PRESUNCIÓN DE ANTIJURIDICIDAD/ Admite prueba en contrario en la conducta de porte de sustancias que exceden el límite permitido/ Adicción a estupefacientes/ Duda a favor del acusado

“(…) en criterio del Tribunal, existen argumentos tanto en pro como en contra para establecer la antijuridicidad de la conducta atribuida, es decir, que tan podría concluirse que el alcaloide lo llevaba consigo con fines de expendio (según lo indicó la fuente), como igualmente para decir que estaba en poder del mismo solo para su personal consumo sin afectar al colectivo (de conformidad con la información allegada con posterioridad); así que, ante la duda existente, la Corporación debe inclinarse por la determinación más favorable para el acusado, que no es otra que un fallo de carácter absolutorio.”

Citas: Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 12 noviembre de 2014 -rad. 42617-. Tribunal Superior de Pereira, Sala Penal, autos del 22 de enero de 2016 -rad. 6600160000352013023480126-, 26 de marzo de 2015 -rad. 66001600003520120371701-, 26 de mayo de 2015 -rad. 660016000003520130503501- y 3 de junio de 2015 -rad. 66001600003520130488901-.

 **REPÚBLICA DE COLOMBIA**

 **PEREIRA-RISARALDA**

 **RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

 JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

 Pereira, veintitrés (23) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

 ACTA DE APROBACIÓN No 142

 SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura:  | Febrero 24 de 2016, 9:36 a.m. |
| Imputado:  | EARG |
| Cédula de ciudadanía: | 1´088.537.067 expedida en Apía (Rda.) |
| Delito: | Tráfico de estupefacientes |
| Procedencia: | Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la defensa contra el fallo de condena de noviembre 26 de 2014. SE REVOCA |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- Lo ocurrido

Los hechos jurídicamente relevantes y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, son:

1.1.- Dan cuenta los registros, que en abril 06 de 2014 a las 21:42 horas, personal adscrito a la Policía Nacional del municipio de Apía (Rda.) que realizaba patrullaje por el cuadrante 2 barrio Jaime Rendón Obando, recibió información mediante llamada telefónica de un ciudadano que no se identificó, que en el sector de la galería se encontraba una persona de sexo masculino expendiendo estupefacientes, conocido con el alias de “Caballo”, del cual se suministraron las características morfológicas y prendas de vestir, por lo que de inmediato se dirigieron al lugar y visualizaron al referido sujeto, quien al notar la presencia de los uniformados emprendió la huida. Durante la persecución los gendarmes observaron que éste llevaba en su mano una bolsa plástica transparente que arrojó al piso, y una vez verificaron el contenido de la misma determinaron que en su interior se hallaban 3 bolsas más del mismo material con sustancia pulverulenta con características similares a basuco, lo que dio lugar a su captura en la calle Jamaraya frente a la nomenclatura No 9-16.

Al ser sometida la sustancia a la correspondiente diligencia de identificación y pesaje preliminar P.I.P.H., arrojó resultado positivo para cocaína y sus derivados, con un peso neto de 4.0 gramos.

1.2.- A consecuencia de ese hallazgo y a instancia de la Fiscalía, se llevaron a cabo ante el Juzgado Promiscuo Municipal con funciones de control de garantías de Apía (Rda.) (abril 07 de 2014) las audiencias preliminares por medio de las cuales: (i) se legalizó la aprehensión; (ii) se imputó autoría en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, tipificado en el inciso 2º el artículo 376 del Código Penal, verbo rector “llevar consigo”, cargo frente al cual el indiciado GUARDÓ SILENCIO; y (iii) se ordenó la libertad del procesado, toda vez que se retiró la solicitud de medida de aseguramiento.

1.3.- Ante esa no aceptación unilateral a los cargos formulados, la Fiscalía presentó formal escrito de acusación (julio 03 de 2014)) por medio del cual se atribuyó el mismo cargo, cuyo conocimiento fue asignado al Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía (Rda.), autoridad que convocó para la correspondientes audiencias de formulación de acusación (julio 28 de 2014), preparatoria (septiembre 03 de 2014), y juicio oral (octubre 28 de 2014), al cabo del cual se anunció una decisión de carácter condenatoria, de la que se dio lectura (noviembre 26 de 2014), con el siguiente resultado: (i) se condenó al acusado en congruencia con los cargos imputados; (ii) se le impuso sanción privativa de la libertad de 64 meses, multa de 1´232.000, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal de prisión; y (iii) se le negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por expresa prohibición legal.

1.4.- La defensa no estuvo de acuerdo con esa determinación y la impugnó, a consecuencia de lo cual pasó a sustentar la alzada en forma oral, y los registros fueron remitidos a esta Colegiatura para definir lo pertinente.

2.- Debate

**2.1-** Defensa -recurrente-

Solicita que se revoque la decisión de carácter condenatorio emitida por el funcionario a quo, para que en su lugar se absuelva a su representado del punible que le fue endilgado, y se ordene su libertad inmediata. Como fundamento de su petición expone:

No controvierte que en abril 06 de 2014 su defendido portaba 4.0 gramos de cocaína, lo cual dio lugar a su aprehensión, pero por parte de la Fiscalía no se demostró nada diferente al verbo rector “llevar consigo”, de lo cual debe inferirse que esa sustancia era para su consumo.

Con los testimonios de FELIX EDUARDO BLANDÓN, CARLOS JULIO RAMÍREZ y JUAN CAMILO GAVIRIA, personas que conocen desde hace muchos años a EARG, se demostró que éste es una persona adicta a los estupefacientes, ya que fueron enfáticos en decir que lo han visto consumiendo ese tipo de sustancias, e incluso, afirmaron que ello es de público conocimiento en el municipio.

En el momento de la individualización de la pena, se introdujo la historia clínica de la valoración por siquiatría que le fue realizada a su prohijado, en la cual el profesional concluyó que efectivamente éste es consumidor de estupefacientes.

De esa manera se probó dentro del proceso, y no quedó duda al respecto, en cuanto a que verdaderamente EARG es adicto a las sustancias alucinógenas, y que estamos frente a una persona enferma y no frente a un delincuente; no obstante, el juez consideró que debido a que la cantidad de la sustancia superó en 3 veces la dosis contemplada como personal, debía sancionarse su conducta.

El punto de discusión es si a pesar de haberse demostrado la calidad de consumidor del acusado, por el hecho llevar consigo 4.0 gramos de cocaína es un imperativo legal proferir en su contra una sentencia de condena, o si por el contrario, a esa cantidad en manos de un adicto no puede dársele la connotación de una conducta punible, ya que lo considera como su dosis personal, razón por la que debe ser absuelto, y brindársele un tratamiento diferencial por parte de las autoridades.

Al respecto la H. Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado recientemente en sentencia 42617 de noviembre 12 de 2014, cuyo aparte pertinente cita, y en la cual se concluyó que la decisión absolutoria proferida en primera y segunda instancia a favor de una persona con 52 gramos de marihuana y 0.8 de cocaína, fue correcta, porque se demostró su condición de consumidor y adicto, y ello permite catalogarlo como un enfermo y no como un delincuente, y en ese sentido la Corporación llamó la atención del Estado para que a ese tipo de personas se le garantice una especial protección por parte de las entidades.

**2.2.-** Fiscalía -no recurrente-

Sostiene que debe confirmarse el fallo de responsabilidad emitido por la primera instancia, con fundamento en lo siguiente:

La sentencia condenatoria proferida por el juez de primer nivel es el resultado de la valoración de todas las pruebas practicadas y allegadas a la actuación, de conformidad con las cuales se determinó a la existencia de los hechos y la responsabilidad del acusado en calidad de autor y a título de dolo.

No se pueden olvidar las circunstancias que rodearon la captura del señor **EARG**, puesto que según lo informado por los agentes captores en sus declaraciones, previo a su aprehensión recibieron información en cuanto a que éste, quien es bastante conocido en el municipio, estaba en el sector de la galería al parecer expendiendo estupefacientes, por lo que se trasladaron hasta ese lugar, y allí lo encontraron, mas no estaba consumiendo estupefacientes. Dicho ciudadano al notar la presencia policial huyó con el fin de evadirlos, pero lograron alcanzarlo y ver cuando arrojó una bolsa que contenía el alcaloide.

Si esa sustancia estupefaciente era para el consumo, como se afirma, de acuerdo con lo establecido el literal J del artículo 2º de la Ley 30/86, declarado exequible en la sentencia C-221/94, la dosis personal para cocaína es de 1 gramo, disposición a la que el señor **EARG** debía ceñirse, pero éste sobrepasó esa cantidad, por lo que es responsable de la conducta punible por la que fue condenado.

De permitirse que la dosis legal se sobrepase al capricho de las personas o de acuerdo con las necesidades que éstas tengan, se estaría patrocinando otro tipo de delitos relacionados con el narcotráfico, y precisamente en la sentencia 35978 de agosto 17 de 2011, se consignó que las personas consumidoras de sustancias estupefacientes que llevan cantidades que superen la cantidad permitida deben responder penalmente por ese hecho.

3.- Para resolver, SE CONSIDERA

**3.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la defensa-.

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

Al Tribunal le corresponde establecer si la decisión condenatoria proferida por la primera instancia en contra del aquí implicado se encuentra ajustada a derecho, y para tal efecto es necesario determinar si en el presente caso puede desvirtuarse la presunción de antijuridicidad de la conducta de tráfico de estupefacientes en la modalidad de “llevar consigo”, que le fue endilgada al acusado, y en consecuencia hay lugar a absolverlo en aplicación del precedente de la H. Corte Suprema de Justicia consignado en la sentencia CJS SP, 12 nov. 2014, rad. 42617.

**3.3.- Solución a la controversia**

No observa la Colegiatura existencia de vicios sustanciales que afecten garantías fundamentales de las partes e intervinientes, puesto que el trámite de todas las etapas procesales se surtió con acatamiento del debido proceso, y los medios de conocimiento fueron incorporados en debida forma, en consonancia con los principios que rigen el sistema penal acusatorio, por lo que se pasará a realizar el análisis correspondiente del fallo adoptado por la primera instancia, en los términos anunciados.

Como se indicara al principio de la providencia, los hechos génesis de la presente actuación sucedieron en abril 06 de 2014 a las 21:42 horas, cuando personal adscrito a la Policía Nacional del municipio de Apía (Rda.) que realizaba patrullaje por el cuadrante 2 barrio Jaime Rendón Obando, recibió información mediante llamada telefónica de un ciudadano que no se identificó, que en el sector de la Galería se encontraba una persona de sexo masculino, conocido con el alias de “Caballo”, del cual se suministraron las características morfológicas y prendas de vestir, al parecer expendiendo estupefacientes, por lo que de inmediato se dirigieron al lugar y visualizaron al referido sujeto, quien al notar la presencia de los uniformados emprendió la huida. Durante la persecución los gendarmes observaron que éste llevaba en su mano una bolsa plástica transparente que arrojó al piso, y una vez verificaron el contenido de la misma determinaron que en su interior se hallaban 3 bolsas más del mismo material con sustancia pulverulenta con características similares a bazuco, lo que dio lugar a su captura en la calle Jamaraya frente a la nomenclatura No 9-16.

Por parte de la togada recurrente no se controvierte la materialidad de la conducta, en cuanto que reconoce que su representado fue sorprendido cuando llevaba consigo sustancia estupefaciente, y en efecto así quedó demostrado, toda vez que al realizar la correspondiente prueba de P.I.P.H. dio resultado positivo para cocaína y sus derivados, con un peso neto de 4.0 gramos, lo que fue confirmado con prueba de laboratorio.

La censura planteada por la profesional del derecho frente a la determinación del juez de primer nivel, es referente a que dicho funcionario, pese a que se acreditó con prueba testimonial la adicción de su representado a los estupefacientes, así como con la historia clínica allegada en el momento de la individualización de pena y sentencia, le impuso una sentencia de condena en consideración a que la cantidad que llevaba consigo supera 3 veces la dosis establecida por el legislador, y en esas condiciones su conducta debe ser sancionada penalmente.

En su criterio el judicializado en su condición de consumidor habitual de estupefacientes no debe ser tratado como un delincuente sino como una persona enferma, a la cual el Estado debe garantizarle una especial protección, y al respecto citó pronunciamiento de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJ SP 42617, 19 nov. 2014, rad. 42617), en el cual esa Corporación determinó que fue acertada la decisión absolutoria proferida dentro de esa actuación, no obstante que llevaba consigo 52 gramos de marihuana y 0.8 gramos de cocaína, toda vez que se acreditó que se trataba de un adicto a las sustancias tóxicas.

Al respecto debe decir la Colegiatura que hasta hace muy poco sobre el presente tópico se había sostenido, con fundamento en precedentes de la H. Corte Suprema de Justicia[[1]](#footnote-1), que lo de ser o no consumidor de estupefacientes era algo que únicamente interesaba para aquellos casos en que se estaba ante la incautación de una cantidad que no superaba la dosis personal o de aprovisionamiento; es decir, contrario sensu, que cuando esa cantidad era superior a la dosis permitida, se presumía de pleno derecho que con tal comportamiento se vulneraba de manera eficaz y efectiva el interés jurídicamente protegido[[2]](#footnote-2), tesis jurisprudencial a la que se acogió el fallador de primer nivel.

No obstante, la H. Corte Suprema de Justicia en decisión[[3]](#footnote-3) que sirve de sustento a la defensa para mostrar inconformidad con el fallo de primer nivel y su solicitud de absolución por falta de lesividad de la conducta realizada por su representado -la cual no había sido proferida para el momento en que se culminó el juicio y se hicieron los respectivos alegatos de conclusión, aunque sí para el instante en que se profirió la sentencia de primer grado- varió sustancialmente esa posición en el sentido de entender que la presunción de antijuridicidad en los portes de sustancias que exceden el límite de lo permitido como delito de peligro abstracto, es legal -iuris tantum- y no de derecho -iuris et de iure-, a consecuencia de lo cual admite prueba en contrario; y, por tanto, la cantidad de estupefaciente incautado no sería el único elemento para definir ese aspecto, sino uno más de los que los falladores deben valorar para efectos de determinar lo pertinente. Algunos de los apartes más relevantes de esta determinación para lo que es materia de análisis, son los siguientes:

“[…] 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**.

[…]

Así las cosas, **el porte de estupefacientes en una 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.

Esta tesis no implica un cambio rotundo en la línea jurisprudencial que se traía, por cuanto, como se vio al principio, ésta ya había despejado el camino para admitir que el porte para el consumo no vulnera los bienes jurídicos protegidos y que (en algunas ocasiones) la prueba de tal circunstancia excluía la antijuridicidad de la conducta. Por el contrario, al argumento medular que se venía sosteniendo hace casi 10 años (falta de antijuridicidad del porte de estupefacientes en algunos eventos), se le hacen producir todos los efectos que conlleva de manera plena y no parcial, como antes. Además, la tesis se ajusta de mejor manera al espíritu y al tenor del panorama constitucional que en relación al consumidor de drogas rige a partir del año 2009 [….]”[[4]](#footnote-4).

Por su supuesto, esta Sala está en la obligación de acoger dicho precedente, y de hecho ya lo ha aplicado en varias ocasiones[[5]](#footnote-5) en procesos con terminación anticipada, y con fundamento en el mismo ha optado por decretar la nulidad del allanamiento a cargos para que por parte de la defensa, que es a quien corresponde la carga de la prueba en ese sentido, se alleguen en juicio las pruebas pertinentes para desvirtuar la presunción legal de antijuridicidad de la conducta por haber superado la dosis permitida.

Ahora, al analizar las circunstancias particulares del presente caso en torno a determinar si se desvirtuó o no esa presunción legal de antijuridicidad de la conducta con los medios de conocimiento incorporados válidamente a la actuación, se tiene lo siguiente:

- Los patrulleros IVÁN ANDRÉS DÍAZ BONILLA y EDWAR ERNEY PENAGOS POSSO, quienes participaron en el procedimiento de captura del aquí judicializado, aseguraron haber sido informados por una fuente humana no identificada que éste se encontraba en el sector de la galería expendiendo sustancia estupefacientes, y cuando llegaron a ese sitio pudieron corroborar que estaba allí, y emprendió la huida al notar la presencia de ellos, pese a lo cual lograron observar que arrojó una bolsa que contenía estupefacientes, razón por la que fue posteriormente aprehendido.

- Los señores CARLOS JULIO RAMÍREZ BERMÚDEZ, JUAN CAMILO GAVIRIA SANTA y FELIX EDUARDO BLANDÓN BEDOYA, amigos de **EARG**, afirmaron que les consta que éste consume estupefacientes desde hace varios años; incluso, GAVIRIA SANTA sostuvo que es de público conocimiento en el pueblo que éste es adicto a ese tipo de sustancias.

- Por parte de la defensa se aseguró que la sustancia que fue hallada en poder de su representado era para su propio consumo, y en efecto el verbo rector que fue imputado al procesado es el de “llevar consigo”.

- Si bien la cantidad del alcaloide hallado en poder del judicializado fue 4.0 gramos de cocaína, la cual supera la dosis permitida como de uso personal en el artículo 2 de la Ley 30/86 que es de 1 gramo, se trata de una cantidad razonable en atención a la adicción que se asegura presenta el procesado.

- La presentación de la sustancia tampoco permite inferir que no se trataba de una sustancia destinada al consumo personal, porque si bien se encontraba distribuida en tres bolsas plásticas, es probable que la haya adquirido en esas condiciones.

- Pese a que por parte de la Fiscalía se enfatizó que no pueden desconocerse las circunstancias que rodearon la captura, lo cierto es que a pesar de que en un principio de acuerdo con la información aportada por un ciudadano cuya identidad se desconoce, se tuvo la hipótesis de una posible venta, cuando los uniformados llegaron al sitio no encontraron al aquí procesado comercializando la sustancia, aunque tampoco consumiéndola.

- Es verdad que el hoy procesado al notar la presencia de los uniformados emprendió la huida, pero ello no puede ser suficiente para determinar que estaba expendiendo la sustancia, máxime que no se le encontró ningún elemento que indicara que así fuera.

- No es posible tener en consideración lo concluido en la valoración siquiátrica que le fue efectuada al procesado, toda vez que la misma no fue allegada como prueba dentro de la actuación, sino en forma extemporánea.

En esas condiciones, en criterio del Tribunal, existen argumentos tanto en pro como en contra para establecer la antijuridicidad de la conducta atribuida, es decir, que tan podría concluirse que el alcaloide lo llevaba consigo con fines de expendio (según lo indicó la fuente), como igualmente para decir que estaba en poder del mismo solo para su personal consumo sin afectar al colectivo (de conformidad con la información allegada con posterioridad); así que, ante la duda existente, la Corporación debe inclinarse por la determinación más favorable para el acusado, que no es otra que un fallo de carácter absolutorio.

En consonancia con lo indicado, la Sala revocará la determinación adoptada por el juez de primer nivel, y en consecuencia absolverá al procesado del cargo que le fue endilgado como autor de la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de “llevar consigo”.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **REVOCA** el fallo de condena objeto de recurso, y en su lugar **ABSUELVE** al acusado **EARG** de los cargos imputados, en consecuencia, se ordena su libertad inmediata.

Esta sentencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación, que de interponerse habrá de hacerse dentro del término legal.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ

1. *C.S.J.*, casación penal del 18-11-08, radicación 29.183, al expresar, *C.S.J.*, casación penal del 08-07-09, radicación 31531, entre otros [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver entre otras la sentencia de agosto diecisiete (17) de 2011. Proceso # 35978. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ SP, 12 nov, 2014, rad. 42617. [↑](#footnote-ref-3)
4. C.S.J., casación penal del doce (12) de noviembre 2014. Rad. # 42617. negrillas fuera del texto. [↑](#footnote-ref-4)
5. Entre ellos, autos de marzo 26 de 2015, radicado 66001600003520120371701 M.P. Yarzagaray Bandera, junio 03 de 2015, radicado 66001600003520130488901, mayo 26 de 2015 radicado 66001600000352013 05035 01, y enero 22 de 2016 radicado 66001600003520130234801, M.P. Jorge Arturo Castaño Duque. [↑](#footnote-ref-5)