TRIBUNAL SUPERIOR
Medellin

SALA PENAL

Medellín, cinco (05) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Aprobado en la fecha, acta Nº 11
Radicado Nº 05-001-60-00206-2015-20252
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Sentencia de Segunda Instancia Nº 003
Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello
Lectura: Viernes 9 de febrero de 2018. Hora: 08:30 a.m.

Se procede en esta oportunidad a decidir el recurso de apelación interpuesto por el abogado defensor, contra la sentencia de fecha 11 de diciembre del año inmediatamente anterior, por medio de la cual el Juez Veinte Penal del Circuito de Medellín con Funciones de Conocimiento, condenó luego de un juicio oral, al señor VÍCTOR HUGO PÉREZ AGUDELO como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, verbo rector portar.

ACONTECER FÁCTICO

Los hechos objeto de juzgamiento se contraen a lo siguiente: El día sábado 25 de abril de dos mil quince a eso de las 19:55 horas,

agentes de la Policía Nacional que realizaban labores de vigilancia y patrullaje por la carrera 52 con calle 54 en el centro de la ciudad de Medellín, observan a un individuo que vestía camiseta negra, jean azul, calzaba tenis blancos y portaba una bolsa negra, quien al notar la presencia policial asume una actitud nerviosa y trata de evadir a los uniformados ingresando a un hotel de la céntrica zona, hasta donde es seguido por los gendarmes, entre los que se encontraba un guía canino con su perro antidrogas, quienes junto a otro patrullero ingresan al establecimiento público previa autorización de la administradora del lugar, siguiendo al sospechoso hasta una habitación en el segundo piso desde donde esta persona trata de deshacerse del paquete lanzándolo por la ventana hacia la vía pública en donde finalmente es recuperado por el otro policivo que había permanecido en el exterior brindando seguridad a sus compañeros.

Tras abrir la puerta de la estancia, tan solo unos instantes después de arrojar la bolsa, y de que el can ingresara al lugar dando señales positivas de haber olfateado sustancia estupefaciente, los policías requieren a esta persona para que los acompañe al primer piso a verificar el contenido del alijo, encontrando en su interior cinco bolsas con 200, 70, 140, 90, bolsitas plásticas transparentes con sello hermético y estampadas con calaveras doradas, y la última con 100 papeletas; todos estos elementos contenían una sustancia pulverulenta que por su olor y características se asemeja a la base de coca, siendo capturado su portador en el acto. El detenido se identificó como VÍCTOR HUGO PÉREZ AGUDELO.

Tras la prueba de campo PIPH y su confirmatoria en laboratorio, las muestras del material incautado entregadas para su verificación arrojaron un peso neto de 335.2 gramos, positivo para cocaína y sus derivados, por lo que la Fiscalía le imputó a PÉREZ AGUDELO el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en su modalidad de llevar consigo.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

1.- El 25 de abril de 2015, Ante el Juzgado Quince Penal Municipal de Medellín con Funciones de Control de Garantías de Medellín, se llevaron a cabo las audiencias preliminares impartiéndosele legalidad al procedimiento de captura, imputando la Fiscalía el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, en su modalidad de llevar consigo, verbo rector portar, delito que no fue aceptado por el procesado, y, finalmente, se ordenó la libertad del imputado tras declinar la Fiscalía de la solicitud de medida de aseguramiento.

2.- La Fiscalía presentó escrito de acusación en su contra con fundamento en el cargo enrostrado en la formulación de imputación. Le correspondió conocer el proceso al Juzgado Veinte Penal del Circuito de Medellín con Funciones de Conocimiento, Despacho ante el que se adelantó la audiencia de formulación de acusación, preparatoria y de juicio oral, anunciándose fallo de carácter condenatorio, procediendo el a-quo a realizar la lectura de la respectiva sentencia el 11 de diciembre de 2017. Decisión que deja inconforme a la defensa letrada, la cual interpone recurso de apelación, motivo por el que conoce la Sala este asunto.

III. LA SENTENCIA CONDENATORIA

Parte el juez de primera instancia, aunque los agentes del orden omitieron suministrar información sobre la forma en que se realizó la captura del ciudadano, para eludir posiblemente cuestionamientos por incursionar en un establecimiento abierto al público como lo era el hospedaje a donde ingresó el individuo en su huida, ello no desdibuja la modalidad de porte de estupefacientes, ni deviene en una actividad policial ilícita, puesto que se trataba de un caso de flagrancia, y existió un requerimiento previo a quien

regentaba el lugar, conforme a lo previsto en el artículo 32 de la C.N.

En síntesis, considera que no se afecta el principio de congruencia por el hecho que el acusado haya tratado de deshacerse de la sustancia ilegal que portaba, ingresando a un hospedaje y lanzando el elemento desde una ventana. Tal acción estuvo precedida por la de portar.

Añadieron los testigos en juicio el detalle de la penetración en un hospedaje en persecución del justiciable, dejando en claro que no operó ipso facto el decomiso, pero los agentes fueron contestes en sostener cómo el alijo fue arrojado por el ciudadano en un desesperado intento de deshacerse de la comprometedora evidencia; así mismo, que actuaron con la anuencia de la administradora del hostal, y que fue gracias a la acción conjunta con un guía canino y su perro antidrogas que lograron seguir al acusado, a lo cual se sumó el trabajo del otro gendarme que esperó afuera del establecimiento y observó al procesado lanzar el paquete por la ventana, todo lo cual devino en la incautación de la sustancia ilegal y la captura de la persona que la portaba.
Considera que de cara a los criterios de la sana crítica, o apreciación racional, las mutaciones en la versión de los uniformados no plantean un hecho diferente al analizado en este caso. Los nuevos pormenores suministrados por los dos testigos en juicio, y que no habían tenido el valor de develar desde un comienzo de la investigación, podría dar lugar a reproches de tipo administrativo o disciplinario, pues los informes que rinden deben ser fieles a la verdad, empero no comportan vulneración del principio de congruencia que rige en materia penal.

No se alude a una cantidad de sustancia estupefaciente distinta decomisada en estos hechos, que incida en la adecuación de la conducta en alguno de los incisos del art. 376 del C. Penal, que

llevaran a variar las consecuencias sancionadoras. Y siempre se habló de porte, que por demás no se desdibuja por la acción de persecución e ingreso a un establecimiento comercial. La tabulación de los hechos llevan al mismo tipo penal deducido desde la imputación, el contenido en el art. 376 el C. Penal, inciso 2°, y no a otro distinto, o dentro de aquel, a un inciso diferente que conlleve unas consecuencias igualmente diversas.

Existen unas particularidades fácticas que especificaron los agentes, sin que las discordancias que existen entre lo plasmado en el informe de captura en flagrancia y lo testificado bajo juramento por estos, implique que se esté hablando de otro hecho. Se habla del mismo acontecimiento, con unas particularidades que se ignoraban. Tampoco cabría hablar de regla de exclusión en este caso, ni fue planteada dicha opción en su momento. Estas son en síntesis las razones planteadas por el a quo para acoger la pretensión de condena y emitir fallo en tal sentido.

IV. DE LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA

El defensor público del procesado solicita se revoque la decisión apelada y en su lugar se dicte fallo absolutorio, aduciendo la vulneración del principio de congruencia que debe existir entre la acusación y la sentencia, art. 448 del C.P.P., indicando que la misma no es un agregado formal del debido proceso, sino que trasciende la defensa material.

La teoría del caso de la defensa se basa en la captura ilegal del procesado por ingreso arbitrario a la habitación del hotel, donde fue hallada la sustancia estupefaciente; por lo que probado lo primero deviene su exclusión. El derecho de defensa se ve gravemente afectado cuando solo hasta juicio se dice que la bolsa fue lanzada hacia la calle a través de la ventana de la habitación. Hecho que habría generado una serie de preguntas previas al juicio que podría

haber explotado la defensa en procura de los intereses de su prohijado. Indica que no es que no se haya conocido la existencia del hotel y de la habitación, sino de los datos de interés sobre la misma, conforme a la nueva información vertida en juicio por los testigos de cargo.

Resulta conveniente para la parte acusadora que frente a la teoría del caso de la defensa sobre el ingreso arbitrario en la habitación del hotel, la sustancia no haya sido incautada en la vía pública, sino arrojada desde la ventana de una de las habitaciones de dicho establecimiento público, cuando ya no había posibilidad de controvertir con otros elementos de juicio tal postura incriminante.

No repara el a quo en el derecho del acusado y la defensa de conocer todos los pormenores que rodearon la captura y la incautación de la sustancia. Los testimonios practicados en juicio carecen de toda credibilidad, y surgen dudas en cuanto a que la captura e incautación de la sustancia se hayan producido respetando todas las garantías constitucionales y legales; los uniformados pretenden ocultar la afectación del derecho a la intimidad del enjuiciado.

El policivo que aduce que ingresó al hotel, se cuidó de suministrar una versión que no diera pie para criticar la afectación del derecho a la intimidad del capturado.

Acepta que no se aportó prueba de descargos para controvertir lo dicho por los uniformados en juicio, sin embargo es clara su mendacidad y deslealtad al plasmar datos falsos en el informe de captura en flagrancia, lo que les resta todo poder suasorio a sus dichos. En síntesis estas son las razones por las que solicita se revoque el fallo apelado.

V. CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER

La competencia de la Sala se restringe en esta oportunidad, de acuerdo con lo señalado en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004, a decidir sobre los pedimentos elevados por el recurrente, y aquellos aspectos que sean inescindibles al tema objeto de impugnación, así mismo, los atinentes a la garantía de los derechos fundamentales de las partes.

La censura de la defensa en este caso apunta a obtener la revocatoria del fallo apelado y lograr la emisión de fallo absolutorio a favor de su representado, argumentando la vulneración del principio de congruencia que debe existir entre acusación y sentencia, transgresión que según los argumentos del apelante derivaría de la variación en juicio de la narrativa expuesta por los gendarmes que operaron la captura del procesado, en punto de las circunstancias en que se efectuó dicha aprehensión.

En este sentido cabe precisar que al igual que para el a quo, para esta Magistratura el núcleo fáctico central de la imputación jurídica de cargos realizada en este caso no sufre variación alguna con la información suministrada por los testigos de cargo en juicio, desde los albores del procesamiento criminal del acusado se le informó que sería procesado por el delito contenido en el artículo 376, inciso 2° del C. Penal, por haber sido hallado "portando" 335.2 gramos de cocaína, en 600 dosis perfectamente distribuidas, sin que los nuevos datos sobre la forma en que se produjo su captura logren mutar tal sustrato fáctico esencial enunciado por el ente acusador desde la imputación, el aspecto medular sobre el cual gravita la posterior acusación jurídica conforme a la cual se dictó sentencia condenatoria en su contra.

En criterio de esta Sala es errado pensar que los nuevos datos suministrados por los uniformados en juicio, sobre la forma en que se produjo la captura del justiciable constituyan una mutación del

sustrato fáctico esencial sobre el que gravita la formulación de acusación. Como puede verse, para esta Magistratura lo dicho por los testigos de la Fiscalía en el foro de fondo de ninguna manera corresponde a nuevos hechos que modifiquen el núcleo fáctico esencial, con base en lo cual pueda alegarse con acierto la vulneración del principio de congruencia.

Para una mejor comprensión del tema objeto de análisis, resultan ilustrativas las reflexiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en relación al tema de la congruencia[1]:

> *"Se insistió así en el control de la verosimilitud de la acusación que debe ejercitar el juez en el debate en el juicio oral a fin de que se limite a los aspectos fácticos de la acusación y que éstos se concreten en los alegatos finales para guardar de esa manera la congruencia entre la acusación y la sentencia: "Esto equivale a decir que los jueces no pueden derivar consecuencias adversas para el imputado o acusado, según sea el caso, ni de los elementos que no se derivan expresamente de los hechos planteados por la Fiscalía ni de los aspectos jurídicos que no hayan sido señalados de manera detallada y específica por el acusador so pena de incurrir en grave irregularidad que deslegitima e ilegaliza su proceder; dicho en forma simple: el juez solamente puede declarar la responsabilidad del acusado atendiendo los limitados y precisos términos que de factum y de iure le formula la Fiscalía, con lo cual le queda vedado ir más allá de los temas sobre los cuales gira la acusación".*
>
> *"La congruencia se debe predicar, y exigir, tanto de los elementos que describen los hechos como de los argumentos y las citas normativas específicas. Esto implica (i) que el aspecto fáctico mencionado en la acusación sí y sólo sí es el que puede ser tenido en cuenta por el juez al momento de dictar sentencia. Si la prueba demuestra que los hechos no se presentaron como los relata la Fiscalía en el escrito de acusación, al juez no le quedará otro camino que el de resolver el asunto de manera contraria a las pretensiones de la acusadora; y, así mismo, (ii) la acusación debe ser completa desde el punto de vista jurídico* ***(la que, en aras de la precisión, se extiende hasta el alegato final en el juicio oral),*** *con lo cual se quiere significar que ella debe contener de manera expresa las normas que ameritan la comparecencia ante la justicia de una persona, bien en la audiencia de imputación o bien en los momentos de la acusación, de modo que en tales momentos la Fiscalía debe precisar los artículos del Código Penal en los que encajan los hechos narrados, tarea que debe hacerse con el debido cuidado para que de manera expresa se indiquen el o los delitos cometidos y las circunstancias específicas y genéricas que inciden en la punibilidad"[2].*

---

1 Sentencia del 28 de noviembre del 2007, radicado 27528. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.
2 Sentencia de 25 de abril de 2007. Radicación 26309.

Conforme lo ha reseñado la jurisprudencia, existen tres formas de vulnerar el mencionado principio de congruencia: Por acción (i) cuando se condena por hechos o conductas punibles diversas a las concretadas en el escrito de acusación o audiencia de formulación de acusación; (ii) Cuando el delito jamás hizo parte de la formulación de imputación, y (iii) cuando al condenarse por el punible endilgado, se adiciona una o varias circunstancias específicas o genéricas de mayor punibilidad. Y por omisión, cuando al condenarse se cercena o suprime en el fallo alguna circunstancia genérica o específica de menor punibilidad que se hubiese reconocido por el fiscal en las audiencias respectivas de acusación.

Como se puede colegir de las glosas transcritas y de lo analizado hasta este punto por la Sala, es claro que desde los albores del enjuiciamiento criminal adelantado en contra del señor VÍCTOR HUGO PÉREZ AGUDELO, a este se le vinculó a la actuación por el hecho de portar o llevar consigo sustancia estupefacientes en cantidad de 335.2 gramos, positivo para cocaína y sus derivados, excediendo por mucho la cantidad permitida por el legislador para uso personal; material ilegal que se encontraba perfectamente distribuido en pequeñas dosis, en bolsas plásticas y de papel, para un total de 600 presentaciones de la droga, algunas con logotipos.

A lo anterior se restringe el aspecto fáctico esencial de la conducta punible enrostrada al procesado, el núcleo de la conducta desplegada por este, las circunstancias que rodean el factum central por el que, se insiste, siempre supo el justiciable que la Fiscalía decidió llamarlo a responder en juicio penal.

No encuentra entonces estructurada la Sala alguna de las formas en que enseña la jurisprudencia, puede soslayarse el principio de congruencia en materia penal. En primer lugar, porque el hecho por el que se dicta condena sigue siendo el mismo, esto es, por el porte

de sustancia estupefaciente ilegal, en cantidad de 335.2 gramos, positivo para cocaína y sus derivados, en la presentación indicada más arriba. La conducta punible entonces por la que se formuló imputación, se realizó llamamiento a juicio y se dictó condena no se vio alterada por los datos suministrados por los gendarmes ofrecidos como prueba de cargo.

En segundo orden, porque como atinadamente lo señala el a quo en la decisión apelada, la calificación jurídica de la conducta no sufrió modificaciones; continuó ubicada en el inciso segundo del artículo 376 del C. Penal, dada la cantidad de sustancia estupefaciente incautada al detenido; no se adicionan circunstancias específicas o genéricas de mayor punibilidad, y, en tercer y último lugar, tampoco se dejó de tener en cuenta alguna circunstancia de menor punibilidad reconocida en audiencia de acusación. Como puede verse la punibilidad tampoco sufre variaciones.

Despejado el punto anterior, y visto lo que fue objeto de juicio, debe aplicarse la Sala en determinar si el justiciable incurrió en la conducta punible consagrada en el dispositivo 376, inc.2º del C. Penal. Modificado. Ley 1453/11, art. 11, dada la cantidad de sustancia estupefaciente que le fue incautada. Esto es, si las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló la conducta desplegada por el agente, encuadran en el modelo típico contenido en el dispositivo legal en comento.

Sobre este modelo descriptivo denominado tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, vale anotar que dicho ilícito se encuentra descrito en el artículo 376 del Código Penal con la modificación introducida por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, y corresponde a un tipo penal de pura conducta o formal, en el sentido de que no se requiere para su perfección ningún acontecimiento subsiguiente a las conductas descritas en la norma. El dispositivo legal en comento a su letra reza:

> *"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 trecientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
>
> *Si la cantidad de droga no excede de… cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína… 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…".*

Es pues 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, el tráfico de sustancias estupefacientes, en cuanto es la condición necesaria y específica para que los individuos y la comunidad las consuman, 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 de la colectividad, 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 se trata de hechos pluriofensivos, porque en la misma medida se compromete la economía nacional (orden socio-económico), e indirectamente, la administración pública, la seguridad pública, la autonomía personal y la integridad personal, intereses también protegidos en el Código Penal.

Bajo este último análisis de protección del bien jurídico complejo, la Corte Suprema de Justicia[3], y la Corte Constitucional en sentencia C-491 de 2012 retomando esos importantes pronunciamientos

3 Procesos 23609 de 2007, 28195 de 2008, 31531 de 2009 y 35978 de 2011.

jurisprudenciales, sentó las bases sobre las cuales debía entenderse estructurado el delito en cuestión y más aún reconoció la existencia de una presunción sobre la antijuridicidad material.

En este sentido, se presume que quien realiza cualquiera de las conductas descritas en el precitado artículo 376 del Código Penal, afecta o pone en peligro los bienes jurídicos mencionados haciéndose merecedor de la respectiva sanción penal; sin embargo, atendiendo a criterios como la responsabilidad objetiva, el mismo principio de antijuridicidad material como presupuesto de la conducta típica, debidamente relacionados con los principios constitucionales de dignidad, libertad y libre desarrollo de la personalidad, se ha considerado que en algunos casos, pese a que la conducta se adecua al tipo penal, el comportamiento carece de relevancia para la afectación de los bienes jurídicos protegidos, repercutiendo únicamente las consecuencias en el ámbito de la privacidad de quien consume la sustancia.

Así las cosas, podría decirse que no es penalizable la conducta por ausencia de lesividad en los siguientes casos:

- *Cuando quien "porta o conserva" el estupefaciente lo hace en las cantidades dispuestas en el artículo 2º literal j) de la Ley 30 de 1986, salvo que dichas cantidades no estén destinadas para el propio consumo sino a la comercialización o distribución gratuita.*

- *Cuando la sustancia incautada pese a que excede en pequeña cantidad o sobrepasa de manera escasa la dosis personal máxima, está destinada exclusivamente al consumo propio de la persona, adicta o sin problemas de dependencia, ello conforme a lo demostrado en cada caso en particular.*

Este último punto en específico, deja en evidencia que ese peligro al que hemos hecho alusión y que la ley presume, puede

desvirtuarse. Pero, es preciso controvertirlo. En otras palabras, es necesario que la posesión de una sustancia estupefaciente en cantidad superior a la dosis personal no represente en absoluto, y bajo ninguna circunstancia, un riesgo para los demás o para la salud pública y los demás derechos protegidos con esa prohibición, y que así se establezca debidamente, para que la conducta carezca de lesividad y quede por fuera del derecho penal. Como ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

> *"Debe, entonces, en cada caso examinarse si la conducta del consumidor trasciende su fuero interno y llega a afectar derechos ajenos, individuales o colectivos, pues sólo así se entenderá superada la exigencia de la afectación, a nivel de lesión o puesta en peligro, del bien jurídico como presupuesto para considerar en estos asuntos, legítimo el ejercicio del poder punitivo del Estado, es decir, para considerar demostrada la antijuridicidad de una conducta susceptible de punibilidad"*[4].

Posteriormente concluyó el alto tribunal que la solución a la problemática en cuestión se debía desplazar al ámbito de la tipicidad, esto es, se debía determinar si la conducta desplegada por el agente era atípica, estado del injusto penal hacia donde se itera, se había desplazado la solución del problema planteado por la conducta de portar sustancias estupefacientes. Sin embargo, la más reciente jurisprudencia del juez plural indica al respecto que una salida una postura constitucionalmente válida para el asunto es aquella según la cual le corresponde al órgano de persecución penal la carga de probar que quien porta el material ilegal, tiene una finalidad de distribución o suministro a cualquier título, so pena de no demostrar la ilicitud de su comportamiento. Huelga acotar que las posturas del alto tribunal al respecto han ido variado de tanto en tanto, sin asumir una posición definitiva y unívoca para solucionar este tipo de casos.

Sin embargo, las últimas providencias dictadas con relación a este delito, en su verbo alternativo portar, SP3605-2017, Radicación Nro. 43.725 (Aprobada Acta Nro. 83) del 15 de marzo de 2017, M.P.

4 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 18 de noviembre de 2.008. Ponente: H. Magistrado José Leonidas Bustos Martínez.

Eugenio Fernández Carlier; y la más reciente, SP9916-2017, Radicación Nro. 44.997 (Aprobada Acta Nro. 219) del 11 de julio de 2017, van en la última dirección en comento, esto es, se itera, que le corresponde a la Fiscalía demostrar que la finalidad del agente era la distribución relacionada con el narcotráfico o el suministro a cualquier título.

Precisamente mediante el último fallo en comento el alto tribunal revocó la decisión adoptada en segunda instancia por esta Sala el 10 de septiembre del año 2014, mediante la cual se confirmó el fallo condenatorio emitido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bello, Antioquia el 30 de julio de 2014, y en su lugar la Corte absolvió al procesado por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (artículo 376 del C. Penal. Modificado. Ley 1453/11, art. 11).

El siguiente resumen de las ideas expuestas por la Corporación en la citada providencia, ilustra perfectamente la evolución de su jurisprudencia del alto tribunal en relación con el verbo rector alternativo "portar" que recoge el tipo penal del canon 376 del C. Penal.

Analiza la Corporación la evolución de la jurisprudencia en la materia, "en su permanente revisión sobre el tema alusivo a la adecuación jurídica de las conductas alternativas relacionadas en el tipo penal de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (artículo 376 del Código Penal)", indicando que: "la Sala ha venido fijando una posición que conduce a la necesidad de diferenciar si la persona tiene la condición de mero consumidor de sustancias alucinógenas prohibidas o si el comportamiento objeto de juzgamiento está relacionada con su tráfico, pues solamente en este último evento es tolerable una respuesta punitiva por parte del Estado".

Señala cómo la evolución jurisprudencial y legislativa ha marcado un cambio de paradigma en relación con el objeto de prohibición penal del art. 376 en comento. En este sentido se han ido despenalizando las conductas dirigidas exclusivamente al consumo de la definida legalmente como dosis personal (llevar consigo, conservar para su propio uso o consumir), diferenciándolas de aquellas conductas de narcotráfico guiadas por el afán de lucro, las cuales ameritan su penalización "como criterio político-criminal implícito en la tipificación de las conductas punibles que le son afines"; mientras que las primeras acarrearían como consecuencia jurídica la imposición de medidas administrativas de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, siempre bajo el consentimiento informado del consumidor ocasional, recreativo o adicto[5], las segundas son merecedoras de la más drástica respuesta del Estado, la punitiva.

Finalmente aclaró la jurisprudencia constitucional que la supresión de la expresión "salvo lo dispuesto para dosis para uso personal", introducida por la Ley 1453/11 que modificó el art. 376 del C. Penal, en modo alguno significa la penalización del porte para el propio consumo, partiendo del concepto de dosis personal, pues en dichos casos no concurre el presupuesto de la antijuridicidad material, como quiera que no son idóneas para afectar el bien jurídico protegido de la salud pública.

En este proceso también se reformuló la idea según la cual el porte en cantidades que superaban el tope de lo razonable – y no solo ligeramente- en relación con los límites de la dosis personal, no admitía prueba en contrario, pues albergaba una presunción de derecho, iuris et de iure, como quiera que el legislador se encuentra legitimado para configurar los delitos de peligro abstracto. Dejó así de ser la cantidad un factor determinante a efectos de establecer la lesividad de la conducta. Se concluye entonces que el consumidor

5 Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-574 y C-882 de 2011.

o adicto puede llevar consigo una cantidad diferente a la legalmente prevista, consultadas sus particulares necesidades de consumo, siempre y cuando persiga este fin, pues se considera que el tipo penal en comento contiene un ingrediente subjetivo tácito, atinente al propósito del agente, la realización de aquel no depende de la cantidad de sustancia ilegal llevada consigo sino de la verdadera intención que se persigue con la acción.

Ahora bien, agregando un nuevo elemento conceptual, estima el alto tribunal que corresponde a la Fiscalía General de la Nación desvirtuar esa presunción de antijuridicidad iuris tantum, sin que la carga de la prueba pueda invertirse en contra del acusado, pues en materia de responsabilidad estará siempre en cabeza del Estado, mientras que al ciudadano se le presume inocente.

El juez plural razona de la siguiente manera al respecto:

> *"En consecuencia, es a la Fiscalía a quien compete la demostración de cada uno de los elementos del tipo penal, entre ellos, la acreditación probatoria de los fines del porte de estupefacientes relacionados con la distribución o tráfico de los mismos y, con ello, la afectación o la efectiva puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos. Obviamente, también corresponde al órgano de persecución penal, en virtud del principio de objetividad (artículo 115 de la Ley 906 de 2004), establecer situaciones relacionadas con la ausencia de responsabilidad, a efectos de no incoar la pretensión punitiva.*
>
> *De otro lado, en relación con la acción de llevar consigo, verbo rector alternativo del tipo penal que recoge el artículo 376 del Código Penal, la Corte debe señalar que aunque eventualmente la cantidad de droga que se porte permitiría inferir conductas relacionadas con el tráfico de estupefacientes, no es ese un elemento que pueda adscribirse a la tipicidad de la conducta.*
>
> *En este sentido, se torna insuficiente apelar al criterio cuantitativo de dosis para uso personal, previsto en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, como factor determinante para la configuración del injusto típico, puesto que en los eventos en que la cantidad llevada consigo no supera aquellos topes previstos por el legislador, la conducta deja de ser relevante para el derecho penal. Mientras, importa subrayarlo, cuando la acción está relacionada con el tráfico, es claro que el comportamiento se estima lesivo del bien jurídico, sin reparar en que la sustancia desborde o no aquellos rangos regulados en la ley.*

De la misma manera, cuando la cantidad de estupefaciente supera la prevista como dosis para el uso personal, es necesario recurrir a otros factores que puedan determinar el juicio de lesividad de la conducta, de modo que la ilicitud se establezca con fundamento en criterios normativos referidos a la relevancia jurídico penal del comportamiento y a la efectiva afectación del bien jurídico protegido, en todo caso distintos al arbitrario y vago concepto legal de dosis personal.

Valga decir, en el contexto de la nocividad específica de la sustancia de crear dependencia, que es el concreto cometido de protección a través del bien jurídico de la salud pública, el criterio atinente a los límites cuantitativos impuestos por el legislador al determinar la dosis para el uso personal, con frecuencia riñe con las condiciones personales del individuo, caso en el cual entran en juego otros elementos atinentes, por ejemplo, al grado de dependencia, su tolerancia y necesidad, su condición de consumidor adicto, recreativo o primerizo y la posibilidad de abastecimiento en cantidades superiores o de dosis compartidas, lo que escapa a cualquier previsión legislativa.

Esa misma ambigüedad se ha trasladado en la práctica al juicio de antijuridicidad realizado por jueces y tribunales del país, cuando bajo su arbitrio han recurrido a modificar los topes pretextando la aplicación del principio de insignificancia, introduciendo el discutible criterio de lo ligera o levemente superior a la dosis personal, para concluir en la falta de lesividad de la conducta realizada o, por el contrario, para entender el riesgo real para los bienes jurídicos cuando se supera lo leve o ligero.

Dicha solución, a más de contribuir a la inseguridad jurídica, en tanto dispensa desiguales juicios valorativos frente a situaciones fácticas semejantes dependiendo del capricho del juzgador, conduce a perder de vista que tratándose de bienes jurídicos supraindividuales los protegidos en este caso por el legislador, su afectación no depende de una cantidad concreta de sustancia psicoactiva, cuando el riesgo no trasciende la esfera privada del portador y, por lo tanto, no interfiere en derechos ajenos susceptibles de protección penal.

En realidad, no es ese un criterio que pueda resolver de manera satisfactoria el problema de la lesividad de la conducta, puesto que el principio de insignificancia presupone un auténtico juicio de adecuación típica y una afectación real del bien jurídico –aunque de manera nimia-. En tales casos la conducta del agente carece de relevancia para el derecho penal, aun cuando, prima facie, reúna los elementos contenidos en la figura prevista en el Código Penal.

Por lo tanto, aun cuando se repute como categoría vigente el concepto de dosis personal[6]12, aparte de su función reductiva (será impune portar cantidades que no superen ese rango, a excepción de los casos asociados al tráfico o distribución), no es un criterio suficiente para determinar la prohibición inserta en el tipo penal, cuando se admite que independientemente de la cantidad de sustancia estupefaciente que un individuo lleve consigo, lo que en realidad permite establecer la conformación del injusto típico es el fin propuesto de traficar o distribuir con el psicotrópico. Por lo mismo, se hace inocuo la apelación a criterios caprichosos empleados en la praxis judicial como el de cantidad ligera o

6 Corte Constitucional, Sentencia C-491/12.

levemente superior a esa dosis personal.

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 SP2940, 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 injusto, 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.

Como se sabe, en algunas ocasiones es el mismo legislador el que incluye elementos subjetivos en el tipo penal (p. ej. artículo 239 del Código Penal). En otras, sin embargo, es la jurisprudencia la que recurre a elementos especiales de ánimo cuando no se han previsto expresamente en el tipo penal, haciéndose necesarios para identificar con claridad la carga de intencionalidad y, con ello, el sentido de la conducta.

En todo caso, la función de esos ingredientes subjetivos, distintos al dolo, es la de definir el riesgo jurídicamente relevante, esto es, sirven para confirmar o rechazar la tipicidad de la conducta en el plano material dentro del proceso de imputación objetiva.

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 de la norma.

Ahora bien, ese ánimo ulterior asociado con el destino de las sustancias que se llevan consigo, distinto al consumo personal, puede ser demostrado a partir de la misma información objetiva recogida en el proceso penal. Por eso, si bien es cierto que el peso de la sustancia por sí solo no es un factor que determina la tipicidad de la conducta, sí puede ser relevante, junto con otros datos demostrados en el juicio (p. ej., instrumentos o materiales para la elaboración, pesaje, empacado o distribución; existencia de cantidades de dinero injustificadas; etc.), para inferir de manera razonable el propósito que alentaba al portador.

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."*

La anterior línea jurisprudencial se acompasa a la perfección al razonamiento expuesto en la parte final de la sentencia 43.725. SP3605-2017 (Aprobado Acta número 83) del 15 de marzo de 2017. M.P. Eugenio Fernández Carlier., por la Sala de Casación Penal de la CSJ. Esto dijo el alto tribunal en la citada providencia:

> *"En este sentido la Sala reitera que lo importante es que la tipicidad de toda acción que se ajuste a la descripción objetiva del artículo 376 del Código Penal dependa del fin exteriorizado por el autor. Pero no tanto de un propósito de consumo propio como criterio excluyente de responsabilidad, sino de la verificación por parte de la Fiscalía de una conducta pre-ordenada al tráfico de estupefacientes.*
>
> *Corresponderá al juez, luego de valorar la prueba en conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica, determinar si es razonable condenar por el delito del artículo 376 del Código Penal a un consumidor habitual de sustancias prohibidas que porte 5,7 gramos de cocaína, o a quien fuere hallado con una dosis pequeña, para la cual debe apreciar si la cantidad es demostrativa de un propósito y uso diferente al consumo personal, o si ese gramaje junto con los demás medios evidencian que se trata de un porte de sustancia para la exclusiva ingesta sin otro ánimo del procesado."*

Un correcto entendimiento de la solución y el tratamiento que desde la jurisprudencia se le viene dando a los casos de porte de estupefacientes con miras a la protección del individuo que puede ostentar la condición de mero consumidor de sustancias alucinógenas prohibidas, indica que no puede perder de vista el fallador que la conducta de portar no ha sido retirada de la previsión legal negativa, sigue existiendo la prohibición normativa que la contiene, y como tal, cada caso debe analizarse cuidadosamente con miras a determinar si se incurre en este verbo rector con una finalidad diferente al propio consumo. Lo que resalta del análisis jurisprudencial expuesto en cuartillas anteriores, es que el tipo penal de porte de estupefacientes, en su modalidad de llevar consigo, verbo rector portar, contiene un elemento subjetivo, demarcado por la intencionalidad que exteriorice el agente, la finalidad que objetivamente denota su comportamiento, la destinación que

exteriorice se pretende dar al material ilegal que porta el individuo en el momento de su captura por las autoridades. Los medios de conocimiento en consecuencia no deben dejar duda si se pretende demostrar que el ingrediente subjetivo en el concreto caso se dirige al tráfico, la distribución, o suministro; lo contrario conduce indefectiblemente a la absolución, lo mismo si subsisten dudas al respecto.

Es menester entonces que la Sala se aplique en el análisis de lo probado en juicio, para determinar si la Fiscalía demostró la destinación diferente al propio consumo; si los elementos de juicio aportados al debate son suficientes para demostrar una finalidad dirigida al tráfico, comercialización, distribución o suministro a cualquier título. Bajo este contexto, la cantidad, y la distribución de la sustancia estupefaciente, no son los únicos criterios a tener en cuenta en este tipo de eventos; bien pueden ser hechos indicadores de una tal destinación, pero además se requiere que confluyan otros indicios y circunstancias concomitantes al hecho, cuyo aunado análisis arroje muestras de la conducta exteriorizada por el agente, y que esta, claramente estuvo dirigida a una finalidad distinta al propio consumo.

Pues bien, ubicándonos en lo que fue objeto debate en el sub examine, y concretamente en lo probado en la vista pública del juicio oral, desde ya debe indicar la Sala que concuerda con él a quo en que en este caso se obtuvo suficiente conocimiento para dictar fallo de condena, se logró desvirtuar el principio de inocencia en cabeza del acusado frente a la conducta de portar sustancia estupefaciente con fines de tráfico, comercialización, distribución o suministro a cualquier título. Por lo tanto, la respuesta estatal según la normativa vigente no puede ser otra a la criminalización y castigo a través del derecho penal, como quiera que esta merece ser sancionadas drásticamente al tener la: "Potencialidad de afectar los bienes

jurídicos de salud pública, la seguridad pública y el orden económico y social al estar ante un delito pluriofensivo".

En efecto, si bien los testimonios de los gendarmes JAIRO IVÁN JIMÉNEZ ROJAS y HERNÁN GUILLERMO MORALES BARÓN, suministran nueva información sobre las particulares circunstancias en que se produce la captura en flagrancia del justiciable, pasando de indicar inicialmente en el formato de captura en flagrancia que esta operó tras una requisa en vía pública, a que para ello fue necesaria la persecución del justiciable hasta un hostal de la zona en donde habría ingresada para evadir la actuación de los uniformados, tratando de deshacerse del paquete al lanzarlo hacia la calle desde un segundo piso y a través de una ventana de la estancia.

Los testigos reconocen no haber plasmado correctamente en el informe de captura todos los pormenores del procedimiento, pero dejan claro que todo sucedió como lo están narrando en el juicio. Y además, que tampoco en el informe de captura consignaron lo relacionado con otra aprehensión realizada minutos después junto al edificio gracias a las señales del canino antidrogas; en este último evento consideran que se trata de otro procedimiento, por lo que su registro se realiza aparte; sin embargo, en juicio no se reservaron información y develan la forma como ocurrieron los hechos.

Por lo demás sus declaraciones son contestes, coherente y circunstanciadas, además concuerda la Sala con él a quo en que si bien omitieron suministrar información sobre la forma en que se realizó la captura del ciudadano; ello en modo alguno desdibuja la modalidad de porte de estupefacientes. Se evidencia entonces un claro desconocimiento de la normatividad en la materia por parte de los gendarmes, lo cual no los exime de su mal proceder al no consignar fidedignamente lo ocurrido en su informe, empero si lo explica, incluso en juicio, uno de ellos aclara que se trató de falencias

en su formación profesional. Es evidente, conforme a lo testimoniado en el juicio que se trataba de un caso de flagrancia, y además que existió requerimiento previo a quien regentaba el lugar, cumpliendo así con las previsiones que contempla el artículo 32 de la C.N.
Por lo demás, los uniformados refieren que un individuo que por seguridad reservó su identidad, describió a una persona que se encontraba a unos diez o doce metros, quien portaba droga dentro de una bolsa plástica negra, por lo que se dieron a la tarea de seguirlo, y cuando este advierte su presencia trata de evadirlos ingresando a un hostal de la zona, y hasta una de las habitaciones ubicadas en el segundo piso hasta donde es seguido por el guía canino y uno de los patrulleros, junto a un can entrenado para detectar sustancias estupefacientes, previa autorización de la recepcionista y administradora del sitio, mientras el otro agente permaneció afuera prestando seguridad a sus compañeros. La persona que le suministró la información inicial, indicó que el individuo lucía camiseta negra y blue jean.

Así, explica JIMÉNEZ ROJAS que pertenece a una unidad policiva conformada por diferentes especializadas, pues sirven como personal de apoyo en distintos lugares del país; su tarea de patrullaje la realizó en compañía de un guía canino, quien iba con su perro entrenado para detección de drogas ilícitas. En aquella oportunidad llamó a la puerta de la habitación en la que ingresó el acusado, momento en el que su compañero de patrulla le informó por radio que por la ventana de dicha estancia observó cuando el acusado se asomó y lanzó una bolsa negra, por lo que una vez abre la puerta de inmediato le solicitó que lo acompaña a la planta baja para proceder a verificar lo que contenía el paquete del cual trató de deshacerse. Ambos testigos indican que el propio acusado aceptó libremente que el fardo lanzado desde la habitación le pertenecía. Aclara que a la habitación solo ingresó el can quien dio señales de haber olfateado sustancias estupefacientes.

Como se dijo, es de significar que el agente no niega que no plasmó en el informe de captura en flagrancia lo relacionado con la persecución y el ingreso del ciudadano a un hostal; tampoco lo relacionado con el permiso obtenido de parte de la regente del lugar para su ingreso en el establecimiento público.

Por su parte, MORALES BARÓN, adveró que la calenda de los hechos realizaba labores de patrullaje junto a un guía canino reiterando en lo fundamental lo dicho por el otro testigo de cargo. Agregando que permaneció en las afueras del hotel prestando seguridad al guía, su can y a su compañero de patrulla. Que solo pasaron unos minutos cuando observó cómo desde una ventana de segundo piso el acusado arrojaba una bolsa de color negro, la cual recogió, y al observar su contenido, le pareció que era sustancia estupefaciente. Procedieron a capturar en el acto al individuo y a trasladarlo para su judicialización.

Además de lo dicho, los gendarmes refieren que realizaron otra captura en flagrancia, a tan solo unos metros de la edificación y con solo unos minutos de diferencia con la primera aprehensión, ante el aviso positivo que daba el canino y una requisa a otro individuo que se encontraba cerca; sin embargo, tampoco plasmaron esta información en el respectivo informe. Explica que los datos que obviaron en este documento que suscribió su compañero y él suscribió como testigo, se debe a que en su caso a pesar de sus estudios le faltó capacitación. Ni se plasmó que observó lanzar el alijo desde el hotel.

Ambos patrulleros aseveran que no plasmaron falsedades en los documentos. Frente a lo dicho por los testigos de cargo, vale anotar que no se ofreció por la defensa prueba de refutación, o de inocencia incontrovertible, ya que optó por una actuación pasiva en tal sentido,

sin ofrecer en juicio material probatorio de descargo.

Acorde a lo visto, es claro que los uniformados en su versión inicial, y en juicio, señalan a la misma persona como la portadora de la sustancia estupefaciente, el verbo rector entonces no muta, pero además el material al que se alude sigue siendo cocaína y sus derivados, sin que además varíe la cantidad incautada. Singularizadas las circunstancias que rodearon la aprehensión del procesado no se discute que este fue capturado portando 335.2 gramos de base de cocaína, perfectamente distribuidos en varios fardos, a su vez individualizadas en pequeñas presentaciones para un total de seiscientas (600) dosis distribuidas en bolsas plásticas y envolturas de papel, incluso con logotipos, superando por mucho la cantidad permitida por ley como dosis para uso personal, sin que se haya probado dentro de la actuación la condición de consumidor del agente, o tan siguiera alegada su posible adicción o padecimiento, y que el material fuera, acorde a su caso y necesidades personales, su dosis de aprovisionamiento. Los pormenores develados en juicio por los testigos de cargo no desdibujan el hecho central imputado al acusado.

Como puede colegirse sin necesidad de mayores esfuerzos analíticos, y sin pretender desatender los lineamientos jurisprudenciales emanados de la última línea dictada por la CSJ para solucionar este tipo de casos de porte de estupefacientes, analizada más arriba; que sin lugar a dudas el contexto descrito, sumado a la actitud adoptada y exteriorizada por el justiciable tratando de eludir a la fuerza pública al ingresar en un hostal cercana, impidiéndole inicialmente el acceso de los uniformados en la habitación que ocupó, hasta que en un intento desesperado trató de deshacerse de la comprometedora evidencia lanzándola a la vía pública, permiten concluir como lo hizo el fallador de primera instancia que nos encontramos ante un claro evento de tráfico,

distribución o suministro del material ilegal.

Como puede verse es claro que no existe la alegada vulneración del principio de congruencia, pero además, estos últimos aspectos no fueron explicados por el apelante, ni se aportó material probatorio que en definitiva desvirtuara la inferencia del destino de tráfico que conllevaba el estupefaciente incautado; en tanto la censura se centró en la demostración de la violación del principio de congruencia exclusivamente, y la petición de exclusión del material derivado de lo que considera un acto ilegal, con el que se transgredió la expectativa razonable de intimidad de su defendido, cuando ello, según lo demostrado en juicio, difícilmente puede sostenerse que la captura del justiciable se produjo con violación de derechos humanos, tortura, etcétera, como para reclamar la aplicación de la regla de exclusión en este caso frente a la evidencia recolectada en el lugar de los hechos por los gendarmes que luego rindieron testimonio en la vista pública del juicio oral. A ello se suma la inactividad defensiva que en nada aporta a la petición de la sanción procesal consignada en la apelación.

Retomando la hilatura expositiva de la Sala, resta por decir que factores como la cantidad, forma y distribución de la sustancia estupefaciente, que en principio, y por sí solos, no logran demostrar la estructuración del injusto típico; analizados de manera conjunta con el resto de circunstancias concomitantes que rodean los hechos, cobran innegable relevancia para este fin, y demuestran de esta manera la lesividad de la conducta de llevar consigo, o portar con fines distintos al propio consumo, desplegada por el agente y la consecuente afectación o puesta efectiva en peligro del bien jurídico protegido por el dispositivo 376 del C. Penal, de la seguridad pública.

En síntesis, también es claro que los dos patrulleros que realizaron

la captura del incriminado observaron al mismo individuo portando la bolsa con el material pulverulento que arrojó resultados positivos para cocaína y sus derivados; que este fue quien trató infructuosamente de deshacerse del alijo y no otra persona, a pesar de haberse realizado otra captura igualmente por porte de sustancia estupefacientes, momentos después de la detención del justiciables y a pocos metros del hotel,; tampoco se logra desdibujar el hecho de tratar de evadir la intervención de la fuerza pública, o de deshacerse del paquete, ni la manera como se encontró distribuido el material incautado, su calidad y cantidad.

Para la Sala entonces en este caso no cabe duda de que se estructura el verbo rector portar, con fines diversos al propio consumo; quedó demostrada la configuración de la modalidad llevar consigo y el verbo portar por el cual se solicitó condena, pues difícilmente, por lo irrazonable, situaciones como la analizada, en donde es claro el porte de grandes cantidades de sustancia estupefacientes, perfectamente distribuidas para su comercialización o distribución, con exteriorización de actitudes por parte del agente que así lo denotan, puedan pasar por porte para el propio consumo, cuando, se insiste, como en el sub examine, además de la cantidad, forma y distribución del material ilegal, existen otros elementos de juicio que apuntan en una dirección diametralmente opuesta a la de la auto puesta en peligro por el consumo, y que develan a no dudarlo situaciones propias de tráfico, suministro o distribución o comercialización del alucinógeno.

Es decir, que además de la cantidad o peso del estupefaciente incautado, la cual por cierto en este caso resulta bastante relevante, se cuenta con otro hecho indicador como la distribución del estupefaciente, empacado en seiscientas bolsitas, que permiten inferir de manera razonable que el propósito del portador o acusado, no era nada diferente al tráfico o distribución en la colectividad de ese estupefaciente.

Colofón de lo dicho, se quiere recalcar que no puede perder de vista el fallador los elementos que rodean la comisión de la conducta punible, las circunstancias concomitantes a los hechos, aquellas que explicitan la forma en que estos se desarrollaron y los indicadores de otras posibles finalidades diferentes al propio consumo, pues lo contrario sería sostener que el verbo portar ha desaparecido de nuestra legislación, y ello, se itera, tal como bien se explicó más arriba, no es así.

Al margen de lo anterior, es preciso que la Sala entre a librar la orden de captura en contra del sentenciado, ya que si bien el a quo así lo consignó en la parte considerativa del fallo confutado, dejó supeditado el mandato hasta tanto el proveído adquiera firmeza, decisión que no se acompasa con las ritualidades que para el efecto ordena la Ley 906/04, según las cuales, cuando se impone pena privativa de la libertad, desde el anuncio de sentido de fallo condenatorio el procesado debe quedar privado de la libertad para el descuento efectivo de la pena de prisión, o, en su defecto, debe librarse la respectiva orden de captura, por lo que la Sala entra a corregir tal omisión ordenando que se libre de inmediato la respectiva orden de aprehensión en contra de VÍCTOR HUGO PÉREZ AGUDELO.

En mérito de lo expuesto el ***TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN,*** *Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR *en su integridad el fallo condenatorio impugnado, acorde a las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.*

SEGUNDO: *Se ordena expedir la correspondiente orden de captura en contra del condenado VÍCTOR HUGO PÉREZ AGUDELO, acorde a lo expuesto en la parte considerativa de este fallo.*

TERCERO: *Esta sentencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación, el que debe interponerse dentro del término común de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la misma.*

CUARTO: *Remítase copia de esta decisión al Juzgado de instancia.*

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

RELEVANTE
SALA DE DECISIÓN PENAL

M. PONENTE	**: CESAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO**
ACTA DE APROBACIÓN	**: 11/ DEL 5 DE FEBRERO DE 2018**
RADICADO	**: 05 001 60 00206 2015 22252**
CLASE DE ACTUACIÓN	**: APELACIÓN**
TIPO DE PROVIDENCIA	**: SENTENCIA**
FECHA	**: 5 DE FEBRERO DE 2018**
DECISIÓN	**: CONFIRMA CONDENA**
DELITOS	**: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**

DESCRIPTOR

-PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. JURISPRUDENCIA / FORMAS EN QUE PUEDE VULNERARSE EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. ANÁLISIS CASO CONCRETO / MODELO TÍPICO DE TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES. CONSAGRACIÓN LEGAL / PRESUNCIÓN DE ANTIJURIDICIDAD MATERIAL. LESIVIDAD. JURISPRUDENCIA / VARIACIÓN JURISPRUDENCIAL. CARGA DE LA PRUEBA DE LA DESTINACIÓN DIFERENTE AL PROPIO CONSUMO. JURISPRUDENCIA / CASO CONCRETO.

RESTRICTOR

-El núcleo fáctico central de la imputación no sufre variación con la información suministrada en juicio sobre la forma en que operó la captura del justiciable, siempre supo que se lo procesaba por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

-El juez solamente puede declarar la responsabilidad del acusado atendiendo los limitados y precisos términos que de factum y de iure le formula la Fiscalía.

-El principio de congruencia se vulnera por acción u omisión; lo primero cuando se condena por hechos o conductas punibles diversas a las concretadas en el escrito de acusación o su respectiva audiencia; cuando el delito jamás hizo parte de la formulación de imputación, y cuando al condenarse por el punible endilgado, se adiciona una o varias circunstancias específicas o genéricas de mayor punibilidad. Lo segundo cuando al condenarse se cercena o suprime en el fallo alguna circunstancia genérica o específica de menor punibilidad que se hubiese reconocido por el fiscal en las audiencias respectivas.

-El aspecto fáctico esencial en este caso se restringe a la conducta de portar 335.2 gramos de cocaína, distribuidas en más de quinientas dosis, en bolsas plásticas y de papel, y por lo que siempre supo el justiciable que la Fiscalía pretendía llevarlo a juicio. Lo que se encuadra en la descripción típica contenida en el art. 376, inc.2º del C.P. Modificado. Ley 1453/11, art. 11, dada la cantidad de sustancia estupefaciente incautada.

- Tipo penal del canon 376 del C.P., es de pura conducta o formal, de peligro abstracto, con el que básicamente se pone en peligro la salud de la colectividad, y no la vida o la salud individual; pluriofensivo porque en la misma medida se compromete la economía nacional, e indirectamente la administración pública, la seguridad pública y la autonomía personal e integridad personal. En tal sentido la jurisprudencia reconoce la existencia de una presunción de antijuridicidad material. En ciertos casos tal comportamiento carece de relevancia para la afectación de los bienes jurídicos protegidos, repercutiendo únicamente las consecuencias en el ámbito de la privacidad de quien consume la sustancia, en tal sentido la presunción en comento admite prueba en contrario.

-La última jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la materia agrega un nuevo elemento conceptual al estimar el alto tribunal que corresponde a la Fiscalía General de la Nación desvirtuar esa presunción de antijuridicidad iuris tantum, sin que la carga de la prueba pueda invertirse en contra del acusado. En dicho análisis juega un papel preponderante las circunstancias que rodean la comisión de la conducta. Para el caso concreto la forma en que se encontró distribuida el material ilegal, la cantidad y la reacción del agente ante la presencia de los gendarmes, huyendo del lugar y tratado de deshacerse del material estupefaciente.