

PROCESO: 05-001-60-00206-2016-41582
DELITO: Tráfico fabricación o porte de Estupefacientes
CONDENADO: Diego Alejandro González
PROCEDENCIA: Juzgado 20 Penal del Circuito de Medellín
OBJETO: Apelación de sentencia Condenatoria.
DECISIÓN: Revoca
M. PONENTE: Luís Enrique Restrepo Méndez

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintiséis (26) febrero de dos mil dieciocho (2018).

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 020

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia proferida el 29 de enero último, por el Juzgado 20 Penal del Circuito de Medellín, por medio de la cual se condenó a Diego Alejandro González, por el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

1. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

El 13 de agosto de 2016, a eso de las 01:05 horas, en la calle 58 con carrera 47, agentes de la Policía Nacional aprehendieron en situación de flagrancia a Diego Alejandro González, cuando portaba doce (12) papeletas contentivas de una sustancia similar a la base de coca.

La misma fue sometida a prueba de identificación preliminar homologada (PIPH) y arrojó como resultado 17.5 gramos positivos para cocaína y sus derivados.

El capturado fue acusado por la Fiscalía General de la Nación, mediante escrito presentado el 7 de septiembre de 2016, requerimiento fiscal que se concretó en audiencia celebrada el 25 de abril de 2017, como autor responsable del punible de

tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo, de que trata el artículo 376 inciso segundo del Código Penal. Realizado el juicio oral el *a quo* profirió la sentencia que se revisa, y en ella se halló penalmente responsable al acusado y lo condenó a las sanciones de doce (12) meses de prisión, multa equivalente a 0.33 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de funciones y cargos públicos por el mismo lapso; así mismo le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por un período de prueba de veinticuatro (24) meses, previa caución prendaria por valor de cuarenta mil pesos (\$40.000).

2. DECISIÓN OBJETO DE RECURSO

Las partes estipularon como probados los hechos relacionados con la plena identificación del acusado, las circunstancias en que se produjo su captura, la cantidad, calidad y mismidad de la sustancia incautada y el hecho de estar inscrito en el SISBEN dado que se dedica a los oficios varios. Con esos presupuestos el *a quo* entendió acreditada la existencia de la conducta; en punto de la antijuridicidad, consideró que la defensa dejó de demostrar fehacientemente el destino de la sustancia que supera la autorizada a título de dosis personal.

También trajo a colación un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia, donde se consignó que cuando una persona es capturada con una sustancia estupefaciente siendo para su propio consumo, la conducta es atípica, correspondiéndole a la fiscalía demostrar lo contrario; sin embargo, considera que era papel de la defensa demostrar las causales que excluyen de responsabilidad al acusado.

3. DEL RECURSO

Contra dicha decisión, la defensa interpuso recurso de apelación a efectos de que se absuelva a su defendido de conformidad con los siguientes argumentos:

Inicialmente realizó un recuento de los hechos y los argumentos empleados por el *a quo* a efectos de condenar, para luego afirmar, que éste se apartó de la reciente postura acogida por la Corte Suprema de Justicia donde dejó claro que las personas capturadas

con una sustancia estupefaciente bajo la modalidad de “llevar consigo” y es para su propio consumo, puede considerarse como una conducta atípica.

En este caso, según el juez de instancia, la defensa no acreditó esa calidad de consumidor, sin embargo, dicha afirmación vulnera los artículos 29 de la Constitución Nacional y 7° del Código de Procedimiento Penal que establecen que la carga de la prueba le corresponde al ente acusador, pues es obligación de la Fiscalía demostrar no sólo el hecho, sino la responsabilidad del acusado.

Recordó que el tipo penal por el cual se acusó a su defendido exige del fallador un análisis de los elementos subjetivos donde no es suficiente la cantidad de sustancia estupefaciente, sino las circunstancias temporo espaciales en que se presentaron los hechos y si existen o no elementos como para predicar una distribución o venta del mismo.

Los sujetos no recurrentes no se pronunciaron frente al recurso.

4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1° de la ley 906 de 2004.

El problema jurídico que debe resolver la Sala se concreta en establecer si en el caso bajo examen, es posible predicar la atipicidad de la conducta al entender que la cantidad de estupefaciente incautada al acusado en la modalidad de llevar consigo tuviese como finalidad su propio consumo.

Múltiples debates jurídicos se han dado en los estrados judiciales alrededor de este tema, con mayor énfasis con la expedición del acto legislativo 02 de 2009, que ha generado una línea jurisprudencial dirigida a dejar claro que las personas que portan estupefacientes para su propio consumo, no ameritan reproche penal.

Inicialmente la impunidad del consumidor que traía consigo estupefaciente para su propio consumo, era tratada en la teoría del delito por la jurisprudencia de la Corte

Suprema de Justicia, en sede de antijuridicidad, después la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de marzo de 2016, radicado 41760 la ubicó en el ámbito de la tipicidad, así:

“...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”.

Y, así lo expuso:

“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.

(...)

Y aunque el Acto Legislativo y decisiones constitucionales que lo analizaron no cuantificaron lo que podía corresponder a la dosis despenalizada, deviene diáfano que la misma no puede ser ilimitada, de ahí que un criterio razonable a fin de establecer la dosis autorizada es el de la necesidad de la persona, monto que resulta compatible con la política criminal de cariz preventivo y rehabilitador, acorde con la protección de la salud de la persona.

Obviamente en todo caso la acción del sujeto debe ser compatible con el consumo de la sustancia y que éste sea únicamente en la modalidad de uso personal, sin que se convierta en un almacenamiento indiscriminado de cantidades o de momentos para uso repetitivo, connotaciones sin las cuales la conducta ha de ser penalizada.

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 2 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 demostración 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 o 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”.

Así entonces, a efectos de determinar si la conducta es atípica se requiere establecer si la cantidad de estupefaciente, 17.5 gramos de cocaína, incautada a Diego Alejandro González, tenían la finalidad exclusiva de su uso personal.

En reciente jurisprudencia, traída a colación por la defensa e incluso por el funcionario de primera instancia, la H. Corte Suprema de Justicia indicó que le corresponde a la fiscalía demostrar las circunstancias relativas al ánimo frente al porte de estupefacientes, es decir si la sustancia incautada tenía la suficiente entidad como para afectar el bien jurídico de la salubridad pública; en caso contrario, opera a favor del capturado la presunción de que la misma es para su propia ingesta.

Veamos que dijo el Máximo Órgano de la Justicia Ordinaria en este sentido:

“En efecto, los incisos segundo y tercero del artículo 7° de la Ley 906 de 2004, en desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política, con claridad precisan que «corresponde al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal», y que «En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria».

Esto significa que la carga de probar tiene que ser asumida por el órgano de persecución penal, pues el procesado no tiene por qué presentar pruebas de su inocencia, siendo función del Estado acreditar la ocurrencia del delito, que el acusado intervino en su realización y que es penalmente responsable. Así lo ratifican la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 11), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14-2) y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (artículo 8-2).

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 2° 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.

(...)

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”¹.

A efectos de solucionar el caso, debe decirse que se dio por demostrado que el ciudadano Diego Alejandro González fue sorprendido cuando llevaba consigo doce (12) papeletas de una sustancia pulverulenta correspondiente a cocaína en peso neto de 17.5 gramos.

Concluyó el juez de primera instancia, que la defensa del acusado no logró demostrar que la sustancia incautada tuviera como propósito el consumo personal del procesado y la fiscalía tampoco demostró que la misma fuera para su venta o comercialización; no obstante, indicó que “*en este asunto queda dilucidado el hecho, la conducta típica y no*

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 44997 del 11 de julio de 2017. MP: Patricia Salazar Cuellar.

se ofrece razón justificativa ni siquiera explicativa alguna respecto a semejante cantidades (sic) que llevaba consigo este acusado, así se plantee que es habitante de calle y que consume, pues aún pudiendo ser ello altamente probable, no lo exime de responsabilidad ni tiene una patente para portar cuando le venga en gana” ².

La Sala no comparte el anterior planteamiento, pues en efecto como lo indica el censor y acatando las recientes disposiciones de la Corte Suprema de Justicia, al procesado y a su defensor no les correspondía demostrar su inocencia, era el ente acusador quien debía probar que la cantidad incautada a Diego Alejandro González estaba destinada a un propósito diferente a su propio consumo y por contera afectaba el bien jurídico de la salubridad pública; así mismo, la cantidad de estupefaciente (cocaína en 17.5 gramos) por sí sola no es suficiente para indicar el ánimo de tráfico, máxime cuando obra en el expediente la manifestación expresa del acusado de que consume sustancias estupefacientes desde la edad de ocho (8) años³.

Además de lo anterior, el *a quo* incurrió en una contradicción, pues de un lado, condenó al procesado porque no se probó la calidad de consumidor, y de otro, concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena bajo el argumento de que reunía los requisitos del artículo 63 del Código Penal y ***“no obstante haber cometido este error impulsado por la adicción a los estupefacientes”***⁴. (Negrilla de la Sala).

Es decir el procesado no es consumidor a efectos de establecer su responsabilidad penal, pero si lo es, para hacerse acreedor a un beneficio, que dicho sea esta excluido de conformidad con el artículo 32 de la ley 1709 de 2014.

En estas circunstancias, prevalece la presunción de inocencia sobre la de peligro abstracto de la infracción, causa por la cual se revocará el fallo condenatorio y en su lugar se absolverá al procesado de los cargos atribuidos por la fiscalía.

Por lo anterior la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución **REVOCA** la sentencia emitida por el Juzgado 20 Penal del Circuito de esta ciudad el pasado 29 de enero, y en su lugar, **ABSUELVE** a Diego Alejandro González del delito

² Sentencia folio 47.

³ Folio 43.

⁴ Sentencia folio 48.

de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, por la razones expuestas en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO**

**JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO**

**NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO**