

República De Colombia



*Tribunal Superior de Medellín
Sala Penal*

SENTENCIA PENAL No. 030 – 2017

Radicado: 05-212-60-00201-2017-03094

PROCESADO: JEISON ALONSO NUÑEZ GARCÍA
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES
DECISIÓN: REVOCA FALLO DE PRIMERA INSTANCIA
ORIGEN: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE BELLO
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

(Aprobada: Acta No. 054)

(Sesión del 3 de octubre de 2017)

Medellín, doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017). (Fecha de lectura).

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el defensor de **JEISON ALONSO NUÑEZ GARCÍA**, contra la sentencia condenatoria, fundamentada en la aceptación de cargos que unilateralmente realizara el procesado en la audiencia de formulación de imputación, proferido por la señora **JUEZ SEGUNDA PENAL DEL CIRCUITO DE BELLO**, Antioquia, el 8 de agosto de la presente anualidad, por el delito de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**, en la que le impuso la pena principal de 10 meses y 20 días de prisión, multa en 1/6 parte de 2 smlmv, negándole los subrogados penales de la condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria.

ANTECEDENTES FÁCTICOS Y PROCESALES

Hechos: A eso de las 3:00 de la tarde del 23 de mayo de 2016, JEISON ALONSO NUÑEZ GARCÍA caminaba por la carrera 62 con calle 52 del barrio El Cometa de Bello, notando la presencia de algunos agentes del orden, por lo cual procedió a deshacerse de una bolsa, la cual contenía 8 talegas plásticas transparentes con una sustancia que parecía ser base de cocaína, por lo que de inmediato se le capturó y dejó a disposición de la autoridad competente. Realizada la prueba de identificación preliminar homologada, arrojó positivo para cocaína y sus derivados con un peso neto de 5,7 gramos.

PROCESADO: JEISON ALONSO NUÑEZ GARCÍA
DELITO: PORTE DE ESTUPEFACIENTES
DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

República De Colombia



*Tribunal Superior de Medellín
Sala Penal*

El 24 de mayo de 2016, ante el Juzgado 3° Penal Municipal con función de control de garantías de Bello, Antioquia, se legalizó la captura de JEISON ALONSO NÚÑEZ GARCÍA, se imputó el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (*artículo 376, inciso 2° del Código Penal*) conforme al verbo rector de *"llevar consigo"*, como autor, los cuales no fueron aceptados; finalmente, la Fiscalía declinó de la imposición de la medida de aseguramiento.

La Fiscalía radicó el escrito de acusación el 26 de mayo de 2016 y cuando se iba a realizar la audiencia para su formulación, 7 de octubre de 2016, se anunció que había un preacuerdo, el cual consistía en fijar la pena de prisión en 10 meses y 20 días, la multa en 1/6 parte de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes y el otorgamiento del subrogado penal; sin embargo, el Despacho reprobó el acuerdo debido a que el delito está excluido de la posibilidad de acceder a sustitutos penales conforme al artículo 68A *ibídem*.

Nuevamente, el 14 de marzo de pasado, se realizó la audiencia de acusación en la cual la Fiscalía anunció que se había llegado a otro preacuerdo con la defensa e imputado. Lo pactado fue que el acusado aceptaba su responsabilidad a cambio de que se le reconociera las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas reguladas en el canon 56 del Código Penal, además se pactaba la pena en 10 meses y 20 días de prisión. Acuerdo que sí fue aprobado.

Elementos materiales y evidencias físicas aportadas por la Fiscalía.

- 1) Informe ejecutivo —FPJ-11- sobre el reporte del inicio y el desarrollo de los actos urgentes (folios 19-23).
- 2) Informe de la policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia —FPJ-5- (folios 24-25).
- 3) Acta de derechos del capturado —FPJ-6 (folio 26).
- 4) Acta de incautación de elementos (folio 27).
- 5) Acta de verificación de derechos fundamentales (folio 28).
- 6) Reporte SPOA sobre antecedentes (folio 29).
- 7) Formato único de noticia criminal (folios 30-32).

PROCESADO: JEISON ALONSO NÚÑEZ GARCÍA
DELITO: PORTE DE ESTUPEFACIENTES
DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

República De Colombia



*Tribunal Superior de Medellín
Sala Penal*

- 8) Certificado de antecedentes disciplinarios (folio 33).
- 9) Consulta en línea de antecedentes y requerimientos judiciales (folio 34).
- 10) Informe de investigador de campo, prueba de identificación preliminar homologada de la sustancia incautada, que dio positivo para cocaína y sus derivados con un peso neto de 5,7 gramos —FPJ-11 (folios 35-37).
- 11) Informe de laboratorio -47383— con la prueba confirmatoria sobre que la sustancia incautada era cocaína (folios 38-39).
- 12) Informe de investigador de campo —FPJ-11, para solicitar antecedentes penales (folios 40-45).
- 13) Oficio 397496 SUBIN-GRAIC-1.9, emitido por el Ministerio de Defensa Nacional, sobre verificación de antecedentes (folios 46-47).
- 14) Oficio 0578/FGN-CTI.COP, emitido por el técnico investigador II Camilo Hernán Jiménez Pinzón, solicitando sentencias condenatorias (folio 48).
- 15) Oficio 2276 del 23 de septiembre de 2016, emitido por el Consejo Superior de la Judicatura (folios 49-51).
- 16) Solicitud prueba confirmativa (folio 52).
- 17) Solicitud de consulta en bases de datos pública y privada (folio 53).
- 18) Informe sobre consulta web de la Registraduría Nacional del Estado Civil (folio 54).
- 19) Formato de solicitud y análisis en EMP y EF —FPJ-12 (folios 55-56).
- 20) Informe de investigador de laboratorio (folios 57-59).
- 21) Consulta en bases de datos públicas y privadas (folios 60-67).
- 22) Entrevista realizada por la defensa al procesado (folio 68).
- 23) Acta de declaración extra juicio rendida por Javier Antonio Parra Amaya y María Rosalba Suárez de Correa, ante la Notaria Primera del Círculo de Bello (folio 69).
- 24) Examen médico de laboratorio, expedido por HATOLAB el 07 de octubre de 2016 (folio 70).

Al no observar vulneración de las garantías fundamentales, la señora juez procedió a emitir la sentencia correspondiente el pasado 8 de agosto, de conformidad con el preacuerdo realizado por el acusado, por la conducta que le fue imputada de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes descrito en el artículo 376 del C.P., en la modalidad de llevar consigo, modificado por el artículo 11 de la ley 1453 de 2011, reconociendo la

PROCESADO: JEISON ALONSO NÚÑEZ GARCÍA
DELITO: PORTE DE ESTUPEFACIENTES
DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

República De Colombia



*Tribunal Superior de Medellín
Sala Penal*

situación de marginalidad e imponiéndole la pena principal de 10 meses 20 días de prisión y multa de 1/6 parte de 2 smlmv.

De otra parte negó el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pues si bien se cumple con el requisito objetivo demandado por el artículo 63 del C.P., modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 del 20 de enero de 2014, para el otorgamiento del beneficio, la misma norma contempla que la gracia aludida restringió su procedencia a los casos en que no se cuente con antecedentes penales y no se trate de aquellos delitos excluidos por el artículo 68 A del CP, norma que a su vez fuera modificada por el artículo 32 de la referida Ley, en el cual se encuentra contemplados aquellos delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones. Normatividad que considera plenamente aplicable al caso *sub judice* pues los hechos ocurrieron con posterioridad a su entrada en vigencia.

ARGUMENTOS DE LA INCONFORMIDAD

Fundamenta la defensa su disenso en el argumento utilizado por la señora juez para negarle a su prohijado la concesión del sustitutivo penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Considera el recurrente que la decisión de la juez de negar el subrogado con el fundamento equívoco de que la Ley 1709 de 2014, que reformó el artículo 68A del Código Penal, excluye de la concesión del referido beneficio a aquellos condenados por delitos que tengan que ver con el tráfico de estupefacientes, pues en este caso se está frente a un consumidor habitual con dosis de aprovisionamiento.

Se refiere el inconforme a la decisión del 15 de agosto de la presente anualidad, proferida por la Sala de este Tribunal que preside el doctor José Ignacio Sánchez Calle, donde se dice que lo verdaderamente trascendental es la comprobación de un propósito ulterior que debe estar relacionado con el tráfico o distribución de estupefacientes, para significar el quejoso que como en el caso de NÚÑEZ GARCÍA no se probó fin diferente al consumo,

PROCESADO: JEISON ALONSO NÚÑEZ GARCÍA
DELITO: PORTE DE ESTUPEFACIENTES
DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

República De Colombia



*Tribunal Superior de Medellín
Sala Penal*

por lo cual procede el subrogado penal. También cita apartes de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado 44997 de 2017.

Conforme a lo anterior, solicita que se revoque parcialmente el fallo de primera instancia y en su lugar se conceda el subrogado penal a NÚÑEZ GARCÍA.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala es competente para despachar el asunto propuesto de conformidad con el artículo 34 numeral 1º de la ley 906 de 2004, con las limitantes expresas que sobre el particular nos imponen los artículos 31 de la CN y 20 inciso segundo de ese estatuto procesal, por ser el defensor apelante único.

Según se desprende del contenido del artículo 179 de la ley 906 de 2004 y de consolidada jurisprudencia sobre el particular, el recurso vertical le permite al superior revisar los aspectos inescindiblemente vinculados al objeto de apelación y, además, en caso de condena, no se podrá agravar la pena impuesta, salvo que el fiscal, el agente del Ministerio Público o el representante de las víctimas hayan interpuesto la alzada.

Para el caso que nos ocupa, si bien es cierto el abogado defensor recurrió la sentencia en punto a la negación del subrogado penal de la condena de ejecución condicional al condenado **JEISON ALONSO NÚÑEZ GARCÍA**, encuentra la Sala que la conducta desplegada por éste resulta atípica, lo cual debe ser declara en esta instancia. Veamos:

En punto a la ocurrencia de los hechos, objetivamente considerados, no existe discusión en torno a que **JEISON ALONSO NÚÑEZ GARCÍA** fue capturado en situación de flagrancia, en posesión de 5.7 gramos de cocaína y sus derivados, esto es un poco más de 5 dosis personales. Igualmente entre los elementos materiales probatorios aportados por la Fiscalía en razón del acuerdo celebrado entre las partes, se encuentra a más de la plena identidad del acusado y la calidad, cantidad y mismidad de la sustancia incautada, el arraigo y estudio socioeconómico¹ donde se deja constancia que la señora Gladys

¹ Folios 41 del cuaderno único.

República De Colombia



*Tribunal Superior de Medellín
Sala Penal*

Patricia Correa Suarez, le informa al policía judicial que "hace 15 días se había separado con el señor Jeison, ya que era muy vicioso...", también se cuenta con declaraciones extraprocesales juramentadas de los señores Javier Antonio Parra Amaya y María Rosalba Suárez de Correa, que refieren que el acusado es consumidor de marihuana y perico desde hace 10 años, pero que no es expendedor, igual se encuentra examen del laboratorio Hatolab, donde NÚÑEZ GARCÍA da positivo para cocaína (perico).

De lo anterior, claro se encuentra para la Sala que la condición de drogodependiente de NÚÑEZ GARCÍA, incluso así éste lo manifestó en la entrevista que rindiera ante la Defensoría del Pueblo el 7 de octubre de 2016, donde señaló que es consumidor habitual y dependiente de la cocaína, lo cual ha hecho por espacio de 15 años, pues es lo que le da fuerzas para aguantar el día.

Por su parte la Fiscalía no presentó prueba que mostrara que esa sustancia tenía un fin deferente al consumo del acusado, como la distribución o venta y, según el informe de captura, el estupefaciente lo llevaba en una bolsa negra que dejó caer al suelo al notar la presencia de los agentes de la policía.

En punto al porte de estupefacientes, abundante ha sido la jurisprudencia sobre este tema, aceptándose hoy por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que la posesión de pequeñas cantidades de estupefacientes que superen ligeramente la dosis personal establecida por el Legislador, destinada exclusivamente para el consumo del adicto, no vulnera el bien jurídico tutelado por la Ley, este es la salud pública, ya que el daño lo recibe el consumidor, no la comunidad en que está inmerso, es decir no se cumple con el principio de lesividad. Nuestro Tribunal de cierre en la sentencia de casación SP11726-2014, Rad. 33.409 de 3 septiembre de 2014, M. P. José Leónidas Bustos Martínez, explicó:

"En tal orden de ideas, puede llegar a sostenerse sin hesitación alguna que, pasados todos estos cambios legislativos y pronunciamientos de la Corte Constitucional, esta Sala mantiene su línea jurisprudencial en el sentido de que (i) el sólo porte de dosis para fines de uso exclusivamente personal de sustancias estupefacientes, en las cantidades y variedades establecidas por el legislador, es una conducta atípica, en cuanto no afecta bienes jurídicos ajenos, distintos de la propia salud del consumidor o del adicto; (ii) el suministro, distribución o venta de droga, o la sola tenencia o porte con fines de distribución, comercialización o venta sin permiso de autoridad

PROCESADO: JEISON ALONSO NÚÑEZ GARCÍA
DELITO: PORTE DE ESTUPEFACIENTES
DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

República De Colombia



Tribunal Superior de Medellín
Sala Penal

competente, a la luz del ordenamiento constitucional y legal vigente, constituyen conductas delictivas, por ende sancionables penalmente, así se trate de cantidades menores a aquellas identificadas en la ley como dosis para uso personal".

La misma corporación en la providencia SP15519-2014, radicado 42617 de 12 de noviembre de 2014, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, reiteró la posición según la cual la posesión de cantidades ligeramente superiores a la dosis personal no alcanza a lesionar bienes jurídicamente protegidos, por lo cual no genera responsabilidad penal. Además, de manera expresa, reconoció esta tesis como línea jurisprudencial pacífica.

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

En esta providencia se deja expresamente consignado:

"En esta ocasión se considera que la tesis principal que se ha erigido en línea jurisprudencial debe revisarse por cuatro razones fundamentales: 1) Porque en muchas de las decisiones de la Corte ya se contemplan argumentos constitucionales, doctrinales y de derecho comparado, que permiten vislumbrar la falta de lesividad del porte de estupefacientes para el consumo; 2) Porque prohija una doble naturaleza de la presunción de antijuridicidad en que se fundan los delitos de peligro abstracto: es iuris tantum para los eventos de exceso mínimo de la dosis personal y es iuris et de iure para las demás hipótesis, sin que exista una razón válida para una tal distinción generalizada y, además, es inconsecuente con la jurisprudencia que sobre ese punto se ha sostenido; 3) Porque a partir del Acto Legislativo N° 02 de 2009 se erigió al consumidor de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, especialmente al adicto, como sujeto de protección constitucional reforzada, lo cual impide que la misma condición que le hace merecedor de una discriminación positiva, a la vez, pueda constituir el contenido de injusticia de un delito; y, 4) Porque la tendencia contemporánea hacia la despenalización de las conductas de porte y conservación relacionadas con el consumo de drogas, la cual predomina en distintos sectores de los gobiernos locales, de los organismos internacionales, de la academia y de la sociedad en general; obliga a la judicatura a una reflexión permanente, por lo menos, en lo que hace a efectiva antijuridicidad de tales comportamientos."

De acuerdo a esta línea jurisprudencial, el porte de estupefacientes en cantidad superior a la establecida legalmente como dosis de uso personal, es una conducta típica que se

PROCESADO: JEISON ALONSO NÚÑEZ GARCÍA
DELITO: PORTE DE ESTUPEFACIENTES
DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

República De Colombia



*Tribunal Superior de Medellín
Sala Penal*

presume antijurídica. Sin embargo, como quiera que tal presunción ostenta carácter *iuris tantum*, la prueba de que su destino es el consumo estrictamente personal sin que apareje interferencia en derechos ajenos (orden socio-económico o la seguridad pública), desvirtúa tal suposición legal y, por ende, excluye la responsabilidad penal. En consecuencia, la cantidad de estupefaciente que se lleve consigo no es el único elemento definitorio de la antijuridicidad, sino sólo uno más de los que habrán de valorar los juzgadores a fin de determinar la licitud de la finalidad del porte.

Tesis que valga la pena reconocer ya venía exponiendo la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, desde el 18 de octubre de 2011, con ponencia del doctor Santiago Apráez Villota, integrante de esta Sala, en la que se presentaban argumentos similares que llegaban a la misma conclusión de la Corte.

De otra parte, en la sentencia citada (radicado 42.617) se llamó la atención a las autoridades de policía y los miembros de la Fiscalía para que dirijan su accionar en contra de los verdaderos narcotraficantes; **además de resaltar que en casos donde se ven involucrados consumidores la carga de la prueba le corresponde a la Fiscalía**, sin que sea posible dejársela sólo lo a la contraparte. Veamos:

"En adelante, la Fiscalía General de la Nación, la Policía Nacional y los órganos de policía judicial deberán dirigir su persecución hacia los verdaderos traficantes de narcóticos que son quienes lesionan o ponen en peligro efectivamente los bienes jurídicos tutelados. En cambio, a los consumidores habrán de brindarles la protección reforzada a que también están obligados por ser todas ellas autoridades estatales.

Ahora bien, lo anterior no implica que el consumidor que incurra en conductas de tráfico ilícito de estupefacientes, no pueda ser judicializado, porque en ese proceder sí trasciende su fuero interno afectando los bienes jurídicos de la salud pública, la seguridad pública y el orden socioeconómico.

Además, si bien la Fiscalía a la hora de demostrar, como le corresponde por ostentar la carga de la prueba en el proceso penal, cada uno de los presupuestos de la conducta punible, se beneficia de la presunción legal de antijuridicidad propia de los delitos de peligro abstracto como es el Tráfico, fabricación y porte de estupefaciente; lo cierto es que el tratamiento diferenciador impuesto a nivel constitucional, así como la racionalización del poder punitivo y de la actividad judicial, imponen un mayor rigor en el acopio de elementos de conocimiento previo a la formulación de una imputación, que permitan o ratificar o desvirtuar la presunción de lesividad de conductas como el porte o la tenencia, pues lo contrario implica el irrazonable y desproporcionado inicio

PROCESADO: JEISON ALONSO NÚÑEZ GARCÍA
DELITO: PORTE DE ESTUPEFACIENTES
DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

República De Colombia



*Tribunal Superior de Medellín
Sala Penal*

de causas cuya prosperidad dependería casi que exclusivamente de la capacidad probatoria de a contraparte.

En todo caso, con base en la valoración razonada de las pruebas o medios de conocimiento legalmente aportados por las partes, será al juez a quien corresponderá decidir si en evento de porte de estupefaciente se acreditó, o la antijurídica finalidad de tráfico o la legítima de consumo, con el propósito de que adopte la decisión que corresponda.”.

En concordancia con la tesis expuesta, así como la sostenida por esta Sala de tiempo atrás, se pronunció recientemente la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema objeto de análisis, señalando que si la persona supera el monto de la regulación inicial de la denominada dosis personal, pero se demuestra que es un adicto y que portaba la cantidad que sus particulares necesidades de consumo demandan –dosis de aprovisionamiento-, la conducta así desplegada deviene en atípica, variando así la manera en que hasta ahora la jurisprudencia venía entendiendo el delito en comento. Indicó la Corte:

"(...)

Si bien podría pensarse preliminarmente que media una contradicción entre lo dispuesto en la reforma constitucional (Acto Legislativo 02 de 2009), y las cantidades determinadas como dosis personal por el literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986, lo cierto es que la exposición de motivos de la aludida reforma constitucional fue clara en determinar que prohibir el porte de sustancias estupefacientes o psicotrópicas era «parte de una filosofía preventiva y rehabilitadora», por eso facultó al legislador para establecer medidas pedagógicas, profilácticas o terapéuticas destinadas a los consumidores, excluyendo la posibilidad de imponer penas de reclusión en establecimientos carcelarios.

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.

PROCESADO: JEISON ALONSO NÚÑEZ GARCÍA
DELITO: PORTE DE ESTUPEFACIENTES
DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

República De Colombia



Tribunal Superior de Medellín
Sala Penal

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.

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 la droga que les sea hallada.

Es que el querer del constituyente, como claro desarrollo de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado Colombiano, así como los desarrollos legislativos con las Leyes 1453 de 2011 y 1566 de 2012, permiten evidenciar la despenalización del porte de sustancias estupefacientes, sicotrópicas o drogas sintéticas en la cantidad prescrita por el médico o en la que se demuestre que la persona necesita, habida consideración de su condición y situación personal de consumidor, adicto o enfermo, esto es, una dosis, cuya cantidad debe ser representativa de la necesidad personal y de aprovisionamiento.

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.¹²

² Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, Sentencia 41.760 SP2940-2016 del 9 de marzo de 2016, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

República De Colombia



*Tribunal Superior de Medellín
Sala Penal*

Así la Corporación de cierre reconoce abiertamente que el consumidor o adicto a estupefacientes puede portar una cantidad diferente a la legalmente establecida como dosis personal, siempre que sea con la finalidad de su consumo personal y aprovisionamiento y no exista evidencia que indique una destinación diferente al consumo.

Así lo reitero en este año, la Sala Penal -de la Corte Suprema de Justicia³, luego de absolver a un procesado que fue detenido con una bolsa plástica que contenía 5.7 gramos de cocaína en el municipio de Bello, Antioquia. Estableció ese alto Tribunal **que la Fiscalía no pudo demostrar que la acción de llevar consigo esa cantidad de droga que para ese caso superó ampliamente la dosis personal, la hubiera hecho con el ánimo de traficarla, por lo cual merece ser tratado como enfermo y no como infractor de la Ley penal.**

Confirmado ese criterio en reciente decisión el Máximo Tribunal Ordinario, luego de analizar profundamente el tema, precisando 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)".*⁴

Como se vislumbra de la jurisprudencia transcrita, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, especialmente a partir del acto legislativo 02 de 2009, cambió su postura frente a los consumidores para aceptar finalmente que el porte de estupefacientes, incluida la dosis de aprovisionamiento, con el único fin de consumo es conducta atípica.

³ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, Sentencia 43.725 SP3605-2017 del 15 de marzo de 2017, M.P. Eugenio Fernández Carlier

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 44997-SP 1916/17.

PROCESADO: JEISON ALONSO NÚÑEZ GARCÍA
DELITO: PORTE DE ESTUPEFACIENTES
DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

República De Colombia



*Tribunal Superior de Medellín
Sala Penal*

Ahora, descendiendo al caso que nos ocupa, se tiene que el acusado NUÑEZ GARCÍA, quien llevaba consigo una cantidad de 5.7 gramos de cocaína y sus derivados en una bolsa plástica que tiro al suelo al notar la presencia de los policías, sin que se haya observado que la estuviera expendiendo o distribuyendo a cualquier título.

No puede soslayarse que la Fiscalía, como se anotó, es quien tiene la carga de la prueba, siendo así, no logró demostrar que la sustancia alucinógena incautada tuviera una finalidad distinta al consumo, por tanto se está de cara a una duda que debe ser resuelta a favor del procesado, razón por la cual aun estando frente a una terminación anticipada del proceso, debe procederse a decidir desde la perspectiva de la prevalencia del derecho sustancial, toda vez que se advierte que la conducta por la que resultó condenado NÚÑEZ GARCÍA se reporta carente de antijuridicidad material y se impone para el restablecimiento de los derechos fundamentales, no la nulidad, sino la emisión de un fallo absolutorio, en este sentido se pronunció en junio de la presente anualidad la Corte Suprema de Justicia, retomando jurisprudencia incluso del 2009, donde dijo:

“4.1.6 Diferente es que, en el ejercicio de control sobre el respeto de *garantías fundamentales*, se detecten situaciones *objetivas* que, sin modificar los enunciados fácticos que por virtud del allanamiento se entienden admitidos por el acusado, comportan una evidente imposibilidad de declarar la responsabilidad, en los términos exigidos por el derecho penal sustantivo (art. 9º inc. 1º C.P.). Por ejemplo, cuando la conducta atribuida al procesado deviene atípica o carece de antijuridicidad en sentido material.

En tales eventualidades, la jurisprudencia ha reconocido la vulneración del debido proceso en su componente de legalidad, *en tanto garantía fundamental*. No obstante, por tratarse de un aspecto *objetivo* que imposibilita la emisión de una sentencia condenatoria, la Sala ha determinado que la solución adecuada para el restablecimiento de tal prerrogativa *iuris fundamental* no es la nulidad, sino la emisión de un fallo absolutorio.

Al respecto, en la SP 8 jul. 2009, rad. 31.531, en un caso donde un imputado por porte de estupefacientes fue condenado en virtud de allanamiento, pese a que la droga que llevaba consigo estaba destinada para su uso personal, la Corte estableció que la conducta no comportaba antijuridicidad en sentido material⁵, razón por la cual dictó sentencia absolutoria.

En esa oportunidad, la Sala puso de presente que la renuncia al juicio y a las garantías a éste inherentes de ninguna manera implica el desistimiento de las demás prerrogativas en cabeza de quien es procesado penalmente, así sea por la vía del procedimiento abreviado, activado por la vía de la aceptación de culpabilidad”

⁵ Dicha postura, desde la perspectiva dogmática, fue modificada por la Sala para adoptar la solución de ausencia de responsabilidad por *atipicidad* de la conducta. Cfr. CSJ SP 6 abr. 2016, rad. 43.512.

PROCESADO: JEISON ALONSO NÚÑEZ GARCÍA
DELITO: PORTE DE ESTUPEFACIENTES
DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

República De Colombia



*Tribunal Superior de Medellín
Sala Penal*

Conforme a lo anterior, tratándose de una sentencia anticipada, lo esencial es que se constituye en una renuncia a los ejercicios de oralidad, publicidad, inmediación, concentración, práctica de pruebas y contradicciones fácticas, renunciadas entre las que no se incluyen el despojo de la presunción de inocencia, ni al debido proceso preestablecido, ni a los principios rectores de las pruebas de necesidad, motivación, licitud, ni mucho menos renuncia al derecho de defensa. En el anterior entendido, cuando se trate de la protección de garantías fundamentales de repercusiones sustanciales, como sería este caso, por menoscabo del principio antijuridicidad material y ausencia de lesividad, lo procedente es absolver.

A más de lo anterior, tal como se presentaron los hechos, se puede inferir razonablemente que la sustancia incautada era para el propio consumo de su portador, en cantidad de 5.7 gramos, contándose además con la entrevista del aprehendido, la excompañera, dos amigos y hasta prueba de laboratorio, que dan cuenta de la condición de adicto y consumidor de tiempo atrás de este tipo de sustancias psicoactivas, lo cual hace que a juicio de la Sala la conducta reprochada carezca de tipicidad, por tanto se impone la revocatoria de la condena impuesta al acusado **JEISON ALONSO NÚÑEZ GARCÍA**.

Decisión que resulta acorde con la dogmática fundante de nuestro sistema penal, respetuosa de los principios de la dignidad de la persona humana, de la necesidad de intervención del aparato punitivo, del acto y lesividad del bien jurídico protegido, para concederle a un enfermo el tratamiento de un delincuente, apartándolo del tratamiento terapéutico que necesita, destinándolo a una cárcel, con todos los inconvenientes que hoy agobian a la población carcelaria, que ciertamente no es el modelo de resocialización de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Como en la sentencia de primera instancia se ordenó la captura de NÚÑEZ GARCÍA, se dispone su cancelación sin esperar a la audiencia de lectura y comunicación para efectos de publicidad.

PROCESADO: JEISON ALONSO NÚÑEZ GARCÍA
DELITO: PORTE DE ESTUPEFACIENTES
DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

República De Colombia



*Tribunal Superior de Medellín
Sala Penal*

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, por mandato constitucional, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE: REVOCAR INTEGRAMENTE** el fallo de naturaleza y origen relacionados en la parte motiva, por el cual se condenó al señor **JEISON ALONSO NÚÑEZ GARCÍA**, por la conducta punible de **PORTE ILEGAL DE ESTUPEFACIENTES**, en su lugar se **ABSUELVE** de los cargos formulados en el escrito de acusación. En consecuencia, se ordena la cancelación de la orden de captura, sin esperar a la audiencia de lectura y comunicación para efectos de publicidad. Decisión aprobada por la Sala y leída en audiencia celebrada para tal efecto, en sesión de la fecha, según consta en el acta respectiva. Decisión aprobada por los Magistrados que integran la Sala y leída en audiencia celebrada para tal efecto, en sesión de la fecha, según consta en el acta respectiva. Este fallo queda notificado en estrados y contra el mismo procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

Magistrado Ponente

SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA

Magistrado

ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Magistrado

PROCESADO: JEISON ALONSO NÚÑEZ GARCÍA
DELITO: PORTE DE ESTUPEFACIENTES
DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA