



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, nueve (09) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

RADICADO	0522-66-60-00203-2013-02472
DELITO	TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES
PROCESADO	JULIÁN CAMILO SÁNCHEZ VASCO
ASUNTO	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

MAGISTRADO PONENTE:

DR. OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Proyecto aprobado en Sala del dos (02) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), mediante Acta Nro. 32 y leído en la fecha

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la Fiscal 235 Seccional, en contra de la sentencia proferida el 13 de junio de 2016 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itaguí, mediante la cual se absolvió al señor **JULIÁN CAMILO SÁNCHEZ VASCO** del delito de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**.

2. HECHOS

El 23 de febrero del año 2013, a eso de las 15:45 horas, en inmediaciones del barrio San José del municipio de Itaguí, agentes de Policía Nacional se encontraban realizando labores de patrullaje por el sector, cuando observaron un sujeto –identificado posteriormente como **JULIÁN CAMILO SÁNCHEZ VASCO**- que llevaba una bolsa plástica en sus manos y al solicitarle una requisita, este les muestra el contenido de la misma, en donde había 10 bolsas plásticas contentivas de una sustancia vegetal similar a la

marihuana, la cual fue sometida a prueba preliminar homologada, arrojando la muestra un resultado positivo para cannabis y sus derivados con un peso neto total de 109.4 gramos.

3. RECUENTO PROCESAL

El 24 de febrero de 2013 ante el Juez Primero Penal de Garantías de Envigado se llevó a cabo la audiencia de legalización de captura y se formuló imputación al señor **SÁNCHEZ VASCO** por el delito de porte de tráfico, fabricación o estupefacientes en la modalidad de llevar consigo contenido en el artículo 376 inciso 2 del Código Penal, no obstante, este no se allanó a los cargos. En la misma audiencia, fue dejado en libertad, ya que la Fiscalía declinó de la solicitud de medida de aseguramiento.

Seguidamente la Fiscalía 235 Seccional presentó escrito de acusación, correspondiendo el asunto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí, donde se llevaron a cabo con normalidad las audiencias de acusación, preparatoria y juicio oral. Finalmente, el 13 de junio de 2016, se emitió sentencia absolutoria en favor del acusado, la cual fue impugnada por la Fiscalía.

4. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

En escrito allegado oportunamente, la delegada Fiscal expuso que el motivo de su inconformidad con el fallo, afirmando que mientras ella demostró que el procesado fue capturado con 109.4 gramos de marihuana, no hubo ninguna prueba de que esta persona fuese un consumidor ocasional o adicto, menos cuando la cantidad incautada supera en 4 veces la permitida por el legislador para el porte. Dice que el A quo dejó sin piso la tipificación del delito de llevar consigo estupefacientes, que se está enviando un mensaje equivocado a la sociedad y que se ha dado una interpretación errada a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Por lo anterior, solicita revocar el fallo y condenar al procesado por el delito por el cual se le acusó.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Conforme lo reglado por el artículo 34 numeral primero de la Ley 906 de 2004, es competente la Sala para conocer el recurso de alzada en tanto es superior funcional del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí, despacho que profirió la providencia apelada.

El problema jurídico que debe abordar la Sala se contrae a analizar si la decisión de primera instancia de absolver al procesado por duda, ya que no se demostró que la sustancia estupefaciente que le fue incautada tuviese otro fin diferente al consumo, se encuentra ajustada a los cánones legales y constitucionales, o si por el contrario, le asiste razón a la Fiscalía, en que el solo llevar consigo marihuana en cantidad superior a la permitida por el legislador, es suficiente para emitir un fallo de condena.

En relación con la materialidad típica de la infracción por la que se procede, según el artículo 376 del Código Penal (modificado por el artículo 11 de la ley 1453 de 2011) el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, consiste en lo siguiente:

“El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de droga sintética, sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de ketamina y GHB, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Sobre este punible en particular, la gran mayoría de la Doctrina (con contadas excepciones) lo considera un delito de peligro abstracto, en el sentido de que no exige la concreción de un daño al bien jurídico tutelado, sino que basta la eventualidad de que el interés resulte lesionado, pues se pone en peligro la salud pública; salud mirada como un bien socialmente

difuso, universal y colectivo, por lo que con esta clase de conductas se vulnera la estabilidad de la colectividad, no solo en el plano físico, psicológico, moral, sino también en el económico. Así las cosas, se ha aceptado como bien jurídico básicamente protegido la salud pública y no la vida o la salud individual.

Partiendo de este presupuesto, se ha reconocido gradualmente que no se trata sólo de un tipo penal orientado a proteger la salud pública, sino que eventualmente atenta contra otros bienes jurídicos como el orden socio-económico), la administración pública, la seguridad pública, la autonomía personal y la integridad personal, intereses también protegidos en el Código Penal, de ahí que se predique su naturaleza pluri-ofensiva.

Conforme los requisitos enlistados en precedencia y aplicados al caso objeto de estudio, se estableció que el señor **JULIÁN CAMILO SÁNCHEZ VASCO** fue sorprendido en situación de flagrancia desarrollando uno de los verbos rectores descritos en la norma, esto es portar, así mismo, en lo que tiene que ver con el segundo componente, se probó que el objeto material encontrado en la bolsa que llevaba consigo era sustancia estupefaciente, concretamente marihuana, cuyo peso neto fue de 109.4 gramos.

En este orden, es forzoso predicar la configuración del primero de los requisitos que el legislador prevé en el artículo 381 de la ley 906 de 2004 para emitir sentencia condenatoria, esto es, la certeza sobre la existencia del delito, conforme lo expuesto en acápites anteriores, quedando pendiente, lo atinente a la responsabilidad del acusado.

Para efectos de lo anterior, resulta pertinente traer a colación la sentencia proferida por esta corporación el 18 de octubre de 2011, en Sala integrada por el suscrito como primer revisor, donde se hace un extenso análisis del tema y se fijan las distintas posturas sobre el tratamiento penal para los consumidores de sustancias prohibidas”¹

Se argumenta que existe jurisprudencia constitucional en la cual se dice que el porte ilegal de estupefacientes hace parte del tráfico, al respecto se debe

¹Tribunal Superior de Medellín, sentencia del 25 de agosto de 2016, radicado 2016- 03370. M.P. Santiago Apráez Villota, en sala con los dcs BUSTAMANTE HERNÁNDEZ Y CERÓN ERAZO.

aclarar lo siguiente: existen varios pronunciamientos de Corte Constitucional y de la Sala Penal de la Corte Suprema en los cuales son unánimes en afirmar que el porte de estupefacientes o el llevarlos consigo es delito, la evolución interpretativa en este punto ha sido muy dinámica y por ello no es de recibo tomar interpretaciones ya superadas, en el momento actual se exige conforme lo establecido en el acto legislativo 002 de 2009 un elemento adicional al tipo penal que comentaremos más adelante.

A manera de síntesis, el recuento jurisprudencial relevante es el siguiente: la sentencia C-221 de 1994 despenalizó el consumo de dosis legales, mas no las superiores a este límite legal permitido, igualmente la sentencia C-491 de 2002, como la C-689 de 2002 consagra ese mismo principio, reconoce ciertas interpretaciones en las cuales puede permitirse cantidades levemente superiores, todo lo anterior con base en las interpretaciones de la Corte Suprema de Justicia que evolucionó notablemente sobre este punto, se habla de la teoría del derecho viviente, la sentencia SP 15519 de 2014, del 12 de noviembre de 2014, rad. 42617, trae una buena síntesis de esos pronunciamientos. A partir del acto legislativo 002 de 2009 se cambia todo el discurso, si bien aún hoy hay reticencia al contenido de esta norma, lo cierto es que es una nueva política sobre el problema de los estupefacientes, a manera de síntesis, el consumidor no es delincuente y sí un enfermo.

De todas maneras, tanto en las interpretaciones posteriores de la Corte Constitucional, sentencias C-574 de 2011, C-882 de 2011 y 491 de 2012, insisten en dos situaciones, la primera que sigue siendo delito el porte de estupefacientes, lo segundo que subsiste la dosis legal, en todas las anteriores siempre ven con preocupación la situación del adicto lo mismo que el consumidor, en ellas hay extenso capítulo en el cual hacen el análisis sobre el problema del enfermo en razón a los estupefacientes. El consumidor es sujeto de una protección especial reforzada. Además, se plantea el otro problema relacionado con cantidades que sobrepasen en modo exagerado la dosis personal.

En este punto, la Sala Penal de la Corte ha ido mucho más allá y ha superado, bajo el principio de progresividad en la evolución y la realización

de derechos fundamentales la posición de la Corte Constitucional, con la emisión de las sentencias con radicado 42617 y la de radicado 41760 del 09-03-16, SP 2940², el panorama sobre el punto cambió radicalmente, sobretodo que reconoce un problema con respecto a la situación del consumidor que lleva consigo para su ingesta dosis superiores a la permitida legalmente, en la primera de las citadas se plantea el tema en el elemento de la antijuridicidad, en la segunda se cambia al problema de la atipicidad, en el entendido que con el acto legislativo se genera un elemento adicional del tipo, si es consumidor y el alijo está destinado a su consumo personal, no comete delito y es sujeto a medidas pedagógicas, profilácticas y terapéuticas, mientras que quien tiene una finalidad distinta al consumo, comete el delito.

Es imperioso, ahora, para completar el tipo penal establecer la finalidad del porte y así determinar sus efectos jurídicos, una imputación sin cumplir ese elemento es inadmisibile, el juez de control de garantías debe hacer una diligente exigencia al respecto. Si se analiza mejor la situación, además, se consagra la dosis de aprovisionamiento y, también, queda muy relativizado el concepto de dosis legal conforme a los parámetros de la ley 30 de 1986.

Independiente de lo anterior, el proceso de embalamiento, la determinación del estupefaciente, el pesaje y la destrucción del alcaloide se tiene que realizar. Igual las acciones para establecer si el aprehendido es o no consumidor y también la finalidad pues aún con esta calificación puede configurar delito si el objetivo de la misma era distinto al del consumo. También se debe reglamentar la forma de actuar de estas personas cuando están en detención o prisión, ellos también necesitan tratamiento terapéutico.

La policía de vigilancia y la judicial en el momento de la captura, que normalmente es en flagrancia, debe reparar en elementos indiciarios y de contexto para poder estructurar el delito. Elementos como por ejemplo la situación económica del aprehendido comparada con el valor del alcaloide incautado, o la cantidad del mismo, puesto que quien no tiene recursos

² En ambos pronunciamientos la alta corporación tuvo en cuenta el análisis realizado por el suscrito en el salvamento de voto 05001-6000-206-2011-65861. Procesado: GUSTAVO SUAREZ LOAIZA. Procedente del Juzgado Penal del Circuito.

propios no es entendible que tenga esas cantidades, ello es indicador de una actividad de tráfico más que la del consumo. Igual el lugar de aprehensión, si es sitio de distribución o venta, la distancia de su residencia, la forma de envoltura, la variedad de la misma, la hora de la aprehensión, los antecedentes penales, las entradas a centros de rehabilitación, el dinero incautado, etc.

Por ello le asiste razón a la Corte que este cambio de política criminal impone a la vez una diferente manera de combatir el delito, no es a tenedores de alcaloides destinados al consumo, sino a la red de distribución a la que hay que atacar, ese es el verdadero mérito de las autoridades de policía judicial y, sobre todo, de la Fiscalía General de la Nación.

Queda por último la inquietud referida a ¿qué hacer con aquellos casos en que objetivamente existe alucinógeno, pero el elemento subjetivo del tipo que se adiciona no se da? Un elemento a tener en cuenta para solucionar el problema de la Fiscalía es la cantidad de estupefaciente incautado, si son en cantidades irrazonables o muy superiores, será ello indicador de un fin distinto al consumo, es decir, existirá delito. En cantidades menores, por el contrario, en principio ello será indicador de la destinación para el consumo personal del aprehendido. De todas maneras, al existir objetivamente la tipicidad, será el juez competente el que, en cada caso concreto, precluirá o condenará, en manera alguna al Fiscal le está permitido archivar el caso, pues en tal evento, ese funcionario estaría usurpando funciones judiciales. Al final es un problema probatorio, se le exige mayor diligencia a la Fiscalía para determinar la finalidad del estupefaciente incautado, en nuestra cultura solo se combate este delito cuando se dan las flagrancias, sin embargo ahora es obligado para el ente acusador establecer esa finalidad, al fin y al cabo esa droga no aparece por generación espontánea y es producto de un ciclo de transformación para su consumo final, obvio con el apercebimiento de cuantiosos rendimientos económicos sacrificando la vida de seres humanos y causando a mediano y largo plazo un gravísimo daño social.

De lo dicho, además, es urgente hacer la reglamentación sobre el monopolio en la distribución de estupefacientes por parte del Estado para

estas personas enfermas, ello en orden a cerrar el ciclo de distribución del estupefaciente, puesto que, si no se hace, queda un vacío que con seguridad será aprovechado por las mafias dedicadas a tal actividad y con el grave riesgo que ello se torne en un factor incentivador del consumo y a la vez de todo el negocio del narcotráfico.

Pues bien, siguiendo esos lineamientos es que debe resolverse el caso sometido a estudio. En esa labor, precisa la Sala que no existe discusión alguna en que el señor SÁNCHEZ VASCO fue sorprendido llevando consigo una bolsa contentiva de 109.4 gramos de marihuana, cantidad que supera en más de 4 veces la dosis permitida para una persona; empero, los elementos de juicio que se aportaron permiten concluir que a pesar del monto del alijo incautado, el mismo era portado exclusivamente para su consumo, máxime si tenemos en cuenta lo expuesto por los patrulleros de la policía, quienes explicaron que esta persona no había sido capturada antes, que no se le vió vendiendo o suministrando droga, que no llevaba dinero consigo y que la razón de la requisa surgió de su obligación de evitar que en el sector se dé la modalidad denominada “el carrito”, como de evitar el consumo en esos lugares.

De otra parte, la cantidad por sí misma, no excluye automáticamente la finalidad de consumo, eso si tenemos en cuenta que el contexto en el que se dio la captura no presenta elementos que permitan indicar una finalidad de distribución, más sí permite suponer un ánimo de aprovisionamiento.

En virtud de lo anterior, como quiera que no existen elementos que indiquen que el estupefaciente que llevaba consigo tenía otro fin diferente a la ingesta personal; que la Fiscalía no demostró el elemento subjetivo que reclama el tipo penal, esto es, la finalidad de comercialización o distribución y que prevalece la presunción de inocencia sobre la de peligro abstracto de la infracción, podemos concluir que el comportamiento del acusado es atípico, de allí que la decisión absolutoria de primer grado sea acertada, y por ende la sala procede a su **CONFIRMACIÓN** integral.

RADICADO: 05266-60-00203-2013-02472
PROCESADO: JULIÁN CAMILO SÁNCHEZ VASCO
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR íntegramente la sentencia objeto de apelación, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Esta sentencia se notifica en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

TERCERO: copia de esta providencia será enviada al juez de instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado

GERMÁN DARÍO QUINTERO GÓMEZ
Magistrado

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado