

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CINCUENTA Y SIETE PENAL DEL CIRCUITO CON
FUNCION DE CONOCIMIENTO DE BOGOTA
Carrera 28 A Nro. 18 A 67 Piso 5, Bloque E.
Complejo Judicial de Paloquemao
Telefax 3753827
Correo institucional: j57pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., veintinueve (29) de mayo del dos mil veintitrés (2023)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Anunciado el sentido del fallo, se procede a dictar sentencia absolutoria en favor de **DELWIS MELWIS COLINA PÉREZ** y **JOEL MANUEL LEAL SOTO**, acusados por el delito de **TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**.

HECHOS

El 9 de marzo de 2022, aproximadamente a las 13:45 horas, cuando miembros de la Policía Nacional se encontraban realizando labores de patrullaje y vigilancia en la Avenida Primero de Mayo con carrera 69B del Barrio Carvajal, observaron a dos sujetos (**DELWIS MELWIS COLINA PÉREZ** y **JOEL MANUEL LEAL SOTO**) quienes, mientras intentaban ingresar a un establecimiento comercial y por su actitud sospechosa, fueron abordados, luego de lo cual, se les practicó un registro a personas, encontrándole a COLINA PEREZ: “Una (1) bolsa plástica transparente con (39) bolsas de cierre hermético, las cuales en su interior contienen una sustancia pulverulenta de color blanco que por sus características se asemeja a la Cocaína”, y al segundo: “una (1) bolsa plástica transparente con cierre hermético, con (64) bolsas de diferentes tamaños, las cuales en su interior contienen una sustancia vegetal de color verde que por sus características se asemeja a la marihuana...”¹ Por estos hechos, la Policía Nacional procedió a su captura y judicialización.

La cocaína incautada tiene un peso neto de dieciséis punto un (16.1) gramos y la marihuana tiene un peso neto de trescientos cuarenta y uno punto nueve (341.9) gramos.

IDENTIFICACIÓN DE LOS ACUSADOS

1. **DELWIS MELWIS COLINA PÉREZ**, plenamente individualizado, con cédula de identidad N°. 18.696.935, expedida en Venezuela, nació el 02 de junio de 1986, grado de instrucción bachiller, profesión empleado, estado civil soltero, hijo de NURY y DAVID. Luego de la audiencia de imputación no volvió a comparecer al proceso.

¹ Escrito de acusación

2. **JOEL MANUEL LEAL SOTO**, plenamente individualizado, titular de la cédula de identidad N°. 27.620.847, expedida en Venezuela, nació el 01 de mayo de 1999, grado de instrucción 7, profesión empleado, estado civil soltero, hijo de BELKIS y DOUGLAS. Luego de la audiencia de imputación no volvió a comparecer al proceso.

CARGO IMPUTADO

La Fiscalía acusó a los procesados por el delito de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**, previsto en el inc. 2 del artículo 376 del Código Penal, en calidad de coautores.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- **FISCALIA:**

Manifestó que si bien es cierto, el 9 de marzo de 2022, aproximadamente a las 13:45 horas, fueron capturados los señores **DELWIS MELWIS COLINA PÉREZ** y **JOEL MANUEL LEAL SOTO**, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefaciente, en calidad de coautores, bajo el verbo rector llevar consigo, con fines de distribución o tráfico, a título gratuito u oneroso, de acuerdo con los testimonios de los policías captores (**CAMILO GARCÍA** y **JOSÉ FERNANDO SANABRIA ARIAS**) se extrae que, al momento de ser abordados: “...ellos estaban hablando, que no observó ningún tipo de intercambio, que se encontraban solos”², en tal sentido, atendiendo a la jurisprudencia³, al demostrarse únicamente el porte en la dosis superior a la permitida y el resultado del análisis positivo, pero no su intencionalidad (elemento subjetivo) no se logró desvirtuar la presunción de inocencia, por lo que solicitó sentido del fallo de carácter absolutorio.

- **MINISTERIO PÚBLICO:**

Contrario a lo manifestado por la Fiscalía, la señora Procuradora afirmó que, al realizar un análisis de los elementos materiales probatorios, la Fiscalía sí logró demostrar más allá de toda duda razonable que, para el 9 de marzo de 2022, aproximadamente a la 01:45 de la tarde, a los procesados se les halló sustancia estupefaciente con fines de venta⁴, por consiguiente, dada la cantidad de estupefaciente, se puede deducir que era para la venta, por lo que solicitó se dicte sentencia condenatoria.

- **DEFENSA TECNICA:**

Solicitó se profiera sentencia absolutoria.

² Record 34:40, audiencia de juicio oral del 24 de abril de 2023

³ CSJ Rad. 58076 del 28 de septiembre de 2022, Rad. 51204 del 23 de enero de 2019 y Rad. 52032 del 7 de septiembre de 2022

⁴ Record 50:58 audiencia de juicio oral de 24 de abril de 2023 “*teniendo en cuenta la variedad y cantidad de drogas incautadas las cuales desbordan el límite de razonabilidad para este Ministerio Público, el único fin que perseguían los acusados era el de suministrarlas o distribuir las a la sociedad causando un grave perjuicio, descartando que se tratara de un consumo personal*”

Al respecto, señaló que el art. 381 del C.P.P, establece que, para condenar se necesita el conocimiento más allá de toda duda, a cerca del delito y la responsabilidad penal del acusado, pese a lo anterior, no se probó: **i)** el fin comercial de la sustancia incautada, ausencia de lesividad, aspecto desarrollado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal **ii)** además, cuestionó la cadena de custodia ya que tanto el Acta de Incautación como el Registro de Cadena de Custodia carecen de consecutivo, y no se sabe a quién entregaron los elementos materiales probatorios.

CONSIDERACIONES

Conforme al imperativo previsto en el inciso primero del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, para proferir fallo de condena se requiere el conocimiento más allá de toda duda acerca de la ocurrencia del delito e igual grado de conocimiento respecto de la responsabilidad del acusado, con base en las pruebas legal y oportunamente allegadas a la actuación, esto es, las producidas de manera concentrada, contradictoria, con intermediación por parte del juzgador y debidamente debatidas en el juicio oral, sin que pueda fundamentarse ésta exclusivamente en pruebas de referencia.

El artículo 9° del Código Penal, establece que para que una conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable, por ende, se procederá a establecer la demostración, si a ello hubiere lugar, de esos elementos.

- **ESTIPULACIONES PROBATORIAS**

La Fiscalía y la Defensa presentaron la siguiente estipulación probatoria:

La plena individualización de **DELWIS MELWIS COLINA PÉREZ** y **JOEL MANUEL LEAL SOTO**, la cual se soporta con las cédulas de identidad expedidas en Venezuela, el Informe Investigador de Campo – FPJ-11 del 9 de marzo de 2022, mediante el cual: “...se realiza Toma del registro decadactilar, descripción morfo cromática y señales particulares del indiciado” y la Tarjeta Decadactilar.

- **DEL DELITO ENDILGADO:**

“Artículo 376. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. El que, sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas

“Si la cantidad de droga no excede mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de droga sintética, sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de Ketamina y GHB, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes (artículo modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011) -negrilla fuera de texto-

- **DE LA MATERIALIDAD DE LA CONDUCTA:**

Para la adecuación típica es necesario destacar el precedente de la Corte Suprema de Justicia para el delito de tráfico de estupefacientes⁵, ya que la sola incautación de una sustancia estupefaciente en mínimas cantidades, no puede considerarse como delito:

“... De esa manera, en relación con el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el recurso a los elementos subjetivos diferentes del dolo, tiene el propósito de efectuar una restricción teleológica del tipo penal, pues no obstante que el contenido objetivo del verbo rector llevar consigo remite a la realización de la conducta penalmente relevante con el solo acto de portar las sustancias estupefacientes, psicotrópicas o drogas sintéticas, el desarrollo jurisprudencial atrás relacionado ha reducido el contenido del injusto a la demostración del ánimo por parte del portador de destinarla a su distribución o comercio, como fin de la norma.”

“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.

“Por último, no sobra reiterar que la demostración del componente anímico relacionado con la finalidad es una carga que le corresponde a la Fiscalía General de la Nación, por tratarse de una de las premisas fácticas de su teoría del caso que obviamente debe abarcar los extremos que estructuran la conducta punible descrita en el artículo 376 del Código Penal.”

“En el anterior marco jurídico conceptual, que ahora se ratifica, es evidente que la determinación de si el implicado tiene como fin la distribución o venta, se asume necesario complemento del verbo llevar consigo; entonces, la conclusión obligada de realizar por el fallador cuando no se demuestra dicho componente subjetivo, es la absolución”.

“... Se debe añadir, eso sí, que el mensaje implícito en su tesis, acorde con las coyunturas actuales del fenómeno del narcotráfico y la mejor forma de combatirlo, estriba en llamar la atención respecto del foco de ataque, que no lo debe ser el consumidor o simple portador, sino el andamiaje criminal que permite llevar hasta estos el estupefaciente, a la manera de entender que los organismos de policía e investigación han de sofisticar su tarea para que no se dilapiden esfuerzos y pueda permitirse, a través de una adecuada labor de inteligencia y seguimiento, desarticular las bandas criminales, incluyendo, desde luego, los encargados de atender el llamado microtráfico...” – resaltado fuera de texto-.

En otro pronunciamiento similar, la Corte Suprema de Justicia, señaló frente a este tópico, lo siguiente⁶:

“... En resumen, según la jurisprudencia de casación desarrollada a partir de la SP2940-2016, mar. 9, rad. 41760, y vigente en la actualidad: La tipicidad de la”

⁵ Corte Suprema de Justicia radicado 51204, del 29 de enero/2019. M.P. Patricia Salazar Cuellar

⁶ Corte Suprema de Justicia radicado 56574, del 29 de enero/2020. M.P. Patricia Salazar Cuellar

conducta de «llevar consigo» sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas, incluye un elemento subjetivo especial: la finalidad de tráfico o distribución. En consecuencia, la inexistencia de este ánimo, como ocurre cuando se porta droga para el consumo personal, genera atipicidad. Tal postura apareja dos precisiones de orden probatorio:

“(i) La cantidad de alucinógenos no es el factor determinante del juicio de tipicidad de la modalidad conductual «llevar consigo», pero ese dato sí debe valorarse como un indicador, junto a los otros que se encuentren demostrados, de la finalidad del agente. Así, por ejemplo, una cuantía exagerada o superlativa hace razonable la inferencia de direccionamiento de la conducta al tráfico o distribución.

“(ii) La carga de la prueba del referido ingrediente subjetivo, al igual que ocurre frente a los demás presupuestos de la tipicidad y de la responsabilidad penal en general, corresponde a la Fiscalía General de la Nación, según lo establecido en el inciso 2 del artículo 7 del C.P.P.” - resaltado fuera de texto-

Los señores **DELWIS MELWIS COLINA PÉREZ** y **JOEL MANUEL LEAL SOTO**, fueron llamados a juicio por la Fiscalía General de la Nación como coautores del delito de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**, ilicitud contenida en el artículo 376 inciso 2º del Código Penal modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, en la modalidad de “vender”.

Analizadas las pruebas evacuadas en juicio, en criterio del Despacho la Fiscalía General de la Nación, no logró demostrar su teoría del caso y por consiguiente, no se produjo un grado de conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la existencia del ilícito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de *vender*, pues si bien es cierto, los aludidos procesados fueron sorprendidos portando estupefacientes, no se demostró que la finalidad de ese porte fuera para su distribución de manera gratuita u onerosa.

En efecto, con las pruebas practicadas en el juicio oral y las estipulaciones probatorias, se estableció que el 09 de marzo de 2022, cuando la patrulla motorizada adscrita al C.A.I. Villa Claudia en Kennedy, de Bogotá, integrada por los señores **CAMILO ANTONIO GARCÍA POVEDA** y **JOSE FERNANDO SANABRIA ARIAS**, realizaban turno de vigilancia, observaron a dos sujetos en la Avenida Primero de Mayo con carrera 69B, barrio Carvajal, sentados, los cuales, al observar la presencia policial adoptaron una actitud sospechosa, queriendo ingresar al establecimiento comercial “La Zona”, ante lo cual fueron abordados, encontrando en el bolsillo derecho del pantalón de **COLINA PÉREZ**, una (1) bolsa plástica transparente con treinta y nueve (39) papeletas con cierre hermético, con sustancia pulverulenta de color blanco, y a **LEAL SOTO**, una (1) bolsa plástica transparente con sesenta y cuatro (64) papeletas de diferentes tamaños, en su interior con sustancia vegetal de color verde, que por sus características se asemeja a la marihuana. Por estos hechos, se procedió a su captura y judicialización.

Ahora bien, al adentrarnos en el aspecto subjetivo del porte de esa sustancia, se debe tener en cuenta el cambio a nivel jurisprudencial que ha tenido este delito, antes de la vigencia del Sistema Acusatorio, año 2005, en cuanto que la mayoría de personas por el hecho de “llevar consigo” el estupefaciente eran condenadas por lo que se llamaba delito de Ley 30 de 1986, pero con la entrada en vigencia del sistema acusatorio vino un cambio, una forma diferente de ver este delito, ya que antes el ius punendi recaía la mayoría de veces en el consumidor, sin tener en cuenta que el bien jurídico que se protege es la salud pública, y una persona consumidora, no afecta la salud pública, sino que atenta contra su propia salud de manera individual, situación que se encuentra inmersa dentro de derechos fundamentales que ya lo

ha decantado la Corte Constitucional, que son entre otros, el libre desarrollo de la personalidad.

De manera que, de acuerdo con el precedente jurisprudencial expuesto, la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, debe probar *la intención* que tenía la persona que portaba la sustancia, es decir, si es para su distribución o venta a título gratuito u oneroso, debiendo hacerse una diferenciación entre esas dos conductas, cuando una es atípica, es decir, cuando se tiene para el consumo y la otra es típica, cuando se tiene para su distribución a título gratuito u oneroso, ya que lo que se sanciona es su distribución a las personas, pues de esa manera se afecta la salud pública, sin que sea atípico si la distribución se hace de manera gratuita.

En el caso bajo examen, atendiendo lo manifestado en la audiencia de juicio oral por los policías captadores, en el sentido de que, los procesados no hicieron ninguna manifestación acerca de la sustancia (no manifestaron si era para su consumo o para la venta) ni se constató que los mismos estaban vendiendo o comercializando el producto incautado, no puede entonces inferirse que se incurrió en la conducta punible atribuida, esto es, la venta.

Es así como, el Patrullero de la Policía Nacional **CAMILO ANTONIO GARCÍA POVEDA**, bajo la gravedad de juramento, manifestó que, el 9 de marzo de 2022, mientras realizaba labores de patrullaje, observó a dos sujetos: *“que al notar la presencia policial toman una actitud de querer ingresar a un bien inmueble, este bien inmueble es un bar de razón social La Zona, ubicado en la 1 de mayo o AV calle 26 sur con carrera 69B, inmediatamente procedimos a solicitarles una requisita, ellos accedieron, normal, muy nerviosos, no fue necesario hacer uso de la fuerza en ningún momento, él me llama la atención pues debido, para solicitar, una requisita es que intentan ingresar a ese bien inmueble a penas nos ven, al solicitar la requisita uno de ellos, al que yo requiso tiene en su poder 39 papeletas de una sustancia pulverulenta la cual asimila las características a la cocaína y uno de mis compañeros requisita al otro señor y tiene marihuana...”*⁷, motivo por el cual procedieron a su captura.

Cabe destacar que, referente a la forma en cómo sucedieron los hechos, sostuvo: *“...nosotros aparecemos por ese callejón en el patrullaje y es cuando ellos se levantan, estaban sentados, se levantan e intentan ingresar... pero pues eso llamó la atención para que los requisáramos...”*⁸ – negrillas del despacho-

La anterior declaración fue corroborada por el patrullero **JOSE FERNANDO SANABRIA ARIAS**, agente captador, en la medida que, confirmó la ocurrencia de los hechos, su participación, la sustancias incautadas y la posterior captura, habiendo resaltado que, al llegar al lugar, observó a dos sujetos que *“estaban los dos ahí hablando, en el momento, los dos se encontraban dialogando...”*⁹, los cuales, no hicieron ninguna manifestación al momento de su captura.

De conformidad con lo expuesto (con la declaración de los testigos) surge imperiosa la absolución, pues a pesar de que se encuentra probado el hecho de portar la sustancia ilícita, la cual dio positivo para cocaína y marihuana¹⁰, no se demuestra que la finalidad era distribuirla o comercializarla (carga de la Fiscalía), en tal sentido, recuérdese que los Policías captadores nunca vieron a los procesados **VENDIENDO O EXPENDIENDO LA SUSTANCIA ESTUPEFACIENTE**, hecho por el cual resulta imposible condenar a los enjuiciados, máxime cuando la cantidad incautada no da para llegar a tal conclusión, ni se incautaron billetes de diferente denominación, como indicativo de que se dedicaban a la venta

⁷ Record 19:10 Audiencia de juicio oral del 10 de abril de 2023

⁸ Record 21:15 ibídem

⁹ Record 10:06 Audiencia de juicio oral del 24 de abril de 2023

¹⁰ Informe Investigador de Campo – FPJ 11 (PIPH - FOTOGRAFÍA)

de estupefacientes. En ese orden de ideas, no está demostrado más allá de toda duda que los procesados hubieran sido sorprendidos vendiendo dichas sustancias.

Y en cuanto a lo alegado por el Ministerio Público que por la cantidad de estupefaciente, se podría inferir que era para la venta, se debe indicar que en ciertos casos se podría hacer esa inferencia, por la modalidad, como cuando se incauta uno o más bultos de marihuana o un cargamento de cocaína que se transporte en un vehículo, o como cuando se incauta a las denominadas “mulas” en los aeropuertos, pero en este caso se trató de una cantidad que se llevaban en los bolsillos, esto es, no es una gran cantidad; máxime que ni siquiera se incautó dinero en bajas denominaciones que permitan inferir que los procesados estaban vendiendo el estupefaciente que se les incautó.

OTRAS DETERMINACIONES

Como consecuencia de la absolución, se ordenará lo siguiente:

1°. La destrucción por parte de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, del remanente de la sustancia incautada.

2°. La cancelación de cualquier medida o anotación en contra de los procesados, por razón de este proceso, para la cual se oficiará a la **POLICÍA NACIONAL -INTERPOL Y DIJIN-**

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Siete Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de ley,

RESUELVE

PRIMERO: ABSOLVER a **DELWIS MELWIS COLINA PÉREZ** y **JOEL MANUEL LEAL SOTO**, plenamente individualizados, de nacionalidad Venezolana, del punible de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: ORDENAR la destrucción por parte de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, del remanente de la sustancia incautada.

TERCERO: COMUNIQUESE lo resuelto a la **POLICÍA NACIONAL -INTERPOL Y DIJIN-** para que actualicen sus bases de datos.

CUARTO: ORDENAR que en firme la sentencia, se archive el expediente.

Esta sentencia se notifica en estrados a las partes a quienes se les informa que contra la misma procede el recurso de apelación.



JUAN PABLO LOZANO ROJAS
JUEZ