ella no puede inferirse, como lo hizo el Tribunal, que el procesado incurría en un acto delictivo.”³²

Resulta incuestionable que, en este preciso asunto le asiste total razón a la parte inconforme con la condena, cuando reprocha la interpretación errónea que se hiciera de la anunciada disposición del código sustantivo de las penas, habida cuenta que tuvo por estructurado el tipo penal allí descrito, con la sola circunstancia de haberse incautado a ALARCÓN HERNÁNDEZ sustancia estupefaciente en cantidad que rebasó los límites de la dosis personal.

Adicionalmente, aseguró que la acusada no tenía las sustancias estupefacientes para su consumo, conclusión que no solo desborda la hipótesis factual de la fiscalía, sino que llega a la misma, a partir de un elemento que ni siquiera fue incorporado con la finalidad de acreditar o desvirtuar la condición de consumidora de la procesada, lo anterior, por cuanto dicha información fue obtenida del informe de individualización y arraigo elaborado por el patrullero Cesar Augusto Tovar Ramírez, quien al elaborar el respectivo informe, en la casilla denominada “*consumidor habitual*” plasmó “NO”, pues así se lo reveló LEONOR ALARCÓN PINEDA.

Sobre el propósito del referido procedimiento, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, puntualizó que “*la identificación y el arraigo del procesado solo resulta útil para conocer la*

³² Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP5028-2019 del 20 de noviembre de 2019, radicación 54041, M.P. Dr. Jaime Humberto Moreno Acero – Ibídem.

identidad del sujeto pasivo de la pretensión punitiva estatal, pero bajo ninguna circunstancia puede dar lugar a concluir que fue quien realizó la conducta, pues ello implicaría adicionar irregularmente el acuerdo probatorio (CSJSP, 15 Marzo 2017, Rad. 48175)”³³.

En ese orden, dígase que, en el presente caso ningún medio de prueba permite arribar a la misma deducción de la juez de primera instancia, en el sentido de afirmar que “*la misma implicada señaló no ser adicta a las sustancias estupefacientes*”, pues la acusada LEONOR ALARCON PINEDA nunca rindió en las etapas de indagación o investigación un interrogatorio de indiciado, con el lleno completo de las exigencia establecidas en el artículo 282 de la ley 906 de 2004; además no se solicitó por Fiscalía y defensa que en el juicio se escuchara en declaración como testigo acusado, y tampoco se encuentra demostrado que en la diligencia de individualización y arraigo el policial César Augusto Tovar Ramírez, para escuchar a LEONOR ALARCON PINEDA, sobre aspectos que comprometían su responsabilidad en la conducta investigada, se le hubiera advertido a la procesada LEONOR ALARCÓN PINEDA acerca de las garantías constitucionales de guardar silencio, no auto incriminarse y de estar presente su abogado defensor – público o de confianza -.

Aunado a ello, dígase que aunque los policiales Norbey Ortiz Parra y Maira Alejandra Rojas Ramírez, indicaron que un ciudadano – quien ni si quiera fue identificado, ni se le tomó entrevista y menos se trajo al juicio como testigo - les comentó que LEONOR ALARCÓN PINEDA, se encontraba vendiendo estupefacientes, ese contenido de la declaración, ni lo que esa persona, supuestamente les refirió es admisible como prueba testimonial, ni ser objeto de valoración

³³ Providencia del 4 de diciembre de 2018, SP5346-2018, radicado 51896 M.P. Patricia Salazar Cuéllar

conforme lo ha determinado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 16 de junio de 2021, SP2423-2021, radicado 54.346³⁴ M.P. Eyder Patiño Cabrera, en un caso con un patrón factico similar al que se aborda por la Sala en *sub lite*, en la cual señaló:

“Ese no fue el camino recorrido por las instancias, habida cuenta que, para empezar, tanto el sujeto que puso en conocimiento de las autoridades la calidad de expendedor de alucinógenos del procesado, como los “ciudadanos”, in genere, que la investigadora dijo haber consultado en sus labores de verificación no fueron identificados, ni mucho menos comparecieron al juicio, para dar cuenta de esa información, la cual, en esos términos, no constituye más que un rumor que de modo alguno puede tener peso probatorio.

Cabe recordar, en este punto, que, los datos entregados por una fuente humana no formal no son susceptibles de ser estimados como medio probatorio, pues, solamente tienen por propósito orientar la labor investigativa, por manera que, tal información deberá ser objeto de verificación y, luego, materializada, si es el caso, en evidencias y elementos probatorios que la refrenden”.

(...)

Por igual, la Sala de Casación Penal se ha ocupado de precisar que la declaración anterior al juicio oral debe provenir de una fuente conocida, esto es, de una fuente humana determinada -entendida esta como aquella que ha sido identificada, o por lo menos individualizada-, en tanto condición para que pueda ser admitida y tenida en cuenta como prueba de referencia, porque si no se estará ante un medio de convicción anónimo, el cual es ciertamente inadmisibile (CSJ SP2582-2019, rad. 49.283).”

Siendo así, el hallazgo de la sustancia estupefacientes que LEONOR ALARCON PINEDA, llevaba consigo, ausente de medios de prueba, evidencias o información adicionales, no se puede deducir en grado de conocimiento más allá de duda que LEONOR ALARCÓN PINEDA, que su finalidad o propósito era para la venta, distribución y/o comercialización, máxime cuando la Fiscalía, iteramos nunca

34

contempló dentro de sus hipótesis investigativas, la estructuración de una acción de consumo dentro del tipo penal descrito en el artículo 376 del Código Penal, que se ajustara al verbo rector de “llevar consigo”, además, ninguno de los testigos de cargos refirieron que las sustancias serían destinadas a la distribución o tráfico.

Así las cosas, queda claro que al no estar dentro de la teoría del caso y, por tanto de sus finalidades investigativas, la fiscalía no probó que ALARCÓN PINEDA, tuviera un propósito diferente al de consumir la sustancia que le fue incautada relacionado con la venta, distribución o comercialización de las sustancias que le fueron encontradas; pues, de hecho, el ente persecutor no probó ni desvirtuó que la capturada fuera adicta a esta clase de sustancias, situación de la cual nada indagó el ente acusador, como así legalmente le correspondía al tener la carga de la prueba. En otras palabras, la Fiscalía no logró acreditar el ingrediente subjetivo que exige la configuración de la conducta punible por la que le imputada y acusada LEONOR ALARCÓN PINEDA, en la modalidad de “llevar consigo” de acuerdo al actual derrotero jurisprudencial.

Advertidos de esta manera los desaciertos en la decisión refutada, conduce a que oscile la realidad de lo acontecido, si nos enfrentamos a un comportamiento de tráfico de estupefacientes tipificado en el artículo 376 del C. Penal, o por el contrario, se trate de un simple acto de consumo del alucinógeno, que lo sustrae de los rigores de legislación penal, duda que conforme al artículo 7° del ordenamiento instrumental debe favorecer a la acusada LEONOR ALARCÓN PINEDA, debiendo en consecuencia impartir absolució en su favor, previa revocatoria del fallo condenatorio recurrido.

Se procederá a la cancelación de los compromisos adquiridos por ALARCÓN PINEDA en razón de este diligenciamiento, los registros o anotaciones originados por el mismo, así como se levantará las medidas privativas de la libertad, órdenes de captura y determinaciones cautelares que hayan sido impuestas en contra de la procesado por este asunto o proceso. En ese sentido se dispondrá librar de manera inmediata la orden de libertad a favor de LEONOR ALARCÓN PINEDA, únicamente, por cuenta de este proceso, para cuya materialización, se deberá verificar que la precitada no se encuentre requerida por otra autoridad, bien sea para el cumplimiento de una medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario o en su lugar de residencia, o de una pena de prisión intramural o domiciliaria.

Es por lo anterior, que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en Sala Primera de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

VIII. RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia condenatoria de fecha y procedencia anotadas, y como consecuencia de esa determinación, **ABSOLVER** a LEONOR ALARCÓN PINEDA, por el delito de *tráfico fabricación o porte de estupefacientes*, en razón del cual fue llamada a responder en juicio dentro de la presente actuación procesal, de conformidad y por las razones expuestas en precedencia.

Segundo.- ORDENAR la cancelación de los compromisos adquiridos por la procesada en razón de este diligenciamiento, los registros o anotaciones originados por el mismo, así como se levantará las medidas privativas de la libertad, órdenes de captura y

determinaciones cautelares que hayan sido impuestas en contra de la procesada por este proceso. Líbrese la respectiva orden de libertad a favor de LEONOR ALARCÓN PINEDA, únicamente por cuenta de este proceso, para cuya materialización, se deberá verificar que la precitada no se encuentre requerida por otra autoridad, bien sea para el cumplimiento de una medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario o en su lugar de residencia, o de una pena de prisión intramural o domiciliaria.

Tercero.- Contra este fallo procede el recurso de casación que podrá ser interpuesto dentro de los cinco (5) días siguientes a la última notificación, conforme lo establece el artículo 98 de la ley 1395 de 2010 que modificó el artículo 183 de la ley 906 de 2004.

Cuarto.- La providencia se notificará de conformidad con el artículo 169 de la Ley 906 de 2004, atendiendo a las razones expresadas en la motivación.

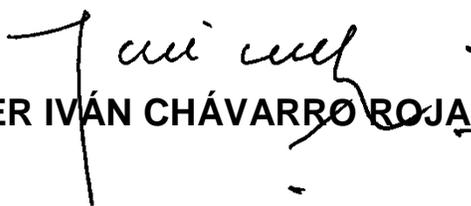
Cúmplase,

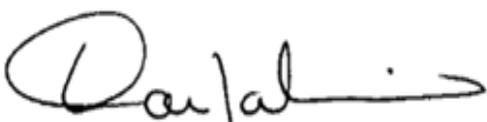


GERMAN LEONARDO RUIZ SÁNCHEZ

(Providencia virtual)³⁵

³⁵ Se implantan firmas digitalizadas o escaneadas. Consejo Superior de la Judicatura. ACUERDO PCSJA20-11567 del cinco de junio de 2020. **“Artículo 22.** *Aplicativos de recepción de tutelas y hábeas corpus y de firma electrónica. Mientras dure la suspensión de términos, así como cuando ésta se levante, el envío de acciones de tutela y hábeas corpus seguirá haciéndose de manera electrónica. Para las firmas de los actos, providencias y decisiones se atenderá lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 491 de 2020 o las demás disposiciones que regulen el particular. Los servidores judiciales con condición de firmante institucional en la Rama Judicial harán uso de los mecanismos y herramientas de firma disponibles.* ”


JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS


INGRID KAROLA PALACIOS ORTEGA


LUISA FERNANDA TOVAR HERNÁNDEZ
Secretaria

RADICADO AL TOMO: _____ FOLIO: _____ del libro de sentencias penales