

PRECLUSIÓN DE LA ACCIÓN PENAL/Se entiende por preclusión aquel instituto procesal que posibilita la terminación del proceso penal sin que sea necesario el agotamiento de todas las etapas procesales, el artículo 332 prevé las circunstancias ante las cuales, por regla general, la fiscalía puede solicitar la preclusión de la investigación ante el Juez de Conocimiento, petición que de confirmarse reviste de fuerza vinculante y hace tránsito a cosa juzgada. Durante la etapa de indagación e investigación, solo la Fiscalía está facultada para efectuar la solicitud preclusiva, en tanto, en fase de juzgamiento esta facultad a la luz del Art. 332 de la ley 906 de 2004, se hace extensiva al Ministerio Público y a la Defensa, pero exclusivamente por las causales 1° y 3°.

ARTICULO 376 DEL C.P/ Evolución jurisprudencial.

LESIVIDAD DEL BIEN JURÍDICO DE LA SALUD PÚBLICA/ Para predicar una lesividad del bien jurídico de la salud pública, no basta solo con exponer que la cantidad de estupefaciente supera mínimamente la prevista como dosis para el uso personal, sino que es necesario que el petente argumente y asuma la carga probatoria para demostrar por qué no estructuran los criterios normativos referidos a la relevancia jurídico penal del comportamiento, el cual, en suma, es distinto a la noción de dosis personal.

FUENTE FORMAL/ Artículo 331 y 332 de la Ley 906 de 2004.

FUENTE JURISPRUDENCIAL/ CSJ AP, 31 ene. 2018, rad. 51049. Igualmente, CSJ AP, 24 jun. 2008, rad. 29344; CSJ AP, 27 sept. 2010, rad. 34177; y CSJ AP, 24 jul. 2013, rad. 41604. 6 CSJ SP, 25 may. 2005, rad. 22855. CSJ SP, 25 jul. 2018, rad. 53107, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP3400-2019 Rad. 54745 del 14 de agosto de 2019, SP9916-2017, rad. 44997, y reiterada en CSJ SP497-2018, rad. 50512.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR



TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA PENAL

Cartagena de Indias, D. T. y C, tres [3] de junio dos mil veinte [2020].

JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL
MAGISTRADO PONENTE

RAD. No	:	13-001-60-01129-2017-03119-00
RAD. INT. No	:	G 20 N° 0003 de 2019.
PROCEDENCIA	:	JUZGADO SÉPTIMO PENAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA DE INDIAS
PROCESADO	:	RONALD ANDRÉS SANÍN CABEZA
MOTIVO	:	APELACIÓN AUTO INTERLOCUTORIO – LEY 906 DE 2004
DELITO	:	TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTE
APROBADO ACTA N°	:	092

1. VISTOS

Corresponde a la Sala Pronunciarse sobre los recursos de apelación interpuestos por la Fiscalía y la defensa, en contra del auto proferido el día 12 de octubre de 2018 por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cartagena, mediante el cual no accedió a la solicitud de preclusión impetrada a favor de **RONALD ANDRÉS SANÍN CABEZA**.

2. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

2.1. El día 22 de octubre de 2017, en el barrio Sitio Nuevo, sector Rincón Guapo del Municipio de Villanueva (Bolívar), la señora Gloria Cecilia Aristizabal López, informó a la estación de Policía Nacional de esa localidad, que en su residencia había ingresado un sujeto apodado “*el perro*”, quién portando un arma de fuego estaba hurtando sus pertenencias.

2.2. Se indica que al momento en que alias “*el perro*” se encontraba al interior de la residencia, el esposo de la señora Gloria



Cecilia Aristizabal López, forcejeó con él, por lo que éste se dio a la fuga y resultó herido en su trayecto por una lámina de Zinc.

2.3. Una vez se tuvo conocimiento de la noticia, unidades de la Policía Nacional acudieron al lugar y lograron capturar a alias “*el perro*”, a quién luego de realizarle un registro personal le hallaron un bolso que contenía un arma de fuego tipo artesanal con un cartucho percutido dentro de la misma de calibre .38, asimismo 26 bolsas plásticas con una sustancia verdosa similar a la marihuana. Este sujeto fue identificado como **JAROL SANÍN CABEZA**.

2.4. Posterior a lo mencionado, la señora Gloria Cecilia Aristizabal López nuevamente se comunica con la Estación de Policía y solicita la presencia de uniformados en su residencia, toda vez que había un grupo de jóvenes que se encontraban amenazando y arrojando piedras contra el bien inmueble.

2.5. Una vez hacen presencia los uniformados en la residencia de la señora Aristizabal López, logran apreciar que en efecto, se encontraba un grupo de personas alterando la tranquilidad, por lo que inician la persecución de estos y logran aprehender al señor **RONALD ANDRÉS SANÍN CABEZA**, a quién le hallaron en el bolsillo trasero de la pantaloneta (mochona), quince (15) bolsas plásticas que en su interior contenían una sustancia que por su olor y características se asemejaban a la marihuana.

2.6. Al practicársele la Prueba de Identificación Preliminar Homologada (PIPH) a la sustancia incautada a **RONALD ANDRÉS SANÍN CABEZA**, se determinó que la misma dio positiva para Cannabis Activa y sus derivados, con un peso neto de **45 gramos**.



3. ANTECEDENTES PROCESALES PERTINENTES

3.1. En audiencia preliminar celebrada el 23 de octubre de 2017¹ ante el Juzgado Penal Municipal Ambulante con Funciones de Control de Garantías de Cartagena, se legalizó la captura de los hermanos Sanín Cabeza. Se formuló imputación al señor **JAROL SANÍN CABEZA** por los delitos de tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego de defensa personal y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Al señor **RONALD SANÍN CABEZA**, se le imputo la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Los imputados no aceptaron cargos.

La fiscalía declinó de la solicitud de medida de aseguramiento.

3.2. La fiscalía el día 25 de enero de 2018² radicó escrito de acusación en contra del señor **JAROL SANÍN CABEZA** por los delitos de tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego de defensa personal y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

3.3. El día 12 de octubre de 2018, fue verbalizada la acusación en contra de **JAROL SANÍN CABEZA**. En esta misma diligencia, el Fiscal solicitó preclusión de la acción penal a favor de **RONALD SANÍN CABEZA**. El Defensor no hizo comentario respecto a la solicitud de terminación anormal del proceso.

3.4. El juez de la causa, decidió no acceder a la solicitud de preclusión presentada. Contra ésta decisión, la fiscalía y el defensor interpusieron recurso de apelación.

¹ Folio 4 del cuaderno del juzgado de conocimiento

² Folio 7 a 10 del cuaderno del juzgado de conocimiento



3.5. Finalmente, por reparto correspondió a esta Sala desatar el recurso impetrado.

4. DE LA SOLICITUD DE PRECLUSIÓN

4.1. El **Representante del ente acusador**, solicita la preclusión de la investigación a favor de **RONALD ANDRÉS SANÍN CABEZA**, con fundamento en los artículos 331 y 332 Numeral 4° (Atipicidad del hecho investigado) del Código de Procedimiento penal del 2004.

Después de exponer los hechos, narra el solicitante que dentro de los elementos materiales que la fiscalía presentó para imputar la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefaciente, la “prueba pericial” PIPH que realizó el patrullero de la SIJIN, Arnold Quiroz Villegas, en el cual se concluyó que la sustancia incautada a Ronald Andrés Sanín Cabeza correspondía a Cannabis Activa o sus derivados, con un peso neto de 45 gramos.

Manifiesta que frente a esa realidad y teniendo en cuenta el peso del alcaloide, la fiscalía no ha logrado determinar si dicha sustancia estaba destinada a la comercialización, por lo que de conformidad con los criterios de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, puede colegir que el comportamiento del imputado no se enmarca en las *“exigencias de tipicidad o de daño concreto a que se refiere el artículo 376 del C.P.”*

Por lo expuesto, solicita se reconozca la atipicidad de la conducta, en razón a que no está acreditado una vulneración sustancial al bien jurídico protegido, ya que la cantidad supera mínimamente lo



permitido por el Estatuto Nacional de Estupefaciente (Ley 30 de 1986) en su artículo 2° literal j).

5. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El Juez, luego de escuchar la solicitud de preclusión elevada por el delegado de la Fiscalía, advierte que existe una conexidad entre los actos desplegados por JAROL SANÍN CABEZA y RONALD SANÍN CABEZA, por cuanto la sustancia que le incautaron a ambos es de la misma clase, ambos atacaron la misma vivienda y son hermanos.

Por lo enunciado, se indicó en la decisión que por las características de tiempo, modo y lugar en que los Hermanos Sanín Cabeza ejecutaron la conducta, se puede aplicar la figura del “*principio de igualdad de trato*”, ellos sin importar que a Jarold Sanín se le haya encontrado una cantidad de 77 gramos y a Ronald Sanín, 45 gramos.

Además se indica que dentro del presente asunto, no se puede pregonar la figura de la dosis de aprovisionamiento, que fue desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal Rad. 44.997 y 46.848, por cuanto las hipótesis fácticas analizadas por la alta Corporación no se asemejan a la expuesta por el fiscal.

Indicado lo anterior, advirtió el *a quo* que dentro de los actos desplegados por Jarol y Ronald Sanín, “*hay una relación razonable de tiempo y de lugar (...) de tiempo porque fue momentos antes y además se le suma que fue en el mismo sitio (...) que dio origen al primer hecho, (...) pero si se le suma que los dos capturados son hermanitos de padre y madre que viven en el mismo lugar, que además se le suma que ambos llevaban marihuana, entonces es claro que no son hechos*



aislados, sino una retaliación de la misma causa criminal, y lo que (...) aprecia es que probablemente ambos sujetos son expendedores, porque (...) andan armados, y es una regla de la experiencia y también un hecho notorio (...) que los negocios ilícitos de droga generalmente van acompañado de las armas.”

Por lo anterior concluyó el *a quo* que, si a Jarold Sanín lo acusaron por porte ilegal de armas de defensa personal, se le debe dar el mismo tratamiento a Ronald Sanín, por la conexidad estrecha de ambas conductas. En razón a ello, negó la solicitud de preclusión presentada por la fiscalía.

Como consecuencia de lo anterior, el funcionario judicial se declaró impedido para continuar con el conocimiento de la actuación, de conformidad con los artículos 56 y 335 del Código de Procedimiento Penal.

6. DEL RECURSO DE APELACIÓN

6.1. La **representante de la fiscalía**, no conforme con la decisión anterior, interpuso el recurso de apelación.

Al momento de sustentar la impugnación, expuso que el eje medular por la cual el juez negó la preclusión, gira en torno a dos puntos, el primero de ellos, cuando asegura que existe conexidad entre los dos hechos, porque ambos acontecieron en el inmueble del municipio de Villanueva el día 22 de octubre de 2017; y el segundo, por el vínculo de parentesco que existe entre los dos procesados.



Precisado lo anterior, el recurrente pasó a exponer que teniendo en cuenta el artículo 29 de la Constitución Política, en Colombia se profesa un derecho penal de Acto, razón por la cual le resulta extraño que el juez en su providencia equipare dos acciones, cuando la finalidad de cada uno de los procesados fue diferente en su ejecución, ya que Jarold Sanín, ingresó al inmueble con el propósito de hurtar, en cambio la actuación de Ronald Sanín, se ciñó en la retaliación que existió contra los moradores de la vivienda donde se ejecutó la conducta anterior, y que surgió como una *“respuesta humana por el vínculo de parentesco con Jarold Sanín”*.

Resalta el recurrente, que es tan ostensible la diferenciación entre las conductas desplegadas por los hermanos, que el señor Ronald Sanín, ni siquiera logra ingresar al inmueble, ya que todas sus conductas se producen por fuera de él.

Igualmente expresa el censor, que disiente de la apreciación efectuada por el juez de conocimiento, por cuanto asocia el concepto de estupefaciente a *“niveles especulativos de comercialización en situaciones violentas con armas de fuego”*, aspecto éste que no encuentra sustento con los elementos materiales probatorios de la fiscalía.

Por lo anterior solicita se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se precluya la investigación a favor de Ronald Sanín Cabeza.

6.2. El **defensor de Ronald Sanín Cabeza**, sustenta el recurso de apelación, expresando primeramente que *“comparte y coadyuva”* la solicitud y argumentos expuestos por el fiscal del caso.



Indica que el juez de primer grado, no tiene en cuenta el derecho penal de acto, sino que funda su decisión de endilgar responsabilidad únicamente por el vínculo consanguíneo con Jarold Sanín.

Manifiesta además, que para decretarse la preclusión se debe tener en cuenta es la cantidad de droga incautada al señor Ronald Sanín y que a éste únicamente le fue imputado el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefaciente, más no el de porte ilegal de armas de defensa personal.

Por lo expuesto, solicita se revoque la decisión y se decrete la preclusión de la investigación a favor de Ronald Sanín.

7. CONSIDERACIONES

7.1. Competencia.

Según lo preceptuado en el artículo 34 de la Ley 906/2004, es la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, la competente para conocer de las apelaciones contra los autos proferidos por los Jueces Penales del Circuito de Cartagena.

La competencia de este Tribunal, opera en virtud del principio de limitación inherente a los medios de impugnación, siendo restringido a los aspectos impugnados y a los que inescindiblemente le estén vinculados.

7.2. La Sala *prima facie* de absolver el asunto que centra su atención, advierte de entrada que dentro del *sub judice*, al apoderado Defensor no le asiste legitimación por activa para interponer el recurso



de apelación, toda vez que analizado el desarrollo de la audiencia de preclusión, se denota que quién solicitó la misma fue la fiscalía, ello facultado en lo consagrado en el parágrafo del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, por cuanto el proceso seguido contra el señor Ronald Andrés Sanín Cabeza se encuentra en fase de investigación.

Sumado a ello, al momento de correrse traslado de la solicitud de preclusión al defensor para que manifestará si *“tenía alguna aclaración o solicitud especial que hacer”*, éste expreso que *“no su señoría, ninguna”*³.

Entonces, bajo ésta óptica no era procedente concederle al Defensor el recurso de apelación contra el auto de fecha 12 de octubre de 2018 proferido por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cartagena. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal⁴, en decisión de vieja data, ha indicado lo siguiente:

“La Sala ha tenido oportunidad de precisar que la parte llamada a impugnar la negativa del juez a declarar la preclusión es la misma que se encuentra habilitada para hacer la petición, esto es, la Fiscalía. En ese contexto, los demás intervinientes deben estarse a los argumentos de aquella para, luego, actuar como no recurrentes, ya coadyuvando, ya oponiéndose a las pretensiones del ente acusador, en tanto en las fases de indagación e investigación la ley confirió exclusivamente a este la potestad de postular ese tipo de decisiones; de tal forma que de permitir impugnaciones a una parte diferente comportaría que se facultase a un interviniente diverso para realizar tales peticiones en contra del mandato legal (autos del 1º y 15 de julio de 2009, 15 de

³ Record 13'25'' de la Audiencia de solicitud de preclusión celebrada el día 12 de octubre de 2018

⁴ Rad. 49.993 del 26 de abril de 2017



febrero y 27 de julio de 2010, radicados 31.763, 31.780, 31.767 y 34.043, respectivamente).

Así, la regla general respecto de que las providencias interlocutorias, carácter que ostenta la que niega la preclusión solicitada por la Fiscalía, admiten el recurso, debe ser valorada de conformidad con el sistema de partes implementado en la Ley 906 del 2004, de donde resulta que ese medio de gravamen solamente puede ser propuesto por el sujeto procesal legitimado para hacer la solicitud, en tanto si por mandato legal solamente la Fiscalía puede hacer lo último y esta declina recurrir la negativa del juez, esto es, muestra conformidad con lo resuelto, mal podría permitirse que un interviniente diverso impugnase con la pretensión de que la segunda instancia disponga la preclusión, pues en tal supuesto lo que acontecería en la práctica sería la habilitación de ese recurrente para reclamar y lograr la preclusión, cuando ello solamente está permitido al “dueño” de la acción penal, que lo es la Fiscalía.”

Del apartado jurisprudencial transcrito, fulge nítido afirmar que el defensor en el caso de marras, no se encuentra facultado para impugnar el auto que pone fin al trámite de preclusión, ya que éste pese haber sido solicitado por la Fiscalía, no fue coadyuvado por aquél, lo que por ende, lleva a concluir que no se encuentra legitimado para presentar el recurso de apelación.

Por lo anotado, la Sala procederá únicamente a analizar la impugnación vertical presentada por el delegado de la Fiscalía, contra la decisión emitida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito, mediante el cual se negó la solicitud de preclusión solicitada.



Por otro lado, previo a resolver el objeto de discordia, es preciso reiterar lo que se ha establecido sobre el instituto de la preclusión para luego analizar el caso concreto.

7.2.1. Preclusión de la acción penal.

Se entiende por preclusión aquel instituto procesal que posibilita la terminación del proceso penal sin que sea necesario el agotamiento de todas las etapas procesales, el artículo 332 prevé las circunstancias ante las cuales, por regla general, la fiscalía puede solicitar la preclusión de la investigación ante el Juez de Conocimiento, petición que de confirmarse reviste de fuerza vinculante y hace tránsito a cosa juzgada.

La decisión por la cual se decreta la preclusión tiene efectos de cosa juzgada, de modo que un pronunciamiento favorable a la pretensión de poner fin anticipado a la actuación *«exige que la causal que la funda se encuentre demostrada de manera cierta o, lo que es igual, que respecto de la misma no exista duda o posibilidad de verificación contraria con un mejor esfuerzo investigativo»*⁵.

Dicho en otros términos, *«la alternativa de poner fin al proceso por esta vía supone la existencia de prueba de tal entidad que determine de manera concluyente la ausencia de interés del Estado en agotar toda la actuación procesal prevista por el legislador para ejercer la acción penal, dando paso a un mecanismo extraordinario por virtud del cual pueda cesar de manera legal la persecución penal»*⁶.

⁵ CSJ AP, 31 ene. 2018, rad. 51049. Igualmente, CSJ AP, 24 jun. 2008, rad. 29344; CSJ AP, 27 sept. 2010, rad. 34177; y CSJ AP, 24 jul. 2013, rad. 41604.

⁶ CSJ SP, 25 may. 2005, rad. 22855.



Según prescribe el artículo 331 de la Ley 906 de 2004, “*en cualquier momento el Fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión, si no existiere mérito para acusar*”, posibilidad que conforme con la sentencia de constitucionalidad C-591 de 2005 proferida por la Corte Constitucional, comprende la fase de indagación, esto es, antes de la imputación.

En ese entendido, la preclusión sólo será viable cuando el peticionario – y en este caso la Fiscalía -, acredite argumentativa y probatoriamente que i) se han agotado plenamente las posibilidades investigativas, y ii) la causal invocada está configurada más allá de cualquier duda⁷.

Adviértase, que durante la etapa de indagación e investigación, solo la Fiscalía está facultada para efectuar la solicitud preclusiva, en tanto, en fase de juzgamiento esta facultad a la luz del Art. 332 de la ley 906 de 2004, se hace extensiva al Ministerio Público y a la Defensa, pero exclusivamente por las causales 1° y 3° del canon en comento.

Siendo ello así, el legislador delimitó a dos los motivos que a causa de hechos sobrevinientes, pueden ser invocados por la Fiscalía, Ministerio Público y Defensa para la solicitud preclusiva: *(i) la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal; y (ii) la inexistencia del hecho investigado. La imposibilidad de proseguir con el ejercicio de la acción penal.*

Lo anterior en virtud de que puede acontecer que durante el juzgamiento surja un evento sobreviniente a la acusación [...] *Como la consolidación del término de prescripción de la acción, la muerte del acusado, la despenalización de la conducta imputada, la constatación*

⁷CSJ SP, 25 jul. 2018, rad. 53107



de la existencia de cosa juzgada, el decreto de una amnistía, la rectificación del escrito injurioso o calumnioso, y en general aquellos eventos susceptibles de verificación objetiva, con potencialidad para extinguir la acción penal [...]

Así mismo, puede surgir como consecuencia de la constatación de circunstancias que indican que la acción penal no podía iniciarse, como podría ser la verificación de la inexistencia de querrela respecto de un delito que exige este presupuesto de procedibilidad. En cuanto a la inexistencia del hecho investigado, hace referencia a una situación fáctica, no jurídica, como cuándo aparece intacto el documento cuya destrucción se atribuyó al procesados.

7.3. Caso concreto

7.3.1. La Sala, en primer lugar, debe llamar la atención⁹ del Juez Séptimo Penal del Circuito de Cartagena, Dr. Domingo García, toda vez que del análisis efectuado a la decisión mediante la cual se rechazó la solicitud de preclusión a favor de RONALD SANÍN CABEZA, se logra evidenciar manifiestamente una transgresión al principio de Imparcialidad, toda vez que en su proveído, abandonó el pedestal de juez, para ubicarse en el rol de acusador, asumiendo así una posición que no le correspondía, bajo el raciocinio de exponer las razones por las que consideraba que el procesado junto a su hermano, Jarold Sanín Cabeza, eran “expendedores” de estupefacientes.

⁸ Véase sentencia de constitucionalidad con radicado C-920/07

⁹ En Proveído de segunda Instancia del 10 de septiembre de 2019, Rad. 2018-05597, dentro del proceso seguido contra Osvaldo Moscote Majul, por los delitos de Acceso Carnal Abusivo con menor de catorce años en concurso con demanda de explotación sexual con persona menor de 18 años agravado, se realizó idéntico llamado de atención.



No solo la inferencia lógica a la que llegó el funcionario judicial es inadmisibles, sino que además al resolver la petición preclusiva aplicó inadecuadamente el principio de igualdad de trato, pues es evidenciable que dentro del caso de marras, las situaciones fácticas que conllevaron a la captura de los señores Jarold Sanín Cabeza y Ronald Andrés Sanín Cabeza, difieren en las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

En ese orden, la Sala, realizando un análisis a la imputación fáctica endilgada al procesado **Jarold Sanín Cabeza**, logra evidenciar que la misma presuntamente ocurrió al interior de la residencia de la señora Gloria Aristizabal López, donde aquél intentó hurtar sus pertenencias, razón por la cual, uniformados de la Policía Nacional, luego de una persecución, lograron capturarlo, hallándole consigo un arma de fuego y unas bolsas plásticas que contenían una supuesta sustancia de estupefaciente.

En cambio, de acuerdo a la exposición de los hechos reprochados por la Fiscalía al señor **Ronald Sanín Cabeza**, se tiene que ésta se produjo momentos después de la captura del otrora mencionado, cuando éste acude en compañía de una multitud a la vivienda de la señora Gloria Aristizabal López, sitio en donde, sin ingresar al inmueble, lanzaba piedras e improperios contra la denunciante. Aspecto que obligó para que nuevamente los uniformados captores de Jarold Sanín, se dirigieran al sitio y después de una persecución, lograran detener al acusado, quién al solicitarle un registro personal, le fue hallada una sustancia similar a la marihuana.

Indicado lo anterior, es fácilmente deducible que las dos conductas descritas anteriormente no encuentran una interrelación



entre sí, pues los comportamientos endilgados fueron cometidos en diferentes contextos, mediando incluso un lapso de tiempo indeterminado entre la ejecución de cada conducta punible, sin que se vislumbre entre ellas homogeneidad en sus *modus operandi*, en razón a que disimiles eran los fines perseguidos y diferentes la forma en que se ejecutaron las conductas, ya que **Jarold Sanín**, presuntamente intentaba hurtar las pertenencias de Gloria Aristizabal, en cambio, **Ronald Sanín**, buscaba ejecutar una retaliación por la captura de su hermano.

Bajo este orden explicativo, no entiende la Sala el motivo por el cual el Juez Séptimo Penal del Circuito de Cartagena, logra apreciar erradamente una “*igualdad de trato*” en la ejecución de ambas conductas, siendo que ellas no coexisten ni en su finalidad, ni en su ejecución.

Ahora, si bien, no desconoce ésta Corporación que a ambos procesados se les halló la misma clase de alcaloide (marihuana), ello no es suficiente para pregonar una conexidad en la ejecución de sus conductas, ya que la actuación de ellos fue disímil en modo, tiempo y lugar.

Grave resulta entonces, el raciocinio efectuado por el *a quo*, el cual aplicando la teoría errada y proscrita del **delito de sangre**, ubica la participación de los procesados en el mismo rango de ejecución de las conductas de porte de arma de fuego de defensa personal y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, pues, es claro que en el derecho penal moderno, guiado por los principios humanísticos, no se puede concebir que por la relación de parentesco, se deba predicar la misma conducta respecto de los dos hermanos, máxime cuando ésta visto que



ellos, actuaron en escenarios fácticos diferentes. Mucho menos es coherente la denominada “*regla de la experiencia*” que aplica el *a quo*, consistente en que si los hermanos tenían la misma clase de estupefaciente, y uno de ellos portaba arma de fuego, se debe concluir que ellos tenían negocios ilícitos.

Bajo éste rudimental criterio, es claro que el juez de primera instancia optando como mero investigador habido de resultado, aplicó una criminalidad periférica, edificada ésta en meras conjeturas, que no abandonan el ámbito de la suposición, toda vez que su postura no se cimienta en la petición concreta de la fiscalía, consistente en determinar si existen los presupuesto configurativos del tipo penal de tráfico, fabricación o porte de estupefaciente dentro de la actuación ejercida por Ronald Sanín Cabeza.

7.3.2. Apuntalado lo anterior, la Sala debe indicar que el trámite de preclusión, por su naturaleza y efectos, se rige por una serie de pasos obligatorios de argumentación y presentación de los elementos de juicio suficientes para considerar que se estructura la pretensión pretendida.

Entonces, si la solicitud deviene de la Fiscalía, lo adecuado es que está presente los elementos materiales probatorios, evidencia física o informes que conduzcan a demostrar de manera fehaciente la causal en la cual busca soportar la pretensión, que, al ser descubierta, permita no solo la controversia de las partes, sino el conocimiento directo del fallador, ante quien se presentan y estas ingresan para que sirvan de soporte a su decisión¹⁰.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP3400-2019 Rad. 54745 del 14 de agosto de 2019



En el caso examinado, se observa que la fiscalía solicitó preclusión de la investigación a favor de **Ronald Andrés Sanín Cabeza** por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefaciente, al considerar que la cantidad de **45 gramos** de marihuana incautada, vulnera “*levemente*” el bien jurídico de la salud pública y por ende, se debe decretar la atipicidad de la conducta, “*en razón a que no está acreditada una afectación sustancial*”.

La Fiscalía dentro de la solicitud, enunció y dio lectura de los hechos consignados en el informe de captura en flagrancia del señor Ronald Sanín Cabeza, esencialmente lo expuesto por los Patrulleros de la Policía Nacional, Nelson Montero Jaramillo y Fred Acosta Santos. Igualmente detalló la conclusión consignada en el informe de prueba de identificación preliminar homologada –P.I.P.H.–, practicada a la sustancia incautada, en la cual se determinó que la misma dio positivo para Cannabis Sativa y derivados, con un peso neto de 45 gramos.

Los elementos detallados anteriormente, fueron los únicos que el censor estimó suficientes para soportar su tesis de preclusión, los cuales al final de su intervención, no fueron allegados a la actuación, por lo que el análisis de la Sala, a la luz del principio de limitación, solo se circunscribirá a lo que de los audios se pueda extraer.

Señalado lo precedente, la Sala advierte que de conformidad con la evolución jurisprudencial en torno al delito previsto en el artículo 376 del Código Penal, se tiene que para establecer si el actuar de una persona es punible, se hace necesario determinar si aquél tiene la condición de consumidor de estupefacientes o si su accionar está orientado a la venta o tráfico de los mismos, en tanto que solo en este último evento, **con independencia del peso de la sustancia**, la



conducta es reprimida por el Estado. Por consiguiente, la realización del tipo penal no está atada a la cantidad del alcaloide sino a la verdadera intención del agente¹¹.

La anterior tesis, fue sentada en detalle por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, mediante decisión del SP9916-2017, rad. 44997, y reiterada en CSJ SP497-2018, rad. 50512, así:

“...resulta 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 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...¹².

(...)

De otro lado, en relación con la acción de llevar consigo, verbo rector alternativo del tipo penal que recoge el artículo 376 del Código Penal, la Corte debe señalar que aunque eventualmente la cantidad de droga que se porte permitiría inferir conductas relacionadas con el tráfico de estupefacientes, no es ese un elemento que pueda adscribirse a la tipicidad de la conducta.

En este sentido, 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

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 53.157, 6 de marzo de 2019

¹² [cita inserta en texto transcrito] CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760.



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.

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

Valga decir, en el contexto de la nocividad específica de la sustancia de crear dependencia, que es el concreto cometido de protección a través del bien jurídico de la salud pública, el criterio atinente a los límites cuantitativos impuestos por el legislador al determinar la dosis para el uso personal, con frecuencia riñe con las condiciones personales del individuo, caso en el cual entran en juego otros elementos atinentes, por ejemplo, al grado de dependencia, su tolerancia y necesidad, su condición de consumidor adicto, recreativo o primerizo y la posibilidad de abastecimiento en cantidades superiores o de dosis compartidas, lo que escapa a cualquier previsión legislativa.

Esa misma ambigüedad se ha trasladado en la práctica al juicio de antijuridicidad realizado por jueces y tribunales del país, cuando bajo su arbitrio han recurrido a modificar los topes pretextando la aplicación del principio de insignificancia, introduciendo el discutible criterio de lo ligera o levemente superior a la dosis personal, para concluir en la falta de lesividad de la conducta realizada o, por el contrario, para entender el riesgo real para los bienes jurídicos cuando se supera lo leve o ligero.



*Dicha solución, a más de contribuir a la inseguridad jurídica, en tanto dispensa desiguales juicios valorativos frente a situaciones fácticas semejantes dependiendo del capricho del juzgador, conduce a perder de vista que tratándose de bienes jurídicos supraindividuales los protegidos en este caso por el legislador, **su afectación no depende de una cantidad concreta de sustancia psicoactiva, cuando el riesgo no trasciende la esfera privada del portador y, por lo tanto, no interfiere en derechos ajenos susceptibles de protección penal.***

En realidad, no es ese un criterio que pueda resolver de manera satisfactoria el problema de la lesividad de la conducta, puesto que el principio de insignificancia presupone un auténtico juicio de adecuación típica y una afectación real del bien jurídico – aunque de manera nimia-. En tales casos la conducta del agente carece de relevancia para el derecho penal, aun cuando, prima facie, reúna los elementos contenidos en la figura prevista en el Código Penal.

*Por lo tanto, aun cuando se repute como categoría vigente el concepto de dosis personal¹³, aparte de su función reductiva (será impune portar cantidades que no superen ese rango, a excepción de los casos asociados al tráfico o distribución), no es un criterio suficiente para determinar la prohibición inserta en el tipo penal, **cuando se admite que independientemente de la cantidad de sustancia estupefaciente que un individuo lleve consigo, lo que en realidad permite establecer la conformación del injusto típico es el fin propuesto de traficar o distribuir con el psicotrópico. Por lo mismo, se hace inocuo la apelación a criterios caprichosos empleados en la praxis judicial como el de cantidad ligera o levemente superior a esa dosis personal.***

En este sentido, cobra importancia la orientación que frente al delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes ha dado la Sala en las sentencias CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760; CSJ SP-4131, 6 abr. 2016, rad. 43512; y, CSJ SP-3605, 15 mar.

¹³[cita inserta en texto transcrito] Corte Constitucional, sentencia C-491 de 2012.



2017, rad. 43725; en el sentido de considerar el ánimo –de consumo propio o de distribución- del sujeto activo como ingrediente subjetivo o finalidad del porte de sustancias alucinógenas, a efectos de excluir su responsabilidad penal o de estimar realizado el tipo de prohibición.” (Negrillas de la Sala)

De la profusa cita jurisprudencial, es fácilmente deducible que para predicar una lesividad del bien jurídico de la salud pública, no basta solo con exponer que la cantidad de estupefaciente supera mínimamente la prevista como dosis para el uso personal, sino que es necesario que el petente argumente y asuma la carga probatoria para demostrar por qué no estructuran los criterios normativos referidos a la relevancia jurídico penal del comportamiento, el cual, en suma, es distinto a la noción de dosis personal.

Por la fuerza de lo dicho, es claro que el solicitante no ha probado la causal invocada, pues se denota de su argumento que ha hecho una interpretación errada de la jurisprudencia nacional y de la disposición normativa del código sustantivo de las penas, habida cuenta de no poderse predicar la atipicidad del tipo penal de tráfico, fabricación o porte de estupefaciente, con la sola circunstancia de habersele incautado a RONALD ANDRÉS SANÍN CABEZA una sustancia en cantidad que rebasó mínimamente los límites de la dosis personal.

Adicional a ello, de la exposición fáctica expuesta por el ente acusador, se indicó como argumento de refuerzo, que el no se ha podido establecer “*siquiera sumariamente*” que la sustancia estaba destinada a la comercialización.

Frente a la anterior hipótesis, la Sala una vez analizado los medios de conocimiento que sustentan tal conclusión, debe manifestar que



ella parte de elementos hipotéticos no demostrados con la petición de preclusión, por cuanto, el hecho que sirve de base no fue probado ni argumentativa ni probatoriamente, ya que no se allegó el medio suasorio que indicara que el señor Ronald Sanín Cabeza, sea una persona adicta o que empleaba dicha sustancia para uso distintos a la comercialización, razón por la cual la petición de la fiscalía, se ubica en el ámbito de una petición de principio.

Así las cosas, se queda endeble la petición de preclusión elevada por la Fiscalía, toda vez que no asumió la carga argumentativa y demostrativa necesaria, adecuada y suficiente para sacar adelante su pretensión, pues, de los dos únicos elementos suasorios que fueron verbalizados, los mismos resultan insuficientes para tener por configurada la causal solicitada (Art. 332 numeral 4 de la Ley 906 de 2004- Atipicidad de la conducta). En tal sentido, ha manifestado la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal¹⁴, lo siguiente:

“La Sala tiene pacíficamente sentado que la decisión por la cual se decreta la preclusión tiene efectos de cosa juzgada, de modo que un pronunciamiento favorable a la pretensión de poner fin anticipado a la actuación «exige que la causal que la funda se encuentre demostrada de manera cierta o, lo que es igual, que respecto de la misma no exista duda o posibilidad de verificación contraria con un mejor esfuerzo investigativo».

Dicho en otros términos, «la alternativa de poner fin al proceso por esta vía supone la existencia de prueba de tal entidad que determine de manera concluyente la ausencia de interés del Estado en agotar toda la actuación procesal prevista por el legislador para ejercer la acción penal, dando paso a un mecanismo extraordinario por virtud del cual pueda cesar de manera legal la persecución penal».

¹⁴ CSJ AP3168-2018, Rad. 53107, citado en CSJ, Sala Especial de Primera Instancia, radicado AEP00014-2018.



En ese entendido, la preclusión sólo será viable cuando el peticionario -y en este caso la Fiscalía-, acredite argumentativa y probatoriamente que i) se han agotado plenamente las posibilidades investigativas, y ii) la causal invocada está configurada más allá de cualquier duda.". (Subrayas fuera del texto.)

Huelga referir además, que si el fiscal consideraba que no tenía los elementos suficientes para demostrar la finalidad de comercialización de la sustancia incautada, ello necesariamente conlleva a la Sala a concluir que se ésta incumpliendo por parte del ente Acusador con su deber constitucional de investigar, pues de lo visto, es claro que no se puede avalar una preclusión que carece de un soporte probatorio sólido que permita afirmar más allá de toda duda la verificación de una tesis contraria con un mejor esfuerzo investigativo.

Así las cosas, y comoquiera que no se aportaron los elementos probatorios necesarios que acrediten con certeza la configuración de la causal aludida, la Sala procederá a confirmar el rechazo de la preclusión, pero bajo los términos aquí expuestos.

7.4. En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Cartagena, en Sala de Decisión Penal,

8.RESUELVE.

PRIMERO. CONFIRMAR, por los términos aquí indicados, el auto interlocutorio proferido por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cartagena el día 12 de octubre de 2018, dentro de las presentes diligencias procesales.



TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA PENAL

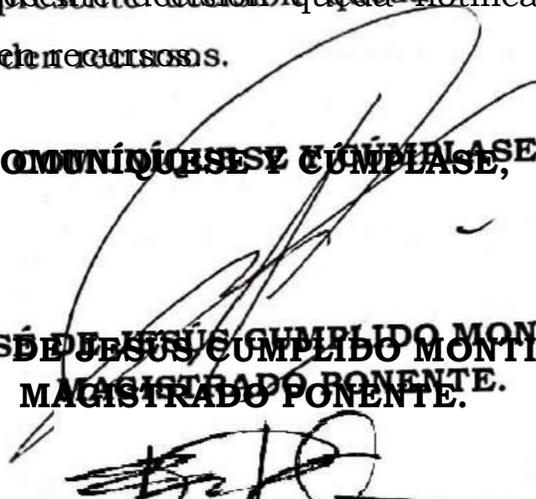
Procesado: RONALD ANDRÉS SANÍN GABEZA
Delito: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACTENTE
Asunto: SOLICITUD DE PRECLUSIÓN
Radicado: 13-001600100-2017-03719119
Radicado interno: Grupo 207009 Del 2019

SEGUNDO. REMITIR el expediente al Juzgado de origen, por intermedio de la Secretaría, para la continuación del trámite correspondiente.

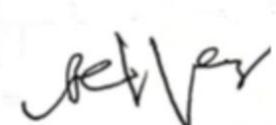
TERCERO. REGISTRAR por intermedio de la Secretaría, de la Sala Penal de este Tribunal, el resultado en la presente providencia en el sistema de Justicia XXI.

CUARTO. La presente decisión queda notificada en estrados y contra ella no proceden recursos.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,


JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL
MAGISTRADO PONENTE.


FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADO


PATRICIA HELENA CORRALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADA

LEONARDO DE JESÚS LARROS NAVARRO
Secretario