

2008

SISTEMA PENAL ORAL  
ACUSATORIO



JOSÉ WILSON

MÁRQUEZ ESTRADA

TECNAR –FACULTAD DE DERECHO

28/11/2008

# **AUDIENCIA PÚBLICA**

## **SISTEMA PENAL ORAL ACUSATORIO**



**POR**

**JOSÉ WILSON MÁRQUEZ ESTRADA**

**PARA**

**DOCTOR ONILIO YEPEZ**

**PROFESOR DEL CURSO**

**PROCESAL PENAL I**

**FACULTAD DE DERECHO –TECNAR**

**2008 - II**

# **SISTEMA PENAL ORAL ACUSATORIO**

## **AUDIENCIA PÚBLICA**

**Tribunal Superior de Bolívar - Sala de Decisión Penal**

**NOVIEMBRE 26 DE 2008**

### **PRESENTACIÓN**

Buenas tardes: La presente audiencia será presidida por los honorables magistrados Dr. Taylor Ivaldi Londoño Herrera, Dr. Darío López, Dr. Carlos Mario Jaramillo. Los asistentes e intervinientes deberán ponerse de pie cuando ingresen y se retiren los honorables magistrados. Deben las partes intervinientes obedecer las órdenes impartidas por los magistrados, hacer uso de la palabra cuando sea concedida por estos y no podrán retirarse antes de que termine la audiencia. Se le advierte al público que ante su comportamiento inadecuado serán retirados de la sala: no se puede fumar, ni comer, ni beber, ni recibir llamadas que distraigan el curso de la audiencia. Nos ponemos de pie por favor.

**MG. TAYLOR LONDOÑO:** Siendo las 3:10 de la tarde de hoy miércoles 26 de noviembre de 2008, damos comienzo a la audiencia pública de recurso de apelación de la causa radicada con l número 05212- 2008 con radicado interno 2345, causa seguida a Luis Arcángel Elorsa Tapias, para los efectos de los registros le pedimos el favor de que se identifiquen.

**FISCALÍA:** Mi nombre es Amalia Torres Castro Fiscal delegada número 22 del Distrito de Cartagena.

**MINISTERIO PÚBLICO:** Mi nombre es Joaquín Emilio Gómez Zea Procurador Judicial 17 adscrito al Distrito de Cartagena.

**DEFENSA:** Mi nombre es Manuel Tous Galindo cedula de ciudadanía # 71.654.322 del Distrito de Cartagena, tarjeta 22491, defensor público y represento al señor Luis Arcángel Elorsa Tapias y recibo notificación en el

conjunto residencial San Juan, bloque 15 apto 5ª, Teléfono 6562262, barrio Daniel Lemaitre, de Cartagena.

**MG. TAYLOR LONDOÑO:** Para todos es claro que el pasado 28 de enero fue detenido, en el sector conocido como “la Chaflera” del barrio Canapote del Distrito de Cartagena, por la policía el señor Luis Arcángel Elorsa Tapias portando 1.8 gramos de cocaína, formulada la imputación y con ello la iniciación de la actuación penal, la fiscalía invocó ante el juez de conocimiento la preclusión, preclusión que en audiencia particular el juez primero penal del circuito de Cartagena con funciones de conocimiento la negó y contra esa decisión el ministerio público formuló el recurso de apelación. En consecuencia para la sustentación de ese recurso, señor agente del ministerio público se le otorga la palabra.

**MINISTERIO PÚBLICO:** El juez primero penal del circuito de Cartagena, con funciones de conocimiento en aplicación del artículo 335 del código de procedimiento penal profirió auto en el cual se rechazó la solicitud de preclusión que tuvo su origen en la fiscalía general de la nación. Este agente del ministerio público en la audiencia respectiva presentó concepto favorable acerca de dicha solicitud de preclusión y estuvo de acuerdo con los argumentos de la fiscalía y además se presentaron otros argumentos que le daban fuerza a la posibilidad de finalizar el proceso mediante una sentencia de preclusión, en la medida en que no estuve de acuerdo con el auto que rechazó dicha solicitud, presente el recurso de apelación el cual entró a sustentar en consecuencia: lo primero que debemos entrar a pensar es que es la dosis personal, según la ley 30 de 1986, artículo 2º literal j, en dicha norma la dosis personal consiste en el porte de un gramo o menos de sustancia de cocaína. Luego de confrontar esta norma con el artículo 474 del código penal, encontramos que la ley 30 de 1986 fue derogada. Entonces se dejaría a criterio del juzgador que se entiende por dosis personal. Se entendería que quien porte una dosis personal estaría asumiendo una conducta atípica. Los elementos probatorios y la evidencia física que la fiscalía presentó nos dan a entender que el señor Elorsa no es un traficante de drogas, ni vendedor ni expendedor de drogas, sino que es un típico consumidor de estupefacientes. A esa conclusión llegó la fiscalía, teniendo en cuenta las circunstancias de captura y la cantidad que se le encontró, y sobre todo, su apariencia física que notaba

que era un consumidor y que al parecer es un hombre que vive en la calle. En consecuencia se puede aplicar la causal cuarta del artículo 332 y proferir la preclusión de dicha investigación; en la medida en que es atípico el hecho investigado y si es atípico el hecho investigado entonces es procedente dictar la preclusión de dicha investigación.

Otra causal que encuentro y que también fue sustentada en aras de dictar la preclusión es la prevista en el numeral 2° del artículo 332, es decir, el fiscal solicitara la preclusión en los siguientes casos: existencia de una causal que excluye la responsabilidad con relación al código penal. El código penal en el artículo 32 establece que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando numeral decimo, se obre con error invencible y de que no concurra en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica. El juez de primera instancia para descartar este argumento manifestó que tanto sabe el consumidor que su conducta es ilícita que dicha compra la hace de manera clandestina. Yo encuentro este argumento que parte de un principio equivocado, porque lo que es perfectamente ilegal es la venta de estupefacientes y por eso esa venta se hace en forma clandestina, en consecuencia no sería clandestina el consumo ni el porte de dosis personales de droga. Para descartar toda esta argumentación se debe probar que el sujeto es un traficante de droga, es decir, para hacer la adecuación típica al artículo 376 de la conducta del señor Arcángel, hay que demostrar que el sujeto activo es un traficante de droga. Estos son los argumentos del ministerio público para solicitar la preclusión. Como tercer argumento planteo que la conducta del señor Arcángel no es antijurídica porque no pone en peligro el bien jurídico tutelado que es la salud pública, ya que es evidente que la droga que el tenía era dedicada para su propio consumo y estaríamos en esferas del libre desarrollo de la personalidad. Será razonable pensar que 0.8 gramos que es el exceso frente a los parámetros de la ley 30 está afectando el bien jurídico de la salud pública? Será razonable que estas circunstancias se lleve todo un juicio generando todo un desgaste de la administración de justicia? Dejo entonces estos argumentos señores magistrados para que los pongan a consideración, muchas gracias.

**MG. TAYLOR LONDOÑO:** Señora fiscal tiene usted la palabra.

**FISCALÍA:** Si bien esta delegada fue la que solicito la preclusión de la investigación y en consecuencia recurrir la providencia que él anego y también la situación que el nuevo sistema puso a la fiscalía, que nos puso en un mundo de más injusticia, en consecuencia acudo ante ustedes a reforzar lo expresado por el señor agente del ministerio público. El señor juez primero penal del circuito de Cartagena terminó la decisión negando la preclusión con las siguientes palabras: “el despacho considera que no se encuentran los elementos facticos disponibles para precluir olímpicamente la investigación.” Esto fue como un dardo en el corazón de esta delegada que siempre he actuado con cautela en mis decisiones y siempre he trabajado con honestidad y nunca olímpicamente y para la justicia no ha sido un juego. El juez penal del circuito manifestó “que el señor Arcángel por el solo hecho de llevar 1.8 gramos de cocaína, es incuestionable que el comportamiento del afectado está enmarcado dentro del tráfico de estupefacientes, en primer lugar porque está contribuyendo con los expendedores a que se desarrolle esta actividad ilícita.” No tiene razón el señor juez, ya que no hay elementos materiales ni evidencias físicas para suponer el tráfico de estupefacientes, lo único que podemos pregonar de él es que era un consumidor de estupefacientes, un hombre de la calle, que por sí solo nos hablaba de esta calidad. El agente de la policía nos informo que el señor fue capturado en un lugar donde se trafica con estupefacientes y donde generalmente capturan las personas viciosas y que el capturado en el momento de la captura manifestó que era para su consumo. Igualmente en la audiencia de formulación d imputación manifestó que él no se allanaba a los cargos porque él no era un traficante sino un consumidor. El señor juez primero penal del circuito continuó sus argumentos para negar la preclusión diciendo “que el hecho de que el acusado tenga desarraigo no contribuye a que esa conducta sea atípica y que el hecho que no sea posible establecerse pericialmente si se trata de una dosis personal, ese 1.8 de bazuco no desvanece la tipicidad”, luego la fiscalía hizo la precisión que el señor Arcángel era un hombre de la calle y lo hizo porque era necesario mostrar d que sujeto estábamos hablando y cuál era su conducta. La defensa y la fiscalía quedamos atados porque no podíamos mostrar científicamente que era un

hombre adicto, enfermo, por eso echamos mano de las informaciones de la gente de que este señor era efectivamente un hombre de la calle y que esos hombres acuden al consumo de droga por que solo así mitigan su hambre, su soledad; y así como lo dijo el agente de la policía salía de un lugar de expendio cuando fue capturado, acababa de comprar su dosis, esa cantidad excedió en 0.8 gramos lo estipulado como dosis personal y por eso no podemos enmarcarlo como un traficante como lo pretende el señor juez, pues no hay ningún elemento probatorio, como lo dice el señor representante del ministerio público, que nos permita inferir razonablemente tal comportamiento, por el contrario todos los elementos materiales probatorios con que cuenta la fiscalía, permiten inferir razonablemente que estamos ante un consumidor. Pero el señor juez contrariando lo evidente dijo “que generalmente ellos saben qué cantidad exacta tiene una porción de mariguana y de cocaína que compran para su consumo y o hacen de forma clandestina”. Será posible que cada consumidor porte consigo una gramera para exigirla al vendedor que no vaya a sobrepasarse de lo permitido por la ley? Esta fiscalía consideró que esos 0.8 gramos en que se excedió se compaginan con la dosis personal. Igualmente la policía creyó que este exceso hacia típica la conducta y por eso acudió al juez. En conclusión planteo que debiera revocarse la decisión del señor juez primero penal del circuito y precluirse la investigación. Muchas gracias.

**MG. TAYLOR LONDOÑO:** Señor defensor tiene usted el uso de la palabra.

**DEFENSA:** Primero quiero referirme al artículo 27 de la ley 906 de 2004, que dice que en las labores de investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a los criterios de ponderación, necesidad, legalidad y corrección en el comportamiento para evitar excesos contrarios a la función pública y especialmente a la justicia. Tal como lo reseñó el ministerio público planteo tres situaciones que nos llevarían a una misma finalidad la cual sería la preclusión de la investigación a favor de mi representado: se refiere a la causal consagrada en el numeral cuarto, del artículo 332 de la ley 906 del 2004, al que hace referencia a la atipicidad del hecho investigado, situación de que si bien conocemos el artículo 376 hace referencia a tres verbos rectores: tráfico, fabricación y porte. En la audiencia preliminar de imputación se le pregonó el verbo rector de porte y una vez formulada la imputación el señor no se allano

a la misma, en razón a ello dio pie a que se continuara la investigación obteniendo luego de esa diligencia de imputación, la libertad, y como es un habitante de la calle no se ha podido obtener de nuevo su comparecencia al juzgado primero del circuito penal del Distrito de Cartagena, donde se realizó la primera solicitud a efectos de lo solicitado por la fiscalía. Comparte la defensa dicha causal de preclusión de la investigación solicitada por la fiscalía, ya que no existe ningún daño a la salubridad pública. Me referiré a la sentencia del 13 d mayo del año 2006, proferida por este mismo tribunal que dice “la persona que adquiere sustancias para su propio consumo independiente de su cantidad –hay quien adquiere la dosis que requiere para un solo consumo y otros que se aprovisionan de cantidades superiores- sin por ello poner en peligro la salubridad pública”. Si así lo considera este tribunal estaríamos encuadrados en el numeral que invoca el ministerio público a efectos de llegar a la preclusión de la presente investigación penal en contra del señor Elorsa Tapias. Mi defendido en ningún momento conocía el pesaje correcto de lo que portaba y en ningún momento su intención era la comercialización sino solo el consumo, evidenciando lo que decía el ministerio publico de que su conducta de ninguna manera pone en peligro el bien jurídico de a salubridad pública. Considera la defensa que los argumentos dados por el juez penal para sostener la investigación deben ser revocados dando un sustento de casa. En este caso solcito la revocatoria de este auto y precluir la investigación que se adelanta en contra de mi representado. Muchas gracias.

**MG. TAYLOR LONDOÑO:** Quiere la sala hacer dos precisiones antes que nada, la primera tiene que ver con el reconocimiento que la sala quiere darle a la tesis presentada por ustedes, el carácter de un discurso serio porque plantear la atipicidad de la conducta y al mismo tiempo la antijuridicidad, pareciera no tener seriedad y rigidez pero a juicio d la sala lo tiene por que reconocemos que esa es una estrategia en el manejo de la dialéctica que es lo que se escenifica en espacios como estos, la segunda advertencia tiene que ver con algo que no se debiera plantear pero lo queremos hacer por la seguridad del caso, seguridad que ustedes deben experimentar y que exante, sus argumentos cambia el criterio que la sala ha mantenido con relación a este tema, criterio que estaba a espera de cómo podía ser modificado en torno a la racionalidad



que ustedes nos plantean. En este orden de ideas creemos que es necesario despachar el asunto a partir de dos interrogaciones: primero, quien es Elorsa Tapias? Para la sala Elorsa Tapias es un hombre de la calle y adicto al consumo de drogas, este razonamiento hizo que en el protocolo de decisión la sala escribiera sobre el particular lo siguiente: del señor Elorsa Tapias es precaria la información que se tiene, pero de lo poco conocido se tiene que es un hombre maduro, habitante de la calle, indigente, dedicado al reciclaje, sin personas allegadas a quien se les pudiera informar su aprehensión, además, desde su primer momento se identifico como un consumidor de sustancias, afirmación que aparece respaldada por la apreciación de los gendarmes que efectuaron la captura, de lo cual puede deducirse que esos 1.8 gramos de sustancia base de cocaína estaban destinados para su consumo personal.

El segundo interrogante por el cual la sala quiere avanzar hacia la decisión que se espera tiene que ver con lo siguiente: es típica esa conducta? Un sector de la doctrina ubica el problema en el campo de la tipicidad, otra corriente explica el asunto en el campo de la antijuridicidad. Para refrescar el caso recuérdese como la fiscalía alude fundamentalmente un fenómeno de atipicidad. El ministerio público plantea un fenómeno de atipicidad y de antijuridicidad. La defensa se acoge a los argumentos de la fiscalía y del ministerio público. Este interrogante de que si esta conducta particular que hoy replanteamos; si la conducta es atípica o antijurídica, hace que brevemente se recuerde a manera de cordial y respetuosa censura los planteamientos de la judicatura a instancia. Por ejemplo, el juez se detiene para el juzgamiento de lo que se le pidió, se detiene, ahí si retomando la sala el término que no debe usar, se detiene olímpicamente en un contexto de mera tipicidad o dicho de otra manera un simple o un desvalorizado juicio de adecuación típica que la sala comienza a no compartir y lo segundo un tal argumento de que esta conducta a que atañe al porte, almacenamiento y demás verbos rectores consignados en el tipo es así no más un delito de peligro abstracto. Lo uno y lo otro lo consignó el juez de la siguiente manera: “tratándose de una sustancia a base de cocaína el tope es de un gramo sin que se contemple que en los casos donde se supere mínimamente esa cantidad sea dable estudiar la configuración del delito”. Eso para la sala es una visualización fría, desvalorizada en un contexto de mero proceso de

adecuación típica. El segundo argumento expuesto por el juez aludiendo a unos tales injustos de peligro abstracto dijo: “la conducta imputada constituye uno de aquellos delitos de peligro abstracto y no de lesión por consiguiente no requieren para su consumación un resultado lesivo concreto al precisar simplemente la configuración de dos elementos: el primero externo representado por la ejecución de actos de tráfico de drogas y el segundo interno relacionado con obrar careciendo de autorización legal para desplegar la conducta”. Reitera la sala que separarse de estos criterios enarbolados por el juez es una actitud de sumo respeto y consideración pero que son razonamientos que valoramos al margen y a la zaga del lugar que actualmente está ocupando la ciencia penal, la ciencia penal ha avanzado tan vertiginosamente, y ha avanzado por los vericuetos mismos del injusto y por su configuración misma y por las necesidades de alcanzar niveles de racionalidad que se compaginen con su punición. Entonces argumentos de esta índole no se advienen con el estado actual de la ciencia penal, por eso hay lugar a que se entienda que los límites democráticos, los límites de civilidad, que han de funcionar ante la potestad punitiva del Estado. Esos límites comienzan con la noción misma de que es un bien jurídico para tutelar. Es desde ahí, desde ese mismísimo instante es como con seguridad comienza a detectarse cuando una conducta es penalmente relevante. Estas reflexiones hicieron que en el protocolo de decisión la sala consignara lo siguiente: “es precisamente a través de la noción de bien jurídico como pueden dirimirse racionalmente problemas tan complejos como es el límite de la actividad punitiva del Estado el cual debe reservarse la represión de las conductas socialmente nocivas, a fin de asegurar la coexistencia pacífica de los conciudadanos. El legislador entonces en el proceso de creación de la ley debe consultar el concepto de bien jurídico para evitar establecer como delitos conductas que no representan para este un daño o peligro. Pero cuando se trata de la función jurisdiccional no es suficiente con la desvalorización de la conducta realizada por el legislador para prohibirla al resultar necesario para la configuración del injusto que en el caso específico se lesione efectivamente el bien jurídico cuya afectación genérica presumió el legislador máxime cuando con frecuencia se abusa de la tipificación de delitos de peligro y lo que es peor aún de los delitos de peligro abstracto. Lo anterior y entendiendo el caso que hoy ocupa a la sala, significa que no basta que se trate de sustancia a

base de cocaína y que esta supere el tope establecido para la dosis personal para predicar cumplida la antijuridicidad como elemento integrante de la conducta punible con mayor razón cuando se sobrepasa por tan poco dicho límite y la información recaudada solamente sugiere que Arcángel Elorsa la adquirió para su consumo con lo cual si bien es cierto puede hablarse de una autolesión, también lo es que no alcanza a trascender el ámbito social donde se enmarca el bien jurídico en la salubridad pública. Sin que sea de vital importancia en este momento detenernos para lucubrar en donde subyace la racionalidad de la fundamentación de la decisión, que si en la tipicidad, que si en la antijuridicidad relacionando con ello los postulados que caracterizan a tantas escuelas que se han ocupado de la ciencia penal. Esta posición, repito que sin que sea del caso, detenernos en una u otra categoría de estanco el injusto, esta posición que acaba de plantear la sala encuentra respaldo en una línea jurisprudencial que viene de la corte suprema de justicia, en concreto en la providencia del 8 de agosto del 2005, con ponencia del honorable magistrado Dr. Germán Galán Castellanos, con radicado 18609 y que está también en armonía con una línea jurisprudencial que comienza a plantearse en esta corporación, en particular con ponencia del honorable magistrado Edilberto Jaime Contreras, en providencia del pasado 23 de marzo, en consecuencia, el Tribunal Superior de Bolívar, en sala de decisión penal resuelva revocar el auto del 24 de abril del 2008, proferido por el juez primero penal del circuito de Cartagena con función de conocimiento del hecho y en su lugar decretar la preclusión a favor de Luis Arcángel Elorsa Tapias, esta decisión se notifica por estrados. Señor agente del ministerio publico algo para manifestar al respecto?

**MINISTERIO PÚBLICO:** No señor magistrado, muchas gracias.

**MG. TAYLOR LONDOÑO:** Señora fiscal, tiene algo para manifestar al respecto?

**FISCALÍA:** No señor magistrado, muchas gracias.

**MG. TAYLOR LONDOÑO:** Señor abogado de la defensa, tiene algo para manifestar al respecto?

**DEFENSA:** No señor magistrado, muchas gracias.

**MG. TAYLOR LONDOÑO:** Decretamos el término de la audiencia, feliz tarde para todos.

***FIN DE LA AUDIENCIA***



Cartagena de Indias, Noviembre 26 de 2008