El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia - 25 de julio de 2017

Proceso:                 Penal – Revoca sentencia condenatoria

Radicación Nro. : 6600160000352016-04348

Procesado: JAIRO MIGUEL GARCÍA

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES / ATIPICIDAD.** [L]a Sala considera que le asiste la razón a los reproches formulados por la recurrente, porque en efecto en el *subexamine* no se cumplían con los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para proferir una sentencia condenatoria. Por ende la Sala absolverá al Procesado JAIRO MIGUEL GARCÍA de los cargos endilgados en su contra por parte de la Fiscalía General de la Nación, y en consecuencia, como quiera que en la actualidad se encuentra privado de la libertad, ordenará su inmediata liberación, salvo, claro está que en contra del procesado de marras existan otras ordenes de capturadas que al hacerse efectivas incidan para que continúe detenido.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**Magistrado Ponente:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Aprobado por Acta No. 718 del 24 de julio de 2017. Hora: 2:20 p.m.

Pereira, veinticinco (25) de julio de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 8:54 a.m.

Acusado: JAIRO MIGUEL GARCÍA

Radicado: 6600160000352016-04348

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la Sentencia Condenatoria

Decisión: Revoca fallo confutado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor **JAIRO MIGUEL GARCÍA** en contra de la sentencia proferida en las calendas del 08 de junio de 2017 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la ciudad, en virtud de la cual fue declarada la responsabilidad criminal del procesado de marras, quien fue condenado a la pena principal de 10 meses y 20 días de prisión, por incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos tuvieron ocurrencia el día 17 de noviembre de 2016, cuando siendo aproximadamente las 18:30 horas en inmediaciones de la carrera 9ª con calle 15 de esta ciudad, mientras miembros de la Policía Nacional realizaban labores de patrullaje en dicho sector observaron a un hombre que al percatarse de su presencia, arrojó al suelo una bolsa plástica transparente y trató de alejarse del lugar, frente a esto, los policiales procedieron a abordarlo y este manifestó llamarse JAIRO MIGUEL GARCÍA; igualmente recogieron el paquete del suelo, hallando que contenía en su interior 54 papeletas de color blanco que a su vez contenían una sustancia pulverulenta con olor y características similares a estupefaciente, las cuales se incautan para luego ser analizadas mediante prueba de identificación preliminar P.I.P.H por el perito, cuyo resultado arrojó un peso neto de 4.0 gramos positivos para cocaína y sus derivados.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

Las audiencias preliminares se llevaron a cabo ante el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira el día 18 de noviembre del 2016, en las cuales se le impartió legalidad al procedimiento de captura del señor JAIRO MIGUEL GARCÍA, se le realizó la imputación fáctica y jurídica como autor del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, verbo rector *“llevar consigo”* descrito en el artículo 376 inc. 2º C.P.[[1]](#footnote-1), cargos que NO fueron aceptados por el imputado. Finalmente en lo que tiene que ver con la medida de aseguramiento, ésta fue retirada por la Fiscalía y en consecuencia de ello el Despacho ordenó la libertad inmediata del encartado.

Ante la presentación por parte de la Fiscalía del escrito de acusación, el día 06 de marzo de 2017 en el Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira se llevó a cabo audiencia de formulación de la acusación, donde formalmente se acusó al señor JAIRO MIGUEL GARCÍA por el cargo de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, verbo rector *“llevar consigo”*.

La Audiencia Preparatoria se realizó el 15 de mayo de 2017. Acto seguido se fijó la fecha para la audiencia de juicio oral, la que es llevada a cabo el 08 de junio de 2017, se presentaron las estipulaciones probatorias y la Fiscalía adujo como única prueba adicional el testimonio del policial EDWIN HERRÁN VAQUIRO; la Defensa no presentó prueba alguna. Una vez agotada la etapa probatoria y de alegaciones, fue anunciado el sentido del fallo de carácter Condenatorio. Ese mismo día, se leyó el fallo, en contra del cual la Defensa interpuso recurso de apelación.

**LA SENTENCIA OPUGNADA:**

Como ya se dijo se trata de la sentencia condenatoria proferida en contra del señor JAIRO MIGUEL GARCÍA por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esta ciudad el 08 de junio de 2017, en virtud de la cual lo declaró penalmente responsable de la conducta punible de llevar consigo la sustancia estupefaciente conocida como cocaína, motivo por el que le impuso la pena principal de 10 meses y 20 días de prisión y la multa de 0,33 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Es de anotar que al Procesado se le reconocieron las atemperantes punitivas del estado de marginalidad extrema, e igualmente, como consecuencia de las prohibiciones habidos en contra del delito por el cual se declaró su responsabilidad penal, no se le reconoció el disfrute de subrogados y sustitutos penales.

Los argumentos expuestos por el Jueza *A quo* para poder proferir la correspondiente sentencia condenatoria, fueron sustentados con base en la tipicidad y antijuridicidad de la conducta desplegada por el señor JAIRO MIGUEL GARCÍA, sobre la cual no existía duda alguna dada la actitud que asumió frente a la presencia policial, de querer deshacerse del objeto que había de comprometerlo, ya que conocía que estaba cometiendo un agravio a la ley, hecho que fue el que precisamente llevó al PT EDWIN HERRAN VAQUIRO a bajarse de la patrulla para impedir que esa persona escapara. En ese orden de cosas, la tesis propuesta por la defensa, en cuanto a que el sector había otras personas y el paquete podía pertenecer a cualquiera de ellas, no encontró eco alguno en la juzgadora de instancia, por cuanto el patrullero en mención fue conteste y coherente al indicar en su interrogatorio que no había obstáculo alguno que le impidiera ver la maniobra realizada por el procesado para botar la bolsa.

Por otra parte, el planteamiento de la defensa en cuanto que se le debía reconocer a su prohijado las condiciones de adicto y de marginalidad para proferir una sentencia absolutoria tal como lo ha planteado la Corte Suprema de Justicia en algunas de sus últimas decisiones, consideró la falladora que ello en este asunto no era posible, pues si bien es cierto tales circunstancias quedaron en evidencia dentro del juicio, no es posible desconocer la proporcionalidad que debe haber entra ellas y la cantidad de sustancia encontrada a la persona, lo que en este caso se rompe, pues el procesado llevaba tres gramos de más de la dosis personal permitida y por la cantidad y condiciones en que el mismo estaba empacado se hacía evidente que tenía como fin el ser distribuido en su totalidad o en parte, pues además la zona donde sucedieron los hechos es conocida por la presencia tanto de vendedores como de consumidores de estupefacientes; de allí, que aunque la Fiscalía no logró demostrar que tal sustancia era para la venta, si se hace evidente que esas papeletas tenían como fin ser distribuidas en todo o en parte.

**LA ALZADA:**

Las razones de la inconformidad de la Defensa con el contenido de la decisión opugnada, radican en no haberse dictado un fallo absolutorio, porque en sentir de la apelante, además de haberse vulnerado el principio de la congruencia, no se tuvo en cuenta por parte de la *A quo* que el comportamiento endilgado al Procesado no podía ser catalogado como delictivo porque carecía de la relevancia necesaria para afectar el interés jurídicamente protegido.

Para demostrar la tesis de su inconformidad, la Defensa como argumento de su disenso sostiene que para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal. Agregó que su prohijado no lesionó ni puso en peligro el bien jurídico de la salud pública si se diera por cierto que llevaba consigo la insignificante cantidad de sustancia estupefaciente, la que se estableció que tenía un peso de 4.0 gramos de cocaína.

Depreca que su representado es consumidor de sustancia de estupefaciente y aduciendo que se puede considerar que estaría dentro de las personas que ha mencionado en su último pronunciamiento la Corte Suprema de Justicia, bajo el radicado 43725, Magistrado ponente fue el Dr. Eugenio Fernández Calier, donde se dejó sentada la obligación de probar por parte de la Fiscalía, en casos como este, que la sustancia incautada fuera para cosa diferente que el consumo y al no habérsele imputado ningún verbo rector diferente al llevar consigo, es lo que lleva a solicitar que se revoque la decisión de primera instancia y en consecuencia que se absuelva de todo cargo al señor JAIRO MIGUEL GARCÍA.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una sentencia proferida de primera instancia por un Juzgado Penal que hace parte de uno de los Circuitos que integran este Distrito Judicial.

**- Problema Jurídico:**

Acorde con los argumentos del disenso expuestos por el recurrente en la Alzada, considera la Sala que de los mismos se desprenden los siguientes problemas jurídicos:

¿El procesado JAIRO MIGUEL GARCÍA debió haber sido absuelto de los cargos endilgados en su contra, en atención a que la conducta punible por la cual fue llamado a juicio no debía ser catalogada como delictiva?

**- Solución:**

Para poder resolver el problema jurídico propuesto, la Sala tendrá como presupuestos facticos que están plenamente acreditados en el proceso los siguientes:

* La condición de adicto o de consumidor de estupefacientes del procesado, así como su condición de habitante de calle, lo cual fue objeto de estipulaciones probatorias.
* La incautación por parte de efectivos de la Policía Nacional de una bolsa que contenía 54 papeletas de una sustancia estupefaciente que resulto ser cocaína, la cual arrojó un peso neto de cuatro (4) gramos.
* La incautación de las sustancias estupefacientes antes aludida se llevó a cabo en un sector de la ciudad que se caracteriza por el consumo y el expendio de estupefacientes[[2]](#footnote-2).

Tales premisas fácticas que están plenamente acreditadas en la actuación procesal tienen amplias repercusiones en el proceso dentro del escenario de la demostración de la tipicidad del delito presuntamente enrostrado al procesado así como la acreditación de su compromiso penal, si se tiene en cuenta el cambio de pensamiento que en los últimos tiempos ha tenido la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el tema del delito de tráfico de estupefacientes, en especial cuando el sujeto activo del reato es un adicto que lleva consigo sustancias psicotrópicas para su consumo, las cuales rebasan con creces los límites permitidos para la dosis personal.

Respecto de lo anterior, bien vale la pena anotar que en un pasado reciente la Corte Suprema era de la opinión consistente en que en aquellas hipótesis de porte de sustancias estupefacientes, aun cuando el destino de los psicotrópicos era para el consumo del propio Procesado, el exceso ostensible de los narcóticos respecto de los límites permitidos para la dosis personal, incidía para que se presumiera, al parecer de derecho, que con tal comportamiento se vulneraba de manera eficaz el interés jurídicamente protegido[[3]](#footnote-3).

Pero tal línea jurisprudencial sufrió un drástico cambio a partir de la Sentencia del 12 de noviembre 2014. Rad. # 42617, en la cual la Corte llegó a la conclusión consistente en que en las hipótesis de porte de sustancias estupefacientes para el consumo, cuando las mismas rebasan en demasía los topes permitidos para la dosis personal, tales excesos no se erigían como una presunción de derecho respecto de la vulneración del interés jurídicamente protegido, sino que debían ser apreciados como una presunción legal que permitía prueba contrario; además el exceso ya no tendría la relevancia que se le estaba dando, porque lo que importaba era la destinación que el sujeto agente pretendía darle a la sustancia estupefaciente, la cual tenía que estar relacionada con su consumo personal.

Por ende, cuando esa presunción es desvirtuada porque fue posible demostrar que el Procesado iba a utilizar para su consumo personal una determinada cantidad de sustancia estupefaciente que rebasaba los excesos permitidos respecto de los límites establecidos como dosis para uso personal, ya no sería posible considerar como punible, por ausencia de antijuridicidad material, la conducta endilgada en su contra en atención a que con la misma no se le estaría ocasionando daño alguno al interés jurídicamente protegido, la salud pública, ni a otros intereses jurídicos, ni derechos de terceras personas.

Dicha línea jurisprudencial sufrió una modificación a partir de la sentencia del 9 de marzo de 2016, Rad. # 41760. SP2940-2016, en la cual se llegó a la conclusión consistente en que los eventos de excesos de los límites tolerados para la dosis personal, cuando la finalidad de los estupefacientes no sea otra diferente que la del consumo, ya no se estaría en una hipótesis de ausencia de antijuridicidad sino de atipicidad, por lo que la finalidad o el propósito que el sujeto agente pretenda darle a los narcóticos se constituía como una especie de ingrediente subjetivo del tipo.

Es de anotar que esa nueva línea jurisprudencial se ha mantenido vigente, tanto es así que recientemente la Corte, en un caso de ribetes similares al puesto en conocimiento de la Colegiatura, la ha ratificado de la siguiente manera:

“La Sala considera que la discusión debe resolverse de conformidad con la línea jurisprudencial trazada desde la decisión CSP SP, 9 mar. de 2016, rad. 41760, ratificada en CSJ SP, 6 abr. 2016, rad. 43512, que insta a precisar en cada caso si se está juzgando a un enfermo o a un infractor de la ley, esto es, un consumidor o adicto frente a un distribuidor o comerciante de estupefacientes, porque la justicia penal sólo debe ocuparse de éstos últimos.

(::::)

En la misma línea, la Corte ha clarificado que incluso tratándose de consumidores o adictos siempre se debe analizar si la finalidad de la posesión o tenencia del alcaloide era para su consumo personal, porque puede suceder que la cantidad supere exageradamente la requerida por el consumidor, o la intención sea sacarla o introducirla al país, transportarla, llevarla consigo, almacenarla, conservarla, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla, financiarla, suministrarla o portarla con ánimo diverso al consumo personal, casos en los cuales la conducta del consumidor, concurrente con esas otras finalidades, lo convierte en un infractor penal.

De lo expuesto se concluye que el consumidor o adicto puede portar una cantidad diferente a la legalmente establecida como dosis personal, siempre que sea con la finalidad de su consumo personal y aprovisionamiento, conducta que, se insiste, no puede enmarcarse en al ámbito penal, sino que el sujeto ha de ser pasible de las medidas administrativas de carácter pedagógico, profiláctico y terapéutico.

Por lo tanto, para conformar la proposición jurídica ha de entenderse integrada por las previsiones de la Ley 30 de 1986 respecto a las cuantificaciones de la dosis mínima, pero también el Acto Legislativo 02 de 2009 y las sentencias adoptadas con posterioridad que siempre que esté destinada al uso personal dan cabida a una cantidad mayor.

Por eso, la dosis personal debe entenderse como la que, sin desnaturalizar ese concepto, es requerida por el procesado dada su adicción, lo que en el caso concreto debe ser objeto de comprobación, por tanto no están excluidas necesariamente las dosis que superan el monto señalado en el artículo 2° de la Ley 30 de 1986.

De manera que aun si el porte de dosis personal carece del nexo al propio consumo, o se advierte su comercialización, tráfico, o su distribución así sea gratuita, la conducta ha de ser penalizada al tener la potencialidad de afectar los bienes jurídicos de salud pública, la seguridad pública y el orden económico y social al estar ante un delito pluriofensivo.

1.4. En este sentido la Sala reitera que lo importante es que la tipicidad de toda acción que se ajuste a la descripción objetiva del artículo 376 del Código Penal dependa del fin exteriorizado por el autor. Pero no tanto de un propósito de consumo propio como criterio excluyente de responsabilidad, sino de la verificación por parte de la Fiscalía de una conducta pre-ordenada al tráfico de estupefacientes.

**Corresponderá al juez, luego de valorar la prueba en conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica, determinar si es razonable condenar por el delito del artículo 376 del Código Penal a un consumidor habitual de sustancias prohibidas que porte 5,7 gramos de cocaína, o a quien fuere hallado con una dosis pequeña, para la cual debe apreciar si la cantidad es demostrativa de un propósito y uso diferente al consumo personal, o si ese gramaje junto con los demás medios evidencian que se trata de un porte de sustancia para la exclusiva ingesta sin otro ánimo del procesado…..”[[4]](#footnote-4).**

Como se podrá colegir, acorde con la nueva línea de pensamiento trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se tiene que en aquellos eventos en los cuales se exceda los limites tolerados para la dosis personal, dicha conducta no sería atípica, siempre y cuando se logre demostrar que el destino de la sustancia estupefaciente no era otro diferente que para el consumo exclusivo del sujeto agente, erigiéndose de esa forma la intención o el propósito que se le pensaba dar a los narcóticos como una especie de ingrediente subjetivo del tipo[[5]](#footnote-5).

Pero es de anotar que no todos los excesos de las sustancias psicotrópicas, a pesar de que se digan que han de ser utilizados para el consumo, se erigen como presupuesto que permita escudar en dicha causal de atipicidad el comportamiento endilgado al sujeto agente, puesto que los mismos deben ser analizados dentro del contexto de lo acontecido y acorde con la situación del adicto, lo que a su vez permitirá determinar que solamente serán admisibles aquellos excesos que racionalmente pueden ser considerados como necesarios y suficientes para poder satisfacer la adicción del drogadicto, para lo cual jugaran factores como: el fenómeno de la dosis de aprovisionamiento, la cantidad de las sustancias estupefacientes incautadas, las características de la presentación de los narcóticos, los antecedentes de todo tipo del sujeto agente, el escenario en el cual acontecieron los hechos, etc… los cuales, se reitera, válidamente le permitirán determinar al Juzgador de instancia si el destino de las sustancias psicotrópicas incautadas, que excedían los limites tolerados para la dosis personal, era únicamente para el consumo del indiciado, o si por el contrario se le iba a dar un uso diferente, vg. El expendio, la distribución, etc…

Al aplicar lo anterior al caso *subexamine*, inicialmente la Sala observa que uno de los pilares en los cuales se cimentó el juicio de responsabilidad penal endosado al Procesado, consistió en que la cantidad de la sustancia estupefaciente que portaba, excedía en tres gramos los límites permitidos para la dosis personal, generándose de esa forma una puesta en riesgo de la salud pública. Tal situación, nos permite colegir que dicho juicio de responsabilidad criminal se fundamentó en la teoría que pregonaba que en las hipótesis en las que las cantidades de narcóticos excedan los límites de la dosis personal, se presumía de derecho la antijuridicidad, lo cual a la hora de ahora no puede ser de recibo, ni es admisible ni tolerable, en atención a que dicha línea de pensamiento en la actualidad se encuentra más que revalidada como consecuencia del cambio de posición asumido por parte de la Corte Suprema de Justicia en su línea jurisprudencial.

Asimismo observa la Sala que como consecuencia de las estipulaciones probatorias pactadas entre las partes en las cuales se daba como hecho probado la condición de adicto del Procesado, lo cual tenía amplias repercusiones en el proceso, porque como consecuencia del reconocimiento de tal condición, se tornaba necesario precisar si el destino de la sustancia estupefaciente que el procesado portaba era para su consumo o para unos menesteres diferentes, Vg. el expendio, la distribución, etc…

Frente a lo anterior, surgían dos hipótesis diferentes, que serían las siguientes:

* Acorde con el monto de los narcóticos incautados, los cuales ascendían a cuatro gramos, y aunado al sitio en donde tuvo ocurrencia la incautación: un lugar utilizado para el expendio y el consumo de sustancias psicotrópicas, se podría inferir que como consecuencia de la condición de adicto del procesado dichas sustancias estupefacientes tenían como único destino el consumo del procesado, siendo eso lo que en principio se podría esperar de una persona adicta a los narcóticos, o sea que vaya a satisfacer su adición o narcodependencia con los estupefacientes que tenga en su poder.
* Como consecuencia de la cantidad y de las características en las que estaban embaladas las sustancias estupefacientes, las cuales ascendían a 54 papeletas, aunado al sitio por donde deambulaba el procesado, el que se caracterizaba por la presencia de vendedores y consumidores de narcóticos, tal situación permitiría colegir que el destino de los estupefacientes no era otro diferente que el de su venta o distribución.

Es de anotar que en el fallo opugnado, la Juzgadora de instancia se inclinó por la segunda de las antes aludidas hipótesis, al llegar a la conclusión consistente en que el destino de los narcóticos incautados no era otro diferente que el de la venta o la distribución, pero la Sala es de la opinión, al igual que lo reclamado por la apelante, que lo aludido en tales términos por la *A quo* no puede ser de recibo, porque con tal posición se está incurriendo en una vulneración del principio de *la congruencia* al hacerle una serie de aditamentos facticos a la acusación que nunca fueron tenidos en cuenta por la Fiscalía ni en el libelo de acusación ni en su petición de condena.

Prueba de lo anterior la encontramos en que la acusación endilgada en contra del procesado, en sus aspectos facticos y jurídicos, lo fue por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de *“llevar consigo”,* que equivaldría al porte, pero en ningún momento el Ente Acusador se dignó en establecer ni comprobar si las finalidades o propósitos de ese porte eran las del expendio o las de la distribución; y a pesar de tal situación, la Jueza de primer nivel procedió a modificar la acusación, al agregarle unas nuevas premisas fácticas, las cuales tenían que ver con la hipotética destinación que el Procesado pensaba darle a las sustancias estupefacientes que portaba.

Es de recordar que el principio de congruencia pregona por la existencia de una especie de correlación o identidad que debe existir entre el fallo y la acusación, la cual debe corresponder en sus aspectos fácticos, normativos y personales, pero bien vale la pena recordar que la congruencia, en sus aspectos personales y facticos es absoluta y rígida, lo que quiere decir que no admite modificaciones; pero ello no acontece con la congruencia normativa, la cual es maleable, o sea que es susceptible de ser modulada[[6]](#footnote-6), lo que permite, en ciertas hipótesis que el Juez de Conocimiento pueda proferir una sentencia por un delito diferente de aquel que fue objeto de la acusación, siempre y cuando *no se haya afectado o trastocado el núcleo fáctico de la acusación.*

Frente a lo anterior, la Corte se ha pronunciado en los siguientes términos:

“Pues bien, la jurisprudencia ha sido consistente en señalar que la posibilidad de que el juez profiera sentencia por comportamientos punibles diversos a los contenidos en la acusación, está sometida a que: i) la nueva conducta corresponda al mismo género; ii) la modificación se oriente hacia un delito de menor entidad; iii)) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y iv) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes (CSJ SP, 15 oct. 2014, rad. 41253 y CSJ SP, 25 jun.2015, rad. 41685). 1.2.2 En este caso, se verifica que los falladores atendieron a esas directrices cuando afianzaron su negativa en el requisito concerniente a la identidad de género de las conductas en cuestión. De manera que, bajo esos parámetros jurisprudenciales, vigentes hasta hace poco, en el subexamine no había lugar a admitir la variación propuesta por la Fiscalía, pues, aun cuando el nuevo comportamiento - constreñimiento ilegal-, es de menor entidad, en verdad no corresponde al mismo género, porque está ubicado en el Título III, Capítulo V del Código Penal, que trata de los delitos contra la autonomía personal, mientras que la extorsión hace parte de las infracciones contra el patrimonio económico y obra en el Título VII, Capítulo II.

Sin embargo, recientemente, en CSJ SP, 30 nov. 2016, rad. 45589, al examinar un asunto regulado por la Ley 906 de 2004, esta Corporación señaló que la identidad del bien jurídico de la nueva conducta, no es presupuesto del principio de congruencia y que nada impide hacer la modificación típica dentro de todo el Código Penal, al igual que en los procesos tramitados bajo la Ley 600 de 2000.

(::::)

**De lo anterior se sigue que, hoy en día, es procedente variar la calificación jurídica de la conducta imputada por la Fiscalía, así no corresponda al mismo título, capítulo y bien jurídico tutelado, siempre que se mantenga el núcleo fáctico de la imputación, se trate de un delito de menor entidad, y se respeten los derechos de las partes….”[[7]](#footnote-7).**

Por lo tanto, cuando la Jueza de primer nivel adujo en el fallo opugnado que la conducta de portar enrostrada al Procesado tenía como eventual finalidad o propósito el expendio o la distribución de los estupefacientes que *llevaba consigo*, lo que hizo con tal determinación fue la de modificar la acusación al adicionarle a la misma una serie de nuevas premisas fácticas que no fueron tenidas en cuenta por la Fiscalía en el libelo acusatorio ni en su petición de condena, lo que a su vez generó una vulneración del principio de la congruencia en su modalidad fáctica, lo cual tuvo amplias repercusiones en el proceso, generando de esa forma una violación al debido proceso, en atención a que esas noveles premisas fácticas que no figuraban en la acusación se erigieron en los pilares con los cuales se cimentó la sentencia condenatoria.

Ahora, en lo que tiene que ver con la primera de las hipótesis expuesta en párrafos precedentes, o sea la consistente en que el consumo personal por parte del procesado era el probable destino de las sustancias estupefacientes incautadas, o sea los cuatro gramos de cocaína, la Sala considera que la misma era viable o plausible, en atención a que las reglas de la experiencia y de la lógica nos enseñan que la finalidad por la que un adicto decide portar o *llevar consigo* una cantidad no significativa de una sustancia estupefaciente, no es otra diferente que la de satisfacer o saciar su adicción.

Lo antes expuesto no quiere decir que la Sala desconozca que en algunos eventos pueden confluir en una misma persona las condiciones de adicto y de expendedor de narcóticos[[8]](#footnote-8), pero en el caso en estudio, acorde con sus peculiaridades: un habitante de calle, adicto a los estupefacientes, sorprendido cuando portaba una cantidad de estupefacientes que no se puede catalogar escandalosa o significativa, en un lugar que se puede catalogar como una especie de *“olla”*, nos permite inferir que probablemente solo estemos es en presencia de un simple y mero consumidor.

En consecuencia de todo lo dicho en los párrafos anteriores, válidamente se podría llegar a las siguientes conclusiones:

* La Fiscalía solamente se contentó con acusar y pedir la condena del Procesado por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de porte, o sea la de *“llevar consigo”*, e igualmente procedió a estipular la condición de adicto del acusado, lo cual se puede catalogar como una especie de insensatez, ya que el Ente Acusador hizo lo anterior sin tener en cuenta las repercusiones que en su teoría del caso podría generar la nueva línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia respecto de las personas que detentan la condición de adicto a los narcóticos y el fin o el propósito que se le pretenda dar a los estupefacientes.
* La Defensa logró demostrar que el porte de las sustancias estupefacientes incautadas al procesado tenía como eventual propósito o finalidad la de satisfacer su adicción, o sea el consumo personal del procesado, si se tiene en cuenta que las partes en el juicio dieron como probado el hecho consistente en que el acriminado era un narcoadicto.
* El fallo de primer nivel se fundamentó en una tesis de presunción de la antijuridicidad que había sido revalidada por una nueva línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.
* En la sentencia opugnada se incurrió en una conculcación del debido proceso al vulnerarse los postulados que orientan al principio de la congruencia en su modalidad fáctica, generándose de esa forma una especie de divorcio entre los hechos y las calificaciones jurídicas de la acusación y aquellos que soportaban el fallo.

Siendo así las cosas, la Sala es de la opinión que en el presente asunto no se podía dictar un fallo de condena, en atención a que de las pruebas habidas en el proceso surgía una marisma de dudas que conspiraban de manera negativa en lo que tenía que ver con la acreditación tanto de la tipicidad como de la participación del procesado en los hechos endilgados en su contra, porque la teoría del caso propuesta por la Fiscalía, sufrió una serie de fisuras como consecuencia de la posición asumida por la Defensa, la cual de manera razonable y plausible dejó entrever que el destino de las sustancias estupefacientes incautadas al procesado no era otro diferente que el de saciar su adicción a los narcóticos, lo que de una u otra forma hizo tambalear la tipicidad del delito por el cual el Procesado fue acusado.

Ante tal situación, acorde con los postulados del principio del *in dubio pro reo,* en el presente asunto se imponía que en favor del procesado se debía dictar un fallo de tipo absolutorio.

A modo de corolario, la Sala considera que le asiste la razón a los reproches formulados por la recurrente, porque en efecto en el *subexamine* no se cumplían con los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para proferir una sentencia condenatoria. Por ende la Sala absolverá al Procesado JAIRO MIGUEL GARCÍA de los cargos endilgados en su contra por parte de la Fiscalía General de la Nación, y en consecuencia, como quiera que en la actualidad se encuentra privado de la libertad, ordenará su inmediata liberación, salvo, claro está que en contra del procesado de marras existan otras ordenes de capturadas que al hacerse efectivas incidan para que continúe detenido.

En mérito de todo lo antes lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esta ciudad el 08 de junio de hogaño, en virtud de la cual se declaró la responsabilidad penal del Procesado **JAIRO MIGUEL GARCÍA**, por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, y en consecuencia se absolverá al Procesado de marras de tales cargos.

**SEGUNDO:** Ordenar la inmediata liberación del Procesado JAIRO MIGUEL GARCÍA, salvo que se encuentre privado de la libertad por parte de otra autoridad jurisdiccional.

**TERCERO:** Declarar que en contra del presente fallo de segunda instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Acta de audiencias concentradas del 23 de agosto de 2013 Juzgado 7º de Garantías. Fl. 2 del encuadernado [↑](#footnote-ref-1)
2. Lo cual se avizora de las estipulaciones probatorias # 1 y 4. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver entre otras la sentencia del 17 de agosto de 2011. Rad. # 35978. M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia: Sentencia del 15 de marzo de 2017. SP3605-2017. Rad. # 43725. M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. {Negrillas fuera del texto}. [↑](#footnote-ref-4)
5. Es de anotar que tal línea de pensamiento ya había sido adoptada tangencialmente por esta Colegiatura, como bien se desprende de lo aludido en la Sentencia de 2ª instancia del 20 de enero de 2017. Rad. # 66001 60 00 035 2012 03510 01. M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sobre este tópico, relacionado con las modalidades del principio de la congruencia, bien vale la pena consultar la sentencia de 2ª Instancia del 16 de diciembre de 2015. Rad. # 44178. SP17457-2015, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 22 de febrero de 2.017. SP2390-2017. Rad. # 43041. M.P. EYDER PATIÑO CABRERA. {Negrillas fuera del texto}. [↑](#footnote-ref-7)
8. Como bien lo ha admitido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en la sentencia del 6 de abril de 2016. SP4131-2016. Rad. # 43512. [↑](#footnote-ref-8)