



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, jueves, dieciséis de noviembre de dos mil diecisiete

Aprobado mediante acta número 0140 del nueve de noviembre de dos mil diecisiete

Magistrado Ponente
Ricardo De La Pava Marulanda

Por apelación interpuesta y sustentada por el defensor conoce en segunda instancia esta Corporación el fallo proferido el 24 de mayo de 2017 por la Juez Segunda Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bello, mediante el cual condenó al acusado DIEGO ALEJANDRO MESA AVENDAÑO a la pena principal de 64 meses de prisión y multa de 2 salarios mínimos legales mensuales y a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal privativa de la libertad, por hallarlo responsable de la autoría del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES en la modalidad de llevar consigo.

1. ANTECEDENTES

Atendiendo a una comunicación telefónica de una persona que no se identificó y que daba cuenta de un individuo que estaba vendiendo estupefacientes en la diagonal 63 con avenida 45 A del municipio de Bello, el 23 de mayo de 2014, los patrulleros de la Policía Nacional ANDRÉS LEONARDO VELA HURTADO y JAIME ANTONIO CUASPA ROSERO acudieron al lugar, sorprendiendo a DIEGO ALEJANDRO MESA AVENDAÑO en posesión de 64 cigarrillos de marihuana con un peso neto de 71,9 gramos de los que pretendió deshacerse al advertir la presencia policial, por lo que fue capturado y puesto a disposición de la Fiscalía.

Al día siguiente fue presentado ante el Juez 24 Penal Municipal con funciones de control de Garantías de Medellín, quien verificó la legalidad de la captura en flagrancia y no le impuso medida de aseguramiento porque la Fiscalía la declinó. Previamente el representante del ente fiscal le formuló imputación por la autoría del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES en la modalidad de llevar consigo, que no aceptó el imputado.

La Fiscalía radicó el escrito de acusación el 27 de junio de 2014 y la formuló oralmente en audiencia del 11 de septiembre de ese mismo año. La preparatoria se llevó a cabo el 11 de junio de 2015 y el juicio oral se adelantó en sesiones del 3 de noviembre de 2016 y 24 de abril de 2017, que finalizó con sentido del fallo condenatorio. Finalmente se profirió éste el pasado 24 de mayo, siendo recurrido en apelación por la defensa.

2. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La falladora de primer nivel sostiene que la materialidad de la infracción se demostró fehacientemente sin que las partes hubieran presentado controversia alguna sobre este aspecto. Destacó que con los testimonios de los patrulleros VELA HURTADO y CUASPA ROSERO, se probó de manera contundente que el acusado llevaba consigo 64 cigarrillos de marihuana que le fueron incautados y que por su presentación le permite inferir que no era para su propio consumo. Añadió que el acusado no tenía permiso de autoridad para portar dicha sustancia ni fórmula médica que justificara su tenencia, además superaba las 3 dosis para consumo personal, por lo que la conducta resulta típica. También es antijurídica porque afectaba la salud pública.

Añadió que la defensa no desvirtuó la presunción de antijuridicidad siendo carga suya, por lo que debió demostrar las circunstancias en las que adquirió la ilícita sustancia, con qué recursos y por qué la llevaba consigo. Tampoco existen elementos que sugieran una dosis de aprovisionamiento múltiple. En fin, nada en el proceso permite duda razonable alguna.

3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO

La defensa plantea así su inconformidad con el fallo condenatorio, pretendiendo la revocatoria del mismo:

(i) La Fiscalía no demostró que la cantidad de droga incautada al acusado tuviera como finalidad el tráfico, estando obligada a hacerlo de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. En estas condiciones, la conducta deviene atípica, además porque la cantidad de sustancia estupefaciente que portaba MESA AVENDAÑO no es desmesurada. Destaca que el Fiscal apenas presentó un testimonio -el del patrullero que capturó al acusado- y no se preocupó por averiguar otros elementos que pudieran presentarlo como expendedor de este tipo de sustancias.

(ii) La sentenciadora incurre en una indebida valoración de la prueba pues no apreció el único testimonio recogido en conjunto con otros elementos colectados, pues ello generaría una duda que no debió resolver en contra del procesado, ya que si no se probó que la marihuana fuera para la venta, subsiste la posibilidad de que fuera para consumo del acusado. En conclusión, el escasísimo caudal probatorio colectado en el juicio resulta insuficiente para proferir juicio de reproche al acusado y por eso debe removerse la sentencia condenatoria para darle paso a la absolución.

4. CONSIDERACIONES

Es competente esta Corporación para examinar, por vía de apelación, el fallo proferido por la Juez Segunda Penal del Circuito de Bello, de conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004. El examen se contraerá exclusivamente a los temas del disenso dada la naturaleza rogada de la segunda instancia.

En términos generales el censor cuestiona el juicio de antijuridicidad realizado en torno a la conducta desplegada por el señor DIEGO ALEJANDRO MESA AVENDAÑO por el solo hecho de que se está frente a un delito de peligro, pues, desde su punto de vista, la judicatura de primer grado erró al darle aplicación a dicha presunción de antijuridicidad sin tener en cuenta el desarrollo jurisprudencial y la morigeración que el tema del porte de estupefacientes ha sufrido en los últimos tiempos, desconociendo así que le corresponde a la Fiscalía asumir la carga probatoria con el fin de demostrar que el alucinógeno incautado tenía un propósito diferente al del propio consumo, tal y como lo ha decantado la Corte Suprema de Justicia en sus últimas decisiones.

En efecto, respecto al tema objeto de debate, esto es, la antijuridicidad de la conducta en los delitos de peligro abstracto, específicamente en el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, tenemos que en teoría quien lleva consigo cantidades ligeramente superiores a la dosis legal consagrada en el literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986 (20 gramos de marihuana y 1 de cocaína o sustancia a base de cocaína, entre otros), destinadas a su propio consumo, no incurre en conducta punible porque *“antes que producir un daño o peligro de menoscabo al bien jurídico socio-colectivo de la salud pública de que trata el Título XIII de la Ley 599 de 2000, lo que se pone de presente es un comportamiento auto-destructivo o de auto-lesión el cual incumbe los ámbitos exclusivos de la libertad de esa persona, es decir, a un fenómeno singular carente de antijuridicidad material (ausencia de lesividad) y que, por ende, no es punible.”* (Radicado 31531 de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente doctor YESID RAMÍREZ BASTIDAS).

Desde esta óptica tendría razón el a quo en su planteamiento teórico pues la jurisprudencia así ha razonado en los últimos tiempos, conservando una línea uniforme de pensamiento en esta materia. Pero también ha sostenido que la conclusión anterior no puede constituir una generalidad per se, sino que debe someterse en cada caso concreto a la respectiva valoración de manera singular.

Es así como la jurisprudencia en distintos pronunciamientos había referido, para conducir el asunto por la falta de antijuridicidad material respecto al delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, que el porte de cantidades ligeramente superiores a la dosis personal definida en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, debían ser mínimas, insignificantes e irrelevantes.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia varió el criterio que tenía respecto al porte de estupefacientes en la modalidad de llevar consigo, flexibilizando su posición inicial y determinando que el examen de cada caso necesariamente debe partir no solo de la cantidad de ilícita sustancia que lleve el adicto¹, pues si (i) la misma es insignificanemente superior a la dosis legal la conducta es típica pero carente de antijuridicidad material; (ii) si la cantidad de estupefaciente supera de manera significativa, pero no desmedida, la dosis personal, la antijuridicidad se basará en una presunción legal, y ya no de derecho, por lo que las partes podrán desvirtuarla demostrando que tal cantidad es para el exclusivo consumo personal; y (iii) si lo portado desborda de manera

¹ Este elemento no es el único definitorio de la antijuridicidad, sino solo uno más de los que habrán de valorarse a fin de determinar la ilicitud del porte.

desmesurada la dosis personal la conducta es típica y, además, antijurídica².

En ese sentido se estableció que la cantidad de droga incautada deja de ser concluyente a efectos de establecer la lesividad de la conducta, por lo que en todos los delitos de peligro abstracto debe tener cabida la presunción *iuris tantum* para desvirtuar el carácter antijurídico que llevaría implícito las acciones de llevar consigo sustancias estupefacientes en dosis superiores a la establecidas como de uso personal.

Posteriormente, en sentencia SP 2940-2016, radicado N° 41760 del 09 de marzo de 2016, Magistrado Ponente Doctor EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, la Alta Corporación retomó la discusión planteando lo siguiente:

*"...la Corte considera que ha de ser resuelto 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 ha de 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, en los términos que se explican en esta providencia...***

*Si la cantidad de dosis personal puede constituir ilícito cuando no está destinada para el uso personal, mutatis mutandi cuando es palpable esa finalidad no debe entenderse comprendida dentro de la descripción del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes **sin que dependa de la cantidad de droga que les sea hallada...**" (Negrillas de la Sala).*

² Sentencia 42617 del 12 de noviembre de 2014, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

Como se puede apreciar, se trata de una nueva perspectiva jurisprudencial que involucra en la discusión el tema de la finalidad con la cual es portada la sustancia estupefaciente por parte de la persona que es sorprendida en posesión de la misma, la que debe examinarse en sede de tipicidad como ingrediente subjetivo, de tal suerte que si ese propósito apunta al consumo, sin importar la cantidad, estaremos frente a una conducta atípica. Claro está que no estaríamos hablando de cantidades desproporcionadas y exageradas que superen, racionalmente, las necesidades de consumo de la persona adicta.

Pero la Corte fue más allá en el precedente analizado, en cuanto a la presunción legal que contiene el artículo 376 del Código Penal, modificado por el 11 de la Ley 1453 de 2011, al asignarle a la Fiscalía la carga de la prueba en punto de la demostración de la finalidad del porte de la sustancia, diferente al propio consumo de quien la lleva consigo. Textualmente dijo:

"En ese Acto Legislativo, como ya se reseñó, se distingue al consumidor y la conducta del delincuente que fabrica, trafica y distribuye las drogas ilícitas, garantizando a los primeros la protección del derecho a la salud pública.

Al reglamentar el consumo, la adicción o la situación del enfermo dependiente y establecer que su conducta ha de entenderse como un problema de salud y que únicamente admite como medidas de control por parte del Estado tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, se está partiendo del supuesto que tales personas están autorizadas a portar y consumir una cantidad de droga, sin que esa acción y porción corresponda a la descripción típica del artículo 376 del C.P.

De ahí que tratándose de consumidores o adictos que porten o lleven consigo sustancias con esa específica finalidad no pueden ser judicializados por la justicia penal y su proceder es de competencia de las autoridades administrativas de la salud en el orden nacional, departamental o municipal.

En otras palabras, como el querer del constituyente fue no penalizar la dosis personal, desde allí se autoriza o permite el porte de droga destinada para el consumo.

Por tanto, la dosis personal que genera atipicidad de la conducta por la circunstancia de cantidad no es solamente la que determina el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, como hasta ahora se ha venido entendiendo por la jurisprudencia, sino también la que se demuestre en el proceso en un monto superior a esa regulación pero siempre que sea necesaria para el consumo del sujeto que está siendo procesado, dada su situación personal en el caso concreto, pues la presunción establecida por el legislador acerca de lo que se debe entender por dosis personal es legal y admite prueba en contrario.

Entonces, la atipicidad de la conducta para los consumidores o adictos dependerá de la finalidad cierta (no supuesta o fingida) de su consumo personal, lo que puede desvirtuarse en cada caso según las circunstancias modales, temporales o espaciales, como cuando la cantidad supera exageradamente la requerida por el consumidor, adicto e enfermo, o la intención es sacarla o introducirla al país, transportarla, llevarla consigo, almacenarla, conservarla, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla, financiarla, suministrarla o portarla con ánimo diverso al consumo personal”.

De lo anterior se infiere que la cantidad de estupefaciente materia de incautación debe examinarse en cada caso concreto, sin sujeción a las cantidades señaladas por la Ley 30

de 1986, siendo carga de la Fiscalía probar que lo incautado no es para el consumo de quien lo lleva consigo, es decir, que tiene una finalidad diferente.

Al respecto, recientemente la Alta Corporación reiteró en la necesidad de analizar la intención o el propósito de quien es hallado llevando consigo sustancia psicotrópica en punto de determinar la efectiva lesividad de la conducta, además de que ahondó sobre la responsabilidad exclusiva de la Fiscalía de probar dicha finalidad en el porte de estupefacientes.

"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. 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.

Con ello, la Corte está reconociendo la existencia en el tipo penal del artículo 376 del Código Penal de lo que se conoce en la doctrina como elementos subjetivos distintos del dolo, elementos subjetivos del tipo o elementos subjetivos del injusto³, que son aquellos ingredientes de carácter intencional distintos del dolo que en ocasiones se emplean para describir los tipos penales y que poseen un componente de carácter anímico relacionado con una peculiar finalidad del sujeto realizador de la conducta descrita.

...

³ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Derecho Penal – Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 517; GÜNTER STRATENWERTH, *Derecho Penal – Parte General*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, p. 171; EDMUND MEZGER, *Derecho Penal – Parte General*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 135.

De esa manera, en relación con el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el recurso a los elementos subjetivos diferentes del dolo, tiene el propósito de efectuar una restricción teleológica del tipo penal, pues no obstante que el contenido objetivo del verbo rector llevar consigo remite a la realización de la conducta penalmente relevante con el solo acto de portar las sustancias estupefacientes, psicotrópicas o drogas sintéticas, el desarrollo jurisprudencial atrás relacionado ha reducido el contenido del injusto a la demostración del ánimo por parte del portador de destinarla a su distribución o comercio, como fin o telos de la norma.

...

Por último, importa reiterar que la demostración de los hechos o circunstancias atinentes al ánimo del porte de los estupefacientes, como componentes de los ingredientes subjetivos relativos al tráfico o distribución de las sustancias, incumbe siempre al acusador, quien tiene la carga de probar toda la estructura de la conducta punible.⁴ (Negrillas propias de la Sala)

Es así como la Sala, luego de hacer las precisiones que anteceden sobre la normatividad y el actual criterio jurisprudencial sobre el porte de estupefacientes, entrará a estudiar la actuación penal desarrollada en primera instancia y la solicitud elevada por el defensor en su impugnación respecto a la remisión de fallo condenatorio dado que el mismo se fundamentó en una antijuridicidad presunta aplicada de manera ligera y objetiva.

Pues bien, tenemos en el sub iudice y de conformidad con la información contenida en el escrito de acusación,

⁴ Sentencia 44997 del 11 de julio de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

que el señor MESA AVENDAÑO fue capturado en vía pública el día 23 de mayo de 2014 al haber sido observado cuando arrojó una bolsa contentiva de 10 cigarrillos de un componente vegetal verdoso con características similares a la marihuana, sustancia que luego de haber sido sometida a la prueba PIPH dio positivo para cannabis y sus derivados con un peso neto de 71.9 gramos.

El procesado no compareció ante la judicatura en el transcurso del proceso penal pues no se estableció su paradero (no se le aplicó medida de aseguramiento). Se realizaron las siguientes estipulaciones probatorias entre las partes: calidad, cantidad y mismidad de la sustancia incautada; la plena identidad del inculcado y su carencia de antecedentes penales. La condena se emitió porque consideró la primera instancia que la conducta puso efectivamente en peligro la salud pública dado que en el juicio no demostró la defensa que haya conservado o adquirido la sustancia alucinógena con el único fin de destinarla a su propio consumo, es decir, no se desvirtuó la presunción de antijuridicidad que opera en estos eventos.

De conformidad con lo expuesto en precedencia, encuentra la Sala que la tesis planteada por el señor defensor encuadra con lo dispuesto en la jurisprudencia citada en esta providencia, pues más allá de que en este caso no se haya demostrado la calidad de adicto del señor MESA AVENDAÑO, con los escasos medios de conocimiento allegados al proceso (solo un testimonio del patrullero ANDRÉS LEONARDO VELA HURTADO ya que la defensa no introdujo prueba alguna) tampoco es posible concluir que la sustancia incautada al referido ciudadano estuviera destinada a un fin diferente al consumo personal.

Lo anterior por cuanto tenemos que la Fiscalía, en su plan de trabajo metodológico, no desarrolló ninguna labor investigativa por medio de la cual se lograra establecer que el acusado tenía la sustancia estupefaciente en su poder con el propósito de traficarla en cualquiera de sus modalidades –ofrecimiento, venta, suministro a cualquier título, producción, etcétera- y no para su propio consumo, siendo su obligación legal constituir dicha prueba en punto de demostrar la real lesividad del accionar del procesado, pues como quedó fijado con las citas jurisprudenciales transcritas, dicha revelación resulta necesaria en aras de identificar con claridad la carga de intencionalidad y el sentido de la conducta por cuanto quedaron proscritos los planteamientos de antijuricidad objetiva en este tipo de delitos de peligro abstracto.

Y en ese sentido no le asiste razón al a quo en su decisión cuando afirma que es la defensa quien tiene la carga de probar la calidad de consumidor de su representado y que la sustancia incautada fuese para su uso personal a fin de evitar el proferimiento del juicio de reproche, pues no se puede trasladar los efectos de la inacción del ente acusador en este punto concreto a su contraparte en desmedro de las garantías procesales que le asisten al implicado.

Claramente es esa la naturaleza que le ha atribuido el desarrollo jurisprudencial reciente a la función legal que debe cumplir la Fiscalía General de la Nación en orden a establecer la materialidad de las conductas punibles y la responsabilidad de quienes son vinculados al proceso penal. Recordemos que en la sentencia N° 44997 la corte Suprema de Justicia puntualmente anotó:

*"En primer lugar, advierte la Sala que el Tribunal en franca contradicción con los incisos segundo y tercero del artículo 7º de la Ley 906 de 2004, y del artículo 29 de la Constitución Política, **trasladó el imperativo de demostrar la ausencia de su responsabilidad penal al acusado REYES MARÍN, asumiendo la equivocada postura de invertir la carga de la prueba como consecuencia de la presunción de antijuridicidad presunta en el delito de llevar consigo estupefacientes.**"* (Negrillas propias de la Sala).

Entonces, como la cantidad de alucinógenos que le fue hallada al señor DIEGO ALEJANDRO MESA AVENDAÑO supera de manera significativa (un poco superior a 3 dosis de marihuana), pero no desmedida la dosis personal, y no existe medio de convicción que indique que el implicado se disponía a distribuirla a otras personas, la conducta resulta atípica por cuanto no puede decirse que la misma iba encaminada a satisfacer el tráfico de estupefacientes.

No debe olvidarse que para lograr una sentencia condenatoria la conducta desplegada por el agente activo debe encuadrar no solo en el respectivo tipo penal, sino que también debe tener la facultad de lesionar los bienes jurídicamente tutelados, encontrando que dichos requisitos no se cumplen en este caso por lo que se revocará la decisión de primera instancia para darle paso a la absolución del sentenciado.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR el fallo de naturaleza y origen conocidos y en su lugar **ABSOLVER** al señor DIEGO ALEJANDRO MESA AVENDAÑO de los cargos que por TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, en la modalidad de LLEVAR CONSIGO, le había formulado la Fiscalía General de la Nación en este proceso.

SEGUNDO: Se ordena CANCELAR la orden de captura dispuesta por la primera instancia.

TERCERO: Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado

Magistrado