

M. PONENTE : LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
ACTA DE APROBACIÓN : 10 de 2017
RADICADO : 05001 60 00 206 2015 08469
CLASE DE ACTUACIÓN : APELACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA : SENTENCIA CONDENATORIA
FECHA : 10 DE FEBRERO DE 2017
DECISIÓN : CONFIRMA CONDENA
DELITOS : TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

PROVIDENCIA

PROCESO: 05-001-60-00206-2015-08469

DELITO: Tráfico de Estupefacientes

CONDENADO: Jose Bernardo Correa Giraldo

PROCEDENCIA: Juzgado 21 Penal del Circuito de Medellín

OBJETO: Apelación de sentencia Condenatoria.

DECISIÓN: Confirma

M. PONENTE: Luis Enrique Restrepo Méndez

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA DE DECISION PENAL

Medellín, febrero diez (10) de dos mil diecisiete (2017).

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 10

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia proferida el 4 de octubre de 2016, por el Juzgado 21 Penal del Circuito de Medellín, por medio de la cual se condenó a José Bernardo Correa Giraldo, por el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

I. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

El 19 de febrero de 2015, agentes de la Policía Nacional realizaban labores de patrullaje de rutina por la calle 55 con carrera 51, vía pública, zona céntrica de esta ciudad, y siendo aproximadamente las 15:50 horas, privan de la libertad a José Bernardo Correa Giraldo, al ser sorprendido cuando en el bolsillo lateral izquierdo delantero de su pantalón, portaba una bolsa negra en cuyo interior habían 50 papeletas con una sustancia pulverulenta de color amarillo, que por sus características se asemejaba al bazuco.

La sustancia fue sometida a prueba de identificación preliminar homologada (PIPH) y arrojó como resultado 15.6 gramos positivos para cocaína y sus derivados.

El capturado fue acusado por la Fiscalía General de la Nación, mediante escrito presentado el 19 de marzo de 2015, requerimiento fiscal que se concretó en audiencia celebrada el 9 de julio siguiente, como autor responsable del punible de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo, de que trata el artículo 376 inciso segundo del C.P. Realizado el juicio oral el *a quo* profirió la sentencia que se revisa, en ella se halló penalmente responsable al acusado y se le condenó a las sanciones de diez (10) meses y veinte (20) días de prisión, multa de 0.33 smlmv e inhabilitación para el ejercicio de funciones y cargos públicos por el mismo lapso; se le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia, por un periodo de prueba de dos años.

II. DECISIÓN OBJETO DE RECURSO

Las partes estipularon como probados los hechos relacionados con la plena identificación del acusado, las circunstancias en que se produjo su captura, la cantidad y mismidad de la sustancia a ella incautada y el hecho de presentar condiciones de marginalidad y pobreza. Con esos presupuestos la *a quo* entendió acreditada la existencia de la conducta; en punto de

la antijuridicidad, consideró que la defensa dejó de demostrar fehacientemente el destino final de la sustancia, cuya cantidad es apreciable, pues supera amplicamente la autorizada a título de dosis personal.

Trayendo a colación recientes fallos de la Corte Suprema de Justicia manifestó que si bien la presunción de lesividad que pesa sobre comportamientos como el desplegado por el acusado es de las conocidas como *iuris tantum*, esto es, que admite prueba en contrario, lo cierto es que esa carga de prueba debe satisfacerse plenamente y en el *sub lite* no aconteció de esa manera.

III: DEL RECURSO

Contra dicha decisión, en la audiencia de lectura de fallo, la defensa interpuso recurso de apelación, que sustentó en ese mismo escenario con los siguientes argumentos:

Dice que en este caso se advierte una responsabilidad objetiva, pues se sanciona a un ciudadano por el solo hecho de llevar consigo sustancia estupefaciente, concluyendo de paso que un consumidor de alucinógenos es un delincuente

Considera que la carga de demostrar la antijuridicidad y tipicidad no le corresponde a la defensa, ya que el compromiso probatorio para romper la presunción de inocencia le corresponde a la Fiscalía.

Afirma que deducir objetivamente la antijuridicidad y la culpabilidad franquea la presunción de inocencia, además de que se incurre en una responsabilidad objetiva.

Estima que la inversión de la carga de la prueba no puede ser en detrimento del procesado, sino en el ejercicio de investigar y procurar que se sancione las conductas punibles.

Concluye que la antijuridicidad no puede ser presumida, sino que hay que comprobarla, obligación que le corresponde al ente acusador.

Solicita revocar la sentencia condenatoria y que se absuelva, en atención a que la sustancia era para el propio consumo del acusado.

IV. NO RECURRENTES

La Fiscalía como sujeto procesal no recurrente, señaló que se debe confirmar la sentencia apelada, teniendo en cuenta que no se acreditó que el señor Correa Giraldo fuera consumidor o adicto a la sustancia decomisada, a más de que la cantidad de 15.6 gramos de estupefaciente supera con creces el gramaje permitido.

Indica que el hecho de que la defensa hubiese manifestado que el sentenciado es habitante de calle, no es una situación que por sí sola lo exima de responsabilidad penal, ni es justificación para que la sentencia sea revocada.

Por su parte el Representante del Ministerio Público, manifestó que en este caso la calidad de consumidor no puede ser supuesta, y no se trata tampoco de resolver una duda a favor, pues es una condición que afecta al ser humano, y su interpretación como beneficio no puede ser utilizada para solicitar una absolución, es decir, debe contarse con elementos concretos verídicos y confiables de los que así se desprenda la calidad exigida, carga que en ningún momento puede ser de la Fiscalía.

V. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. En primer término ha de manifestarse que esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el a quo, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004.
2. El problema jurídico planteado por el recurrente es de carácter probatorio y tiene que ver con establecer si en el *sub lite*, a través de los hechos estipulados probatoriamente en el juicio, se demostró adecuadamente que la cantidad de sustancia incautada al acusado tenía como destino su propio consumo y de la mano de ello la ausencia de tipicidad de la conducta.
3. Desde ya la Sala anticipa que la decisión será confirmada. Las razones para ello son las siguientes:

4. En la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia sobre el punto¹, esta Corporación ha admitido la atipicidad de la conducta por ausencia de lesividad cuando se demuestra adecuadamente en el juicio que el acusado posee la calidad de adicto o consumidor, que la sustancia llevada consigo tiene como destino exclusivo precisamente su propio consumo y, que la cantidad que porta supera la permitida como dosis personal. Todas esas condiciones, itera la Sala deben estar debidamente acreditadas.

5. El anterior criterio ha sido mantenido por la Corte Suprema de Justicia por más de una década, con algunos matices introducidos en decisiones recientes que, sin embargo, no comportan un viraje radical en el mismo. En una de esas decisiones la Corte sintetizó lo que ha sido su posición jurídica en relación con el punto y la necesidad de introducirle algunas variantes. Esto dijo la Corporación de cierre:

“(...) La posición uniforme de la Corte en relación al porte de estupefacientes destinado al consumo se puede sintetizar así: si la cantidad que se lleva consigo sobrepasa ligeramente la dosis legal de uso personal carecerá de lesividad por su insignificancia. Un exceso superior, aun cuando sea para el propio consumo, siempre será antijurídico porque hace presumir –de derecho– el riesgo para la salud pública, el orden socioeconómico y la seguridad pública, tal y como se afirmó en la decisión proferida el 17 de agosto de 2011, Rad. 35978. En ese orden, se tendría que cuando el exceso es mínimo la presunción de antijuridicidad es iuris tantum porque admite prueba en contrario, como la del fin de consumo, mientras que cuando el exceso es mayor la presunción es iuris et de iure porque no admite controversia probatoria alguna.

En esta ocasión se considera que la tesis principal que se ha erigido en línea jurisprudencial debe revisarse por cuatro razones fundamentales:

1) Porque, como se vio, en muchas de las decisiones de esta Corte ya se contemplan argumentos constitucionales, doctrinales y de derecho comparado, que permiten vislumbrar la falta de lesividad del porte de estupefacientes para el consumo.

2) Porque prohíja una doble naturaleza de la presunción de antijuridicidad en que se fundan los delitos de peligro abstracto: es iuris tantum para los eventos de exceso mínimo de la dosis personal y es iuris et de iure para las demás hipótesis, sin que exista una razón válida para una tal distinción generalizada y, además, es inconsecuente con la jurisprudencia que sobre ese punto se ha sostenido.

3) Porque a partir del Acto Legislativo No 02 de 2009 se erigió al consumidor de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, especialmente al adicto, como sujeto de protección constitucional reforzada, lo cual impide que la misma condición que le hace merecedor de una

¹ C. S. de J. sentencias 19.856 (27-05-2003); 18.609 (8-08-2005); 29183 (18-11-2008); 31531 (8-07-2009); 33.581 (21-04-2010); 49.641; y 35.978 (17-08-2011).

discriminación positiva, a la vez, pueda constituir el contenido de injusticia de un delito. Y,

4) Porque la tendencia contemporánea hacia la despenalización de las conductas de porte y conservación relacionadas con el consumo de drogas, la cual predomina en distintos sectores de los gobiernos locales, de los organismos internacionales, de la academia y de la sociedad en general; obliga a la judicatura a una reflexión permanente, por lo menos, en lo que hace a la efectiva antijuridicidad de tales comportamientos.²

Con base en lo anterior, la Corte consideró entonces, que para estar al tanto de los criterios anunciados, debía mutar la presunción *iuris et de iure* que pesaba en punto de la antijuridicidad de la conducta de porte cuando la cantidad de sustancia era superior, es decir, cuando no permite el calificativo de insignificante, por una presunción *iuris tantum*, es decir que admite prueba en contrario. Al respecto, esto dijo la Corte en la decisión citada:

*“(…) 1. Que el consumo de estupefacientes es una conducta que **no tiene la potencialidad de afectar bienes jurídicos ajenos** (la salud o la seguridad pública, o el orden económico y social).*

*2. Que la **presunción de antijuridicidad** para los delitos de peligro abstracto como es el de Fabricación, tráfico y porte de estupefacientes, es **iuris tantum** siempre, y no sólo cuando se trate de excesos ligeros a la dosis de uso personal.*

*3. Que el drogadicto, incluido su entorno familiar, es sujeto de una especial protección constitucional porque es concebido como una persona enferma. Además, **el consumidor en general es también sujeto de una discriminación positiva** porque se establecen en su favor medidas curativas y rehabilitadoras en el nivel normativo superior.*

*4. Que el consumo de drogas **no podría ser factor constitucional de discriminación positiva** y, al tiempo, una **circunstancia antijurídica**, mucho menos desde el punto de vista punitivo.*

*Así las cosas, el porte de estupefacientes en una cantidad superior a la establecida legalmente como dosis de uso personal, es una conducta típica que se presume antijurídica. Sin embargo, como quiera que tal presunción ostenta carácter *iuris tantum*, la prueba de que su destino es el consumo estrictamente personal sin que apareje interferencia en derechos ajenos (orden socio-económico o la seguridad pública), desvirtúa tal suposición legal y, por ende, excluye la responsabilidad*

² Radicado 42617, del 12 de noviembre de 2014, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, con salvamento de voto del Magistrado Eugenio Fernández Carlier,

penal. En consecuencia, la cantidad de estupefaciente que se lleve consigo no es el único elemento definitorio de la antijuridicidad, sino sólo uno más de los que habrán de valorar los juzgadores a fin de determinar la licitud de la finalidad del porte.

Esta tesis no implica un cambio rotundo en la línea jurisprudencial que se traía, por cuanto, como se vio al principio, ésta ya había despejado el camino para admitir que el porte para el consumo no vulnera los bienes jurídicos protegidos y que (en algunas ocasiones) la prueba de tal circunstancia excluía la antijuridicidad de la conducta. Por el contrario, al argumento medular que se venía sosteniendo hace casi 10 años (falta de antijuridicidad del porte de estupefacientes en algunos eventos), se le hacen producir todos los efectos que conlleva de manera plena y no parcial, como antes. Además, la tesis se ajusta de mejor manera al espíritu y al tenor del panorama constitucional que en relación al consumidor de drogas rige a partir del año 2009.³(negrilla dela Sala)

6. Por último, se tiene que en reciente decisión de la Corte⁴, se estableció que este tipo de casos deben ser resueltos dogmáticamente en el ámbito de la tipicidad y no en el de la antijuridicidad, pues a partir de las modificaciones introducidas al ordenamiento jurídico por el Acto Legislativo 02 de 2009, debe sopesarse en todo caso el ánimo de ingesta de las sustancias, como ingrediente subjetivo o finalidad, de ahí que el porte de una cantidad de droga compatible exclusivamente con ese propósito de consumo será una conducta atípica.

7. En opinión de la defensa inconforme, la Corte entendió que cuando la cantidad de sustancia que porta el activo de la delincuencia supera la admitida como dosis personal y rechaza el adjetivo de insignificante, debe presumirse que el sujeto la lleva consigo con fines exclusivos de consumo. La Sala, por el contrario, al igual que la juez de primera instancia considera que la Corte no pudo ser más clara al entender que la presunción está referida a la antijuridicidad de la conducta plasmada como punible en un tipo de peligro presunto como el de tráfico de estupefacientes; más claro, la conducta descrita atrás, que aparece típica, se presume antijurídica, con mayor razón en casos en que se lleva consigo una cantidad muy superior a la autorizada como dosis personal. Esta es la intelección adecuada de la presunción y por ello no es cierto que la juez de primera instancia esté trastocando las manifestaciones de la Corte.

³ *ibíd.*

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Radicado 41760 del 9 de marzo de 2016.

Determinado el campo de acción de la presunción, corresponde aclarar que la variación en el criterio jurídico mantenido por la Corte, consiste en que tal presunción de peligro y por contera de antijuridicidad ha dejado de ser *iuris et de iure*, esto es, que no admite prueba en contrario, para ser *iuris tantum*, que como obvia consecuencia si la admite.

Ahora bien, las presunciones siempre operan en favor de una de las partes e imponen cargas a la contraria; la presunción de peligro no es la excepción y en los términos en que la entiende la Corte, es claro que opera en contra del activo de la delincuencia, de allí que sea esta parte y no la Fiscalía quien deba correr con la carga de desvirtuarla. Una razón más para respaldar la intelección que se hace en el *sub lite*, está determinada por el carácter adversarial o de partes que ostenta el proceso penal, que impone la carga de la prueba de un hecho a quien lo alega.

En los anteriores términos, correspondía a la defensa demostrar que la sustancia que portaba su poderdante tenía como único destino su propio consumo, pues se trata de un aspecto que de ninguna manera se presume.

8. Superado el primer aspecto de discusión, surge necesario entrar a determinar si con la estipulación probatoria acordada por las partes puede entenderse acreditado el destino de la sustancia incautada a la acusada. Para tal fin debe recordarse el significado y alcance de las estipulaciones probatorias, tópico sobre el cual la Corte ha sostenido de forma insistente lo que sigue:

Pues bien, con relación al primer punto, basta señalarle a la defensa que ya la Corte tiene decantado que lo que se estipula no son pruebas sino hechos, los cuales, en principio, no son susceptibles de valoración por parte del juzgador, en la medida en que en sí mismos no tienen vocación probatoria, debido a que las partes, mancomunada y voluntariamente, determinaron su efecto.

Dicha temática ha sido tratada por la Corte en varios pronunciamientos, aludiendo al contenido y efecto de las estipulaciones probatorias, de esta manera (CSJ AP, 29 jun. 2007, Rad. 27608; CSJ AP, 8 agosto 2007, Rad. 27962; CSJ AP, 14 nov. 2007, Rad. 28635; y CSJ AP, 28 nov. 2012, Rad. 40171):

«...[c]uando ya las partes conocen qué es lo pretendido introducir en el juicio como prueba por su contraparte, conforme lo ocurrido en el momento de la enunciación, es factible llegar a acuerdos respecto de los hechos y la forma de probarlos, con el claro cometido de evitar juicios farragosos con una práctica probatoria inane o reiterativa que atenta contra los principios de eficiencia y celeridad propios de la sistemática acusatoria.

En este punto, la Corte quiso relevar, acorde con lo dispuesto en el parágrafo del ordinal 4° del artículo 356 de la Ley 906 de 2004, que lo estipulado u objeto de estipulación por las partes, no es una determinada prueba, o mejor, elemento material probatorio, evidencia física o informe, sino un hecho concreto, razón por la cual asoma impropio significar estipulados aspectos tales como el contenido de un registro de audio o una certificación, en tanto, lo que se busca con este mecanismo es dar por probado algo –hechos o sus circunstancias, como relaciona la norma- propio del objeto del debate, que se sustenta, es necesario resaltarlo, con uno o varios medios de prueba, para efectos de que no se haga necesario demostrar ese tópico.⁵

Revisada la actuación, la Sala advierte que las partes estipularon entre otros el hecho de que el acusado actuó en circunstancias de marginalidad y pobreza extrema, pero nada se demostró al interior del plenario sobre la posible calidad de adicto que ahora la defensa alega en favor de su prohijado, y mucho menos que el estupefaciente fuera para su propio consumo, por lo que no podría la judicatura presumir tal situación, pues esa actividad probatoria debió ser asumida por la defensa, y no lo hizo.

Así, se tiene que a la defensa le correspondía la carga de demostrar que el contenido del alijo estaba destinado exclusivamente al consumo por parte del señor Correa Giraldo, aspecto que no fue objeto de estipulación, entre otras razones por que de haber sido así, el juicio carecería de razón. La parte incumplió con esa carga y por ello la decisión de la *a quo* resulta razonable, pues la cantidad de sustancia y la forma en que estaba distribuida, esto es, más de quince gramos en 50 papeletas, permiten inferir la antijuridicidad de dicho comportamiento en los términos utilizados por la *a quo*.

Por lo anterior la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución **CONFIRMA** la sentencia de fecha, origen y contenido indicados.

La presente decisión se notifica en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

CÚMPLASE.

⁵ Cfr. Auto del 30 de julio de 2014, radicado AP4442-2014, 41.539

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
Sala de Decisión Penal
Radicado 05 001 00206 2015 08469

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO

NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO