

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE PENAL

AUTO INTERLOCUTORIO N° 055 - 2019

Rdo. 05-001-60-00206-2019-07144–2da-instancia

PROCESADO	CARLOS SEBASTIAN RAMÍREZ ALVIS		
DELITOS	TRAFICO, FABRICACION O	PORTE	DE
	ESTUPEFACIENTES		
ASUNTO	NIEGA PRECLUSION		
ORIGEN	JUZGADO 8 PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN		
DECISIÓN	REVOCA Y DECRETA LA PRECLUSIÓN		
MAG. P.	HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA		

APROBADO MEDIANTE ACTA N° 047

(Sesión del veinte (20) de agosto de 2019)

Medellín, veintidós (22) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación presentado por la Fiscal 179 Seccional, contra la decisión proferida por la Juez Octava Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, quien no accedió a decretar la preclusión de la investigación solicitada.

ANTECEDENTES

Hechos: A las 21:40 horas del 21 de marzo pasado, agentes de la Policía Nacional que realizaban labores de patrullaje en la carrera 65 con calle 23, barrio Trinidad de Medellín, requisaron a una persona que les pareció sospechosa, encontrándole en la pretina de la sudadera una bolsa que contenía una sustancia que por sus características de color y olor eran semejantes a los derivados de la marihuana, razón para darle captura, siendo identificado como **CARLOS SEBASTIÁN RAMÍREZ ALVIS**, quien fuera dejado a disposición de las autoridades

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PENAL

competentes. La prueba preliminar realizada a la sustancia incautada arrojó como resultado 505.5 gramos de cannabis y sus derivados.

Actuación procesal: El 22 de marzo de 2019, ante el Juzgado Diecisiete Penal Municipal de Medellín, fue llevado el señor **CARLOS SEBASTIAN RAMÍREZ ALVIS**, para realizar las correspondientes audiencias preliminares, legalizándose la captura y formulándose imputación como autor de la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en su verbo rector llevar consigo, cargos que no fueron aceptados, declinándose de la medida de aseguramiento, razón para dejarlo en libertad.

El 21 de junio pasado, la Fiscalía radicó escrito de acusación, correspondiéndole por reparto al Juzgado Octavo Penal del Circuito de Medellín, donde se fijó fecha para la audiencia de formulación el 27 de julio siguiente, momento en el cual se cambió la pretensión punitiva por la de preclusión, la cual fue despachada desfavorablemente, ordenando que se continué con la investigación hasta su perfeccionamiento, decisión contra la cual se interpuso recurso de apelación por la Fiscalía y la defensa.

SOLICITUD DE PRECLUSIÓN

La señora Fiscal expuso que el motivo para retirar la acusación y hacer la solicitud de preclusión es porque no se encontraron elementos materiales probatorios para hacer una modificación fáctica o jurídica al informe de captura donde se dio cuenta que se trató de la requisita callejera a un ciudadano que llevaba una sustancia estupefaciente en rama, sin estar distribuida en cigarrillos.

Una vez se verificó el arraigo, el patrullero Víctor Barragán González señaló que se comunicó con el señor Luis Fernández Arabia, hermanastro de CARLOS SEBASTIÁN RAMÍREZ ALVIS, quien adujo que éste era consumidor de marihuana por más de 8 años, pero que no ha estado en centros de rehabilitación; igual, el imputado dio cuenta en la Defensoría Pública, al momento de ser entrevistado en las audiencias



SALA PENAL

preliminares, que consumía marihuana desde hacía 10 años; y, en la reseña dactilar practicada en esa fecha se notaron vacíos en sus huellas, lo cual es compatible con la ingesta de sustancias estupefacientes.

La cantidad de sustancias de estupefacientes no obstante ser considerable porque fueron 505.5 gramos de marihuana, sobrepasando de manera considerable la cantidad permitida para el porte que son 20 gramos, o sea en más de 24 la dosis permitida, no alcanza ese solo elemento material a desentrañar la finalidad del porte del estupefaciente como para un fin lesivo a la salud pública.

No hay elementos materiales probatorios para establecer ese fin dañino, lo cual obliga a la Fiscalía a pedir la preclusión de la investigación con fundamento en la causal 4ª del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, por atipicidad de la conducta, toda vez que el imputado atentaba contra su propia salud; que de no aceptarse la solicitud por esa causal, entonces invoca la del numeral 6º, ante la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, toda vez que el imputado confesó ser consumidor de sustancias estupefaciente ante la Defensoría y un hermano así lo corroboró en la verificación de arraigo.

Continuar adelante con este juicio llevaría a una sentencia absolutoria, toda vez que cualquier duda por orden constitucional y legal, debe ser resuelta a favor del procesado; de todas maneras, con los elementos materiales de prueba que tiene, no hay siquiera un indicio para inferir la distribución o venta de la misma, sin que tenga sentido que el Estado se siga desgastando en una investigación que no va a llegar a un término de interés para la justicia penal.

Las personas consumidoras de estupefacientes merecen por parte del Estado un tratamiento rehabilitador y no la intervención del derecho penal, en ese orden de ideas, reitera la Fiscalía la solicitud de preclusión y deja a disposición de las partes los elementos materiales probatorios con que cuenta.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PENAL

DECISIÓN QUE SE REVISA

La Juez anticipa que no acogerá la solicitud de preclusión por considerar que no se está ante ninguno de los eventos que describe el artículo 332.

Resulta indiscutible que el ciudadano CARLOS SEBASTIAN RAMIREZ ALVIS fue capturado en un procedimiento rutinario, en posesión de una bolsa que contenía sustancia estupefaciente en rama, determinándose que era marihuana, con un peso superior a 505 gramos. Es conocedora de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en las que se indica que, para efectos de acreditar la responsabilidad de una persona investigada por el delito de porte de estupefacientes, no basta con que se confirme el simple porte, sino que la Fiscalía General de la Nación debe demostrar también un elemento subjetivo al que se ha referido la Corporación, como es la finalidad del tráfico de la sustancia estupefaciente.

Respecto de este sustento jurisprudencial propuesto por las partes se señala que las diferentes decisiones de la Corte Suprema de Justicia hacen referencia en todos los eventos a cantidades mínimas de sustancias estupefacientes y en el caso que nos convoca, la cantidad incautada en efecto superó la mitad de lo que describe y prohíbe el inciso 2º del artículo 376 del Código Penal, que sanciona el porte de hasta mil gramos de sustancias estupefacientes.

En las decisiones judiciales debe hacerse el análisis con criterios de razonabilidad, pues llevarse al extremo sería tanto como indicar que una persona que lleva en su poder 2 kilos de cocaína le basta con manifestar que es consumidora de sustancias estupefacientes para que la Fiscalía General de la Nación se sienta en un evento concreto sin evidencia para lograr una declaración de condena.

En el caso puede ser factible que la transportara para distribuirla en consideración al peso neto de la sustancia incautada, que en criterio del Despacho no resulta

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PENAL

razonable que lo tenga una persona para su propio consumo, como dosis de aprovisionamiento.

Adicionalmente, aunque el ciudadano aparentemente reside en el municipio de la Ceja, Antioquia, el Juzgado le envió citación a la dirección por él informada y fue devuelta por la oficina postal 4/72, es decir que esa información suministrada por el procesado no ha podido ser confrontada; el mismo defensor indicó que marcó a los números telefónicos que tenía a su disposición, mismos que aparecen en el escrito de acusación, sin obtener comunicación.

La cantidad de estupefaciente en este caso no es razonable, atendiendo al peso neto de la sustancia incautada, que supera la mitad de la que describe y prohíbe el inciso 2° del artículo 376 C.P., por lo cual no permite predicar que era para su propio consumo.

No puede desconocerse el peso neto de la sustancia incautada y el simple hecho de que una persona manifieste que es un consumidor no legitima a la Fiscalía para que acuda a solicitar la preclusión.

Así las cosas, estima el Juzgado que para efectos de poder considerar en un evento específico la cantidad de sustancias estupefacientes, sería si científicamente se pudiera señalar cuál es la cantidad de sustancias estupefacientes que consume la persona día a día y qué necesita, pero esta conclusión no se encuentra, es completamente especulativa, en estas condiciones no es dable predicar que se está ante una conducta atípica por falta de lesividad ni ante un evento de imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia por duda, en consecuencia niega la solicitud de preclusión.

LA IMPUGNACIÓN Y SUS ARGUMENTOS

La delegada Fiscal interpuso el recurso de apelación con el fin de que se revoque la decisión de la juez *A quo*, pues es sabido que es más dañina la cocaína y sin

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PENAL

embargo se ha llegado a precluir en casos con hasta con 150 gramos de esa sustancia por el Tribunal Superior de Medellín porque no se demostró la finalidad del porte de la sustancia estupefaciente.

El análisis de la juez resulta especulativo, cuando señala que lo podía tener para distribuir, vender, organizar y envolver en cigarrillos o en dosis distribuibles, lesionando la salud pública; siempre quedará la duda que, por orden constitucional y legal, tenemos que resolver a favor del ciudadano judicializado y esa es la óptica que ha tomado la Fiscalía a raíz de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia.

Hay muchas personas enfermas y consumidoras de sustancias estupefacientes, a las cuales no le resulta suficiente 1 gramo de cocaína, ni tampoco 20 gramos de marihuana, es esto lo que se ha entrado a valorar y sopesar para señalar hasta qué punto es realmente justo condenar una persona y mandarla para la cárcel porque lleva poco más de la sustancia estupefaciente permitida en la Ley.

El ciudadano frente al cual se solicita la preclusión no posee antecedentes, solo tiene esta anotación en el sistema SPOA; también está la información que se obtuvo al momento de la captura y las manifestaciones que dio en la Defensoría Pública, donde aceptó que es consumidor, sumado a su medio hermano que indicó lo mismo, así las cosas, entiende la Fiscalía que es procedente la preclusión.

Por su parte el defensor solicita revocar la decisión de la señora juez de primera instancia, al considerar que esta resolvió en forma especulativa la solicitud de preclusión, indicando que la sustancia incautada puede ser empacada y distribuida.

La marihuana es medicinal, entonces entrando el ámbito de las especulaciones y hablando en esos términos, el imputado pudo haberle hecho un favor a su señora madre o algún familiar de adquirir la marihuana para un problema de traumatismo.

La Corte Suprema de Justicia en punto al tema de la dosis de aprovisionamiento, en varias providencias da cuenta que el adicto no puede tratarse de manera igual,

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PENAL

hay que establecer cuantas porciones puede consumir al día, en una semana o en un mes. A la *A quo* le asustan 505 gramos de marihuana, los cuales fueron incautados en rama, no estaban en porciones, lo cual sería el primer elemento que da cuenta de que se puede tratar de una dosis de aprovisionamiento.

La jurisprudencia reiterada de las altas Cortes ha dejado sentado que si la Fiscalía no logra demostrar la destinación distinta al consumo que tiene la droga, dejó la puerta abierta para absolver, es por ello que solicita revocar la decisión de primera instancia y en su defecto decretar la preclusión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Le asiste competencia a esta Sala de decisión para abordar el tema sometido a su consideración según lo estipulado en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, que la faculta para conocer del recurso de apelación contra los autos que en primera instancia profieran los Jueces Penales de Circuito, categoría que ostenta el *A quo*.

Se destaca que la Fiscalía presentó la petición de preclusión con sustento en la causal 4 del artículo 332 de la Ley 906 del 2004, además tiene competencia para investigar y eventualmente acusar, como se concluye de la interpretación sistemática de los artículos 250 de la Carta y 34 de la Ley 906 de 2004.

En efecto, el artículo 250 superior consagra la denominada cláusula general de competencia, según la cual le corresponde a la Fiscalía General de la Nación adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No obstante, los delegados fiscales deben acudir ante el juez de conocimiento para efectos de solicitar la preclusión de la investigación, en los eventos previstos en la ley y cuando no exista mérito para acusar, así lo dispone el artículo 331 del C.P.P.



SALA PENAL

En palabras de la Corte Suprema de Justicia¹, podemos afirmar que en los eventos en los cuales la Fiscalía solicita preclusión debe presentarse: *"...ausencia de interés del Estado en agotar la actuación procesal prevista por el legislador para ejercer la acción penal, dando paso a un mecanismo extraordinario por virtud del cual pueda cesar de manera legal la persecución penal."*

Por su parte en el dispositivo 332 *ibídem* se consagran las causales preclusivas de la siguiente manera:

1. *Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.*
2. *Existencia de un motivo que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.*
3. *inexistencia del hecho investigado.*
4. ***Atipicidad de del hecho investigado.***
5. *Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.*
6. *Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.*
7. *Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del CPP. (Negrilla fuera del texto).*

Ahora bien, el decreto de preclusión debe adoptarse en cualquier etapa de la actuación, una vez establecida la concurrencia de las causales de extinción de la acción penal previstas en el artículo 77 del Estatuto Procesal Penal: *muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, caducidad de la querella, desistimiento y demás casos contemplados por la Ley.*

Es clara entonces la subordinación de la Fiscalía en el ejercicio de la función jurisdiccional que ejercitan los Jueces de la República en punto de la preclusión de la investigación. Esto es, no existe duda en que la Fiscalía General de la Nación es la titular de la pretensión punitiva y hasta cierto punto posee la autonomía (discrecionalidad reglada) en el poder-deber de investigar los delitos y acusar a los infractores de la ley penal; sin embargo, tratándose de la preclusión de la investigación, dada la trascendencia de tal decisión, pues de decretarse haría

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 22.855 del 25 de mayo de 2005.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PENAL

tránsito a cosa juzgada, corresponde al juez de conocimiento determinar en cada caso concreto si el ente investigador acredita la existencia de la causal avisada.

Sobre el tema el Tribunal de Cierre señala que: *“La Ley 906 de 2004 no limita las oportunidades en las cuales es posible presentar una solicitud de preclusión, además, la negativa a declarar la preclusión investigativa no comporta la obligación de imputar cargos o presentar escrito de acusación”².*

En el presente caso se invoca la causal preclusiva contenida en el numeral 4 del artículo 332 del C.P.P. *“atipicidad del hecho investigado”*, y para el efecto la Fiscalía pone a disposición los exiguos elementos probatorios que en su criterio demuestran que en este caso concreto se configura la causal invocada.

Ubicado el tema, se ocupará la Sala en examinar el problema jurídico que se plantea a través del recurso de alzada, que no es otro que la preclusión por la causal citada, al considerar la Fiscalía que en este caso la conducta desplegada por CARLOS SEBASTIÁN RAMÍREZ ALVIS, de quien se expone es consumidor de sustancias estupefacientes, no vulnera el bien jurídico tutelado de la Salud Pública, pues la cantidad de marihuana incautada al momento de su captura en flagrancia, apenas se constituye en dosis de aprovisionamiento, en consecuencia la conducta desplegada carece de antijuridicidad material y por lo tanto deviene en atípica.

Para el efecto, según lo enseña el máximo Tribunal, el juez ante el cual se eleva la petición de preclusión debe aplicarse en el análisis de los elementos allegados a la actuación con miras a verificar si se cumplen o no los presupuestos formales y materiales consagrados en los artículos 332 y 333 de la Ley 906 de 2004 para decretar la preclusión de la investigación, decisión trascendental si se tiene en cuenta que hace tránsito a cosa juzgada.

² Sentencia 39817 del 31 de octubre de 2012: MP. María del Rosario González Muñoz.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PENAL

Al margen de lo anterior, es necesario que la Sala realice algunas reflexiones sobre el tema del porte de estupefacientes y la denominada dosis de aprovisionamiento, con miras a arrojar mayor claridad sobre el caso que ocupa su atención.

En punto al porte de estupefacientes, abundante es la jurisprudencia sobre el tema, aceptándose en principio por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que la posesión de estupefacientes que superen 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 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



SALA PENAL

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 prohíja 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 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.



SALA PENAL

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



SALA PENAL

En concordancia con la tesis expuesta, así como la sostenida por esta Sala de tiempo atrás, se pronunció 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.

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



SALA PENAL

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.”³

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**

³ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, Sentencia 41.760 SP2940-2016 del 9 de marzo de 2016, M.P. Eugenio Fernández Carlier.



SALA PENAL

personal y aprovisionamiento y no exista evidencia que indique una destinación diferente al consumo.

Así lo reitero la Sala Penal -de la Corte Suprema de Justicia⁴, 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 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)".*⁵

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.

Ahora bien, en el caso bajo estudio se tiene que el imputado RAMÍREZ ALVIS llevaba consigo una cantidad de 505.5 gramos de marihuana en una bolsa plástica en la pretina de su sudadera, la cual fue entregada voluntariamente a los policías

⁴ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, Sentencia 43.725 SP3605-2017 del 15 de marzo de 2017, M.P. Eugenio Fernández Carlier

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 44997-SP 1916/17.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PENAL

al momento de la requisa, sin que se haya observado que la estuviera expendiendo o distribuyendo a cualquier título y la forma en la que la portaba no dio cuenta de que estuviera fraccionada para la venta.

No desconoce la Sala que la cantidad de estupefacientes sobrepasaba en mucho la dosis permitida por el legislador, sin embargo, no existen elementos que permitan desvirtuar esa presunción de inocencia que cobija al RAMÍREZ ALVIS, como lo reconoce la Fiscalía en su solicitud de preclusión, más bien los elementos de juicio apuntan a colegir razonadamente que la cantidad de sustancia estupefaciente encontrada al ciudadano estaba destinada a su consumo personal, como dosis de aprovisionamiento.

No puede soslayarse que la Fiscalía, como se anotó, es quien tiene la carga de la prueba y, en este caso, ella misma indica que no tiene forma de demostrar que el alucinógeno incautado tuviera fin distinto al consumo por parte de RAMÍREZ ALVIS, sin embargo para la juez sólo sería admisible la preclusión *"... de poder considerar en un evento específico atendiendo la cantidad de sustancias estupefacientes que fue hallada en este caso, eventualmente estas circunstancias sería admisible si científicamente pudiéramos señalar cuál es la cantidad de sustancias estupefacientes que consume la persona día a día y qué necesita, pero en el evento en concreto esa conclusión o esa conclusión o esa manifestación es completamente especulativa"*; sin embargo, debe recordarse que en Colombia está excluida la tarifa legal y ciertamente cada consumidor tiene sus necesidades particulares, pero lo cierto es que a falta de ello, se tiene que desde el primer acercamiento con la Defensoría Pública y al momento de la verificación de arraigo, se determinó que el implicado era consumidor de cannabis, es decir de la sustancia que portaba, sin que se cuente con ningún elemento que lo contradiga, por lo cual para la Sala se está de cara a una duda que debe ser resuelta a favor del indiciado como lo alega el acusador, 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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PENAL

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.

Con esta precisión, sin necesidad de realizar mayores elucubraciones sobre el particular y bajo el escenario descrito, en criterio de esta Sala debe revocarse la decisión adoptada por el juez de primera instancia de precluir la investigación penal en este caso.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, Sala de Decisión Penal, **RESUELVE: REVOCAR** la decisión de origen y fecha indicados por medio de la cual la Juez Octava Penal del Circuito de la ciudad, en su lugar se accede a la petición de preclusión realizada por la Fiscalía en favor de **CARLOS SEBASTIÁN RAMÍREZ ALVIS**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído. Así fue discutida y aprobada en Sala por los Magistrados que la integran, en sesión de la fecha, según consta en el acta respectiva. Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado Ponente

SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA
Magistrado

FROILÁN SANABRIA NARANJO
Magistrado

RADICADO: 2019-07144
PROCESADA: CARLOS SEBASTIAN RAMÍREZ ALVIS
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN, PORTE DE ESTUPEFACIENTES
DECISIÓN: REVOCA Y DECRETA PRECLUSIÓN
ORIGEN: JUZGADO 8 PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA