

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI**



-Sala de Decisión Penal-

Magistrado Ponente

ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR

RADICACIÓN: 76 001 6000 193 2014 39135
PROCESADO: SANDRA MILENA NAVARRO LOPEZ
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

PROYECTO DISCUTIDO Y APROBADO EN ACTA No.315

Santiago de Cali, Octubre treinta (30) de dos mil diecisiete [2017]

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión Penal a desatar el recurso de apelación interpuesto por el doctor EDER GUILLERMO BURBANO GOMEZ, Procurador 70 Judicial II de Cali, contra la Sentencia Ordinaria Nro.36 del 25 de mayo de 2017, proferida por el Juzgado 16 Penal del Circuito de Cali¹, mediante la cual se condenó a la señora SANDRA MILENA NAVARRO LOPEZ en calidad de autora del delito de TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES.

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76 001 6000 193 2014 39135
Proc. SANDRA MILENA NAVARRO LOPEZ
Del. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE ESTUPEFACIENTES
Sentencia ordinaria de 2º instancia

SINTESIS DE LOS HECHOS

Los hechos delictivos fueron citados por el Juez A quo, en los siguientes términos:

"...tuvieron ocurrencia el 2 de noviembre de 2014, aproximadamente a las 5 p.m., en la calle 30 con carrera 6ª del Barrio Porvenir de la ciudad de Cali, cuando Sandra Milena Navarro López fue sorprendida por autoridad policiva llevando consigo 45 papeletas contentivas de Cocaína, con un peso de 9.1 gramos.". (Folio 65)

PRPVIDENCIA IMPUGNDA

Con fundamento en el informe de captura y la declaración que rindiera el agente captor se edifica la sentencia condenatoria, pues no se demostró que la procesada fuera consumidora de estupefacientes como para pensar que la cantidad de sustancia incautada correspondiera a dosis de aprovisionamiento.

ARGUMENTOS DEL APELANTE

El Representante del Ministerio Público² se aparta de la sentencia solicitando

¹ A cargo del Dr. Julián Chica Díaz

² A cargo del doctor doctor Eder Guillermo Burbano Gómez.

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76 001 6000 193 2014 39135
Proc. SANDRA MILENA NAVARRO LOPEZ
Del. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE ESTUPEFACIENTES
Sentencia ordinaria de 2º instancia

se absuelva a la señora SANDRA MILENA NAVARRO LOPEZ, por cuanto su comportamiento fue atípico, toda vez que dentro del juicio oral no quedó acreditado el ingrediente especial subjetivo tácito que integra el tipo penal de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, como lo es el ánimo de ingesta.

Así con apoyo en providencias de la Corte dice que, si no está demostrada la actividad orientada al tráfico y siendo compatible con el ánimo de consumo o aprovisionamiento, debe considerarse el comportamiento atípico.

Indica el apelante, que, si bien el A quo se basó en la sentencia 43725 de 2017 para dar por típica la conducta, el sentido de la providencia no es la demostración de la condición de consumidor por parte del procesado, sino la acreditación de la finalidad dirigida al tráfico, es decir prefijar cual era el fin exteriorizado por el autor cuando es sorprendido llevando consigo sustancia estupefaciente superior a la dosis personal.

Señala, ceñido a la Corte, que *"...la protección de los consumidores implica la carga procesal por parte de la Fiscalía de demostrar un contexto de actividad orientada al tráfico de estupefacientes..."*.

En consecuencia, solicita se revoque la sentencia.

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76 001 6000 193 2014 39135
Proc. SANDRA MILENA NAVARRO LOPEZ
Del. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE ESTUPEFACIENTES
Sentencia ordinaria de 2º instancia

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1) COMPETENCIA:

La Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto dentro del radicado de la referencia, atendiendo las consignas del artículo 34 numeral 1º de la Ley 906 de 2004.

2) PROBLEMA JURIDICO

Lo es determinar si el comportamiento de la procesada en atípico en razón a la finalidad demostrada de la sustancia estupefaciente que le fuera encontrada en cantidad superior a la indicada en la ley como dosis personal.

3) VALORACIONES JURÍDICAS.

Resulta toral en la argumentación presentada por el apelante la doctrina que recientemente presenta a la Sala Penal de la Corte Suprema de justicia³, mediante la cual se dispone que no basta con el hallazgo de cierta cantidad de sustancia estupefaciente – mínima en todo caso – en manos del procesado, para inferir la ocurrencia del fenómeno dogmático de la tipicidad, pues se entiende, según la Corte, la existencia de un ingrediente especial subjetivo tácito en la norma penal (art. 376 del c. Penal) que indique el

³ Sentencia rad. 43725 del 15 de marzo de 2017.

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76 001 6000 193 2014 39135
Proc. SANDRA MILENA NAVARRO LOPEZ
Del. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE ESTUPEFACIENTES
Sentencia ordinaria de 2º instancia

propósito o motivación del autor pre-ordenada al tráfico.

Necesario es precisar los hechos jurídicamente relevantes⁴, es decir los que tiene connotación penal y se encuentran identificados con las normas típicas, para verificar si el precedente que ha motivado la opugnación tiene cabida en éste caso en concreto, veamos:

Fueron citados en la sentencia:

"...tuvieron ocurrencia el 2 de noviembre de 2014, aproximadamente a las 5 p.m., en la calle 30 con cra. 6 del B/ porvenir de la ciudad de Cali, cuando SANDRA MILENA NAVARRO LOPEZ fue sorprendida por autoridad policiva llevando consigo 45 papeletas contentivas de Cocaína, con un peso de 9.1 gramos..."

Mismos que surgen de lo probado en el juicio con la declaración del patrullero BRAYAN ANDRES SUAREZ OROZCO, único testigo que presentara la Fiscalía con conocimiento directo y personal de los hechos (art. 402 del C. de P.P.), amén que se estipuló la identificación de la acusada y la cantidad y calidad del alijo encontrado, correspondiente a cocaína con un peso de 9.1 gramos.

Esto dijo el patrullero:

⁴ SCP. 49819 del 24 de mayo de 2017.

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76 001 6000 193 2014 39135
Proc. SANDRA MILENA NAVARRO LOPEZ
Del. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE ESTUPEFACIENTES
Sentencia ordinaria de 2º instancia

"...Eh si por el que en este momento me encuentro acá que fue aproximadamente a las 17 horas del 2 de noviembre en el cual observó mientras realizábamos labores de patrullaje por la Calle 30 con Carrera 6 alma, en el barrio porvenir observamos a una señora de téz trigueña con un enterizo de color rojo la cual al notar la presencia de la patrulla de vigilancia de los otros policiales se torna nerviosa, y en ese momento observamos que la señora arroja una bolsa color negro al suelo y al verificar que era lo que iba dentro de la bolsa se encontraban 45 papeletas color blanco, que por sus características físicas se asemejaban al bazuco

¿Qué hicieron ante este hallazgo?

Ante eso hicimos la respectiva documentación para dejar a disposición ante la autoridad competente

¿Cómo era esta persona?

Era tez trigueña mediana altura y tenía un enterizo rojo un habitante de la calle

¿Les Dijo su Nombre?

En el momento si claro nosotros la identificamos, le pedimos la cédula creo que se llamaba Sandra..."

En el contrainterrogatorio de la Defensa, sobre las razones del requerimiento y las circunstancias en que se produjo la aprehensión, dijo el policial:

"... ¿por qué le hicieron el requerimiento?

Porque cuando nosotros estábamos realizando el patrullaje la señora al vernos se **tornó de una actitud sospechosa** lo cual generó que nosotros verificáramos porqué la actitud

¿Cuál es la actitud sospechosa?

Para yo como policía digo que es una actitud sospechosa cuando yo voy patrullando y la persona no se queda mirando fijo a los ojos, o simplemente titubea al momento en que está pasando la patrulla o trata de evadirla

¿Vio usted a esa señora con alguna otra persona?

No señor

¿Cerca de ella había alguien?

No señor.

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76 001 6000 193 2014 39135
Proc. SANDRA MILENA NAVARRO LOPEZ
Del. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE ESTUPEFACIENTES
Sentencia ordinaria de 2º instancia

Más adelante manifiesta:

"...¿Manifiesta usted que le encontraron a la señora una sustancia?

Si señor

¿Que esa sustancia era una sustancia blanca parecida al Bazuco cierto?

Blanca no era color habano así dice en el informe

¿Recuerda usted cuantas dosis o cuantas papeletas le encontraron?

45

¿Cómo estaban las papeletas?

Estaban envueltas en un papel blanco

¿Hablando en términos generales como se encontraban hablo de una bolsa negra?

Si señor

¿Qué más tenían como estaban?

Estaba completamente la bolsa negra y adentro estaban las 45 papeletas

¿Qué dijo la señora cuando la requirieron?

No dijo nada simplemente permitió el registro y dijo pues obviamente que los elementos **no eran de ella (subraya)**

A una pregunta aclaratoria del Ministerio público, contesto:

"... ¿Señor Bryan Suarez usted nos manifestó que el día 2 de noviembre del año 2014 sorprendió a una ciudadana arrojando una bola de color negro, usted puede precisar que estaba haciendo esa persona en el momento en que usted visualiza esa actitud?

Si doctor en ese momento se encontraba caminando por el lugar no estaba haciendo nada mas

¿Con quién se encontraba esa persona en el momento es que usted observa esa situación? Como lo dije anteriormente sola .."(se subraya).

De lo anterior se coligen varias cosas sobre los hechos, uno, que la señora portaba una cantidad considerable de sustancia estupefaciente, qué supera

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76 001 6000 193 2014 39135
Proc. SANDRA MILENA NAVARRO LOPEZ
Del. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE ESTUPEFACIENTES
Sentencia ordinaria de 2º instancia

en más de ocho (8) veces la dosis personal autorizada por la ley (9.1 grs.), empacados en 45 papeletas. Dos, que una vez aprehendida la mujer manifestó que el alijo no le pertenecía, y, 3, finalmente que se trata de una persona indigente que habita la calle (deducido por el policía, de su forma de vestir y actuar).

De tales hechos y circunstancias también queda claro que la cantidad de droga no es común encontrarla para el consumo de una persona indigente por carecer del músculo económico para adquirirlo, que dicho sea de paso es una considerable cantidad de sustancia que supera razonablemente la expectativa de consumo de una persona. Y si a lo previamente señalado se le suma que la misma procesada manifestó, al momento de su aprehensión, que la sustancia no era de ella, difícilmente se puede inferir que la señora SANDRA MILENA NAVARRO LOPEZ sea una simple consumidora y que su relación de inmediatez con la sustancia haya tenido esa finalidad.

Sin desconocer que el testigo de cargos precisó que la señora SANDRA MILENA NAVARRO LOPEZ se encontraba completamente sola al momento de su captura, los elementos de juico atrás considerados permiten inferir razonablemente que ese alijo de estupefaciente estaba destinado a diferente actividad que el consumo.

Ahora bien, quedó claro que no se acreditó su calidad de consumidora, y como tal condición no puede ser susceptible de una presunción legal (iuris

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76 001 6000 193 2014 39135
Proc. SANDRA MILENA NAVARRO LOPEZ
Del. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE ESTUPEFACIENTES
Sentencia ordinaria de 2º instancia

tantum), es decir que se presume, salvo prueba en contrario, que quien porta cierta cantidad de sustancia estupefaciente (no mucha, pero si superior a la dosis personal) se considera consumidor, no podrá anteponerse a las consideraciones que se han hecho relacionados con el tráfico. Dicho en giro diverso, si porta la sustancia estupefaciente en cierta cantidad y no se acredita que su finalidad sea el tráfico, se debe presumir consumidora, si esta condición no aparece demostrada en el proceso.

Esto en atención a que si bien la Corte en la sentencia pluricitada por el Ministerio público apelante, no exige como ingrediente especial subjetivo del tipo la calidad de consumidor, sino el pre ordenamiento de tráfico. La Sala opina, de manera paralela, que no se puede escindir la condición de consumidor por parte del agente, para hacer un juicio de valor sobre el mencionado ingrediente subjetivo tácito.

La anterior premisa por cuanto en casos concretos en los que se encuentre a una persona portando cierta cantidad de sustancia estupefaciente (dentro de la dosis personal o no) debe ser sometido su comportamiento a la demostración o de su condición de consumidor o de traficante.

Y si bien la Corte ha mencionado que el tipo penal tiene un ingrediente especial subjetivo tácito, que es el pre ordenamiento para el tráfico, la ausencia de acreditación de ello, generaría un problema que afecta la tipicidad. Entre tanto si el agente no cumple con tal elemento del tipo, pero

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76 001 6000 193 2014 39135
Proc. SANDRA MILENA NAVARRO LOPEZ
Del. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE ESTUPEFACIENTES
Sentencia ordinaria de 2ª instancia

es consumidor de sustancias el asunto podría afectar la antijuridicidad, cuando la cantidad resulte ser excesiva, obviamente por encima de la dosis personal.

En todo caso no puede volverse una regla, que la ausencia de prueba sobre el ***pre ordenamiento*** para el tráfico, insoslayablemente convierta al agente en consumidor y de contera la conducta en ***Atípica***.

El caso resuelto por la Corte, tiene matices diferentes en los que no se contó con la dificultad que tiene el que nos ocupa, pues en aquel se acreditó por una parte que la cantidad era menor y por otra que el agente si era consumidor de sustancias estupefaciente, luego en ese sentido no puede aplicarse con todo el rigor y obediencia que solicita el Ministerio público, pues frente al caso en concreto la tesis de la Corte tiene claroscuros que se deben superar, pues el asunto no es similar⁵.

En el caso en concreto, se encontró en poder de una ciudadana una gran cantidad de sustancia estupefaciente sin que diera explicaciones suficientes sobre el origen y destino de la misma, salvo que no era de ella, sin que se demostrara por la Defensa (MATERIAL O TÉCNICA) su condición de

⁵ Los jueces "tienen la obligación prima facie de estarse a lo resuelto por las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia, siempre que esta haya adoptado una decisión a propósito de un ***caso igual***, en lo relevante, al que esos jueces ordinarios se aprestan a resolver. No obstante, ese deber también puede cumplirse si el juez ordinario se aparta del precedente, pero argumenta de forma suficiente y aceptable por qué lo hace. Cualquier otra opción es equivalente a incurrir en defecto susceptible de ampararse mediante tutela, por violación del derecho a la igualdad y a la confianza legítima". Sentencia T-589 de 2010⁵.

consumidora o adicta como para inferir o razonar que la sustancia tenía esa finalidad, carga que no era precisamente de la Fiscalía, pues como lo ha dicho la Corte⁶, frente a la adversariedad y obligación de la defensa de acreditar las circunstancias que se opongan a la acusación, es riesgo de una condena:

“...Al respecto, la jurisprudencia se ha pronunciado como sigue:

«a dicha regla mal puede dársele el alcance de llegar a afirmar que el acusado no tiene la obligación de acreditar las circunstancias exculpativas que alega en su favor.

En inicio, es a la parte que alega determinado hecho a la que le corresponde probarlo en orden a demostrar el supuesto de hecho que permite aplicar la norma que pretende hacer valer y que le beneficia, como sucede, por ejemplo, en situaciones en las que se alega una causal eximente de responsabilidad como el caso fortuito o la fuerza mayor.

La carga de la prueba implica la necesidad de aportar el medio de convicción que acredita un hecho, obligación que recae sobre quien lo alega en su favor, de donde pueden derivarse consecuencias adversas por la actitud procesal de las partes, en caso de que en el trámite se extrañe la prueba del hecho que beneficia a una de ellas, pudiendo ser aportada por aquel al que favorece, ante la demostración de lo perseguido por el adversario.

La carga de la prueba en el campo penal como manifestación del principio de presunción de inocencia y del derecho a la igualdad, no se torna absoluta como para que se avale la actitud pasiva de la parte acusada, pues en situaciones en las que emerge una dificultad en la parte acusadora para probar determinado hecho, pero la parte acusada cuenta con la facilidad de aportar el medio necesario para ello, siempre que

⁶ SCP. AP1033 RAD. 49622 DE 2017.

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76 001 6000 193 2014 39135
Proc. SANDRA MILENA NAVARRO LOPEZ
Del. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE ESTUPEFACIENTES
Sentencia ordinaria de 2º instancia

beneficie sus intereses, se hace necesario restablecer el equilibrio en procura que la prueba de la circunstancia controvertida, sea aportada por la parte que puede acceder al medio de convicción. (...)

En un sistema procesal acusatorio en el que no rige el principio de investigación integral, es claro que la actividad probatoria de la fiscalía y la tarea de desvirtuar dicha presunción, se agota con la demostración de los hechos en los que funda la acusación, al igual que la ejecución de los mismos en cabeza del sindicado, así como el conocimiento que debe expresar a la defensa acerca de la existencia de un medio de convicción favorable a sus intereses. De allí que la defensa adquiera el compromiso de demostrar las circunstancias que se opongan al soporte fáctico de la acusación, pues de lo contrario el procesado se expone a una condena». (Negrilla fuera de texto) (CSJ SP, 25 may. 2011, rad. 33660, criterio reiterado en CSJ AP 25 may 2016, rad. 47802)..."

En el escenario procesal dadas las circunstancias que se conocen sobre los hechos, el porte y tenencia de la sustancia no tenía como fin el consumo, pues no se acreditó que se trate de un consumidor que requiera de tamaño cantidad, quedando claro que el alijo supera ostensiblemente la dosis personal, la procesada no fue capturada consumiendo de la misma sustancia, se despojó de ella una vez fue avistada por los policiales, es una persona de la calle que no tendría virtualmente recursos para comprar esa cantidad con la finalidad del consumo, estando en un sitio donde circulan consumidores de estupefacientes, de lo que resulta razonable tal como lo concluyó el A quo, que el comportamiento es típico de tráfico de estupefacientes.

En consecuencia, se convalidará la sentencia de primer grado.

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76 001 6000 193 2014 39135
Proc. SANDRA MILENA NAVARRO LOPEZ
Del. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE ESTUPEFACIENTES
Sentencia ordinaria de 2º instancia

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

RESUELVE

- 1. CONFIRMAR LA SENTENCIA ORDINARIA NO.36 DE MAYO 25 DE 2017, MEDIANTE LA CUAL EL JUZGADO DIECISÉIS PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE ESTA CIUDAD, CONDENÓ COMO AUTORA PENALMENTE RESPONSABLE A LA SEÑORA SANDRA MILENA NAVARRO LÓPEZ, POR EL DELITO DE TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, conforme se razonó en la parte motiva de ésta providencia.**
- 2. LA PRESENTE DECISIÓN QUEDA NOTIFICADA EN ESTRADOS Y CONTRA LA MISMA PROCEDE EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN.**

CÓPIESE, LÉASE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS,



SOCORRO MORA INSUASTY

-Primer revisor-

76 001 6000 193 2014 39135

M.P. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
Rad. 76 001 6000 193 2014 39135
Proc. SANDRA MILENA NAVARRO LOPEZ
Del. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE ESTUPEFACIENTES
Sentencia ordinaria de 2º instancia


LEOXMAR BENJAMIN MUÑOZ ALVEAR
Confirma Condición
-Segundo Revisor-
76 001 6000 193 2014 39135


ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR
-Magistrado Ponente-
76 001 6000 193 2014 39135