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 – 31 de agosto de 2018

Proceso:                 Acción de revisión

Radicación Nro. : 660012204000201800090

Procesado: Hernando Antonio Gallego Sánchez

Magistrado Ponente:  Jairo Ernesto Escobar Sanz

**Temas: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES / CAMBIO JURISPRUDENCIAL/ ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO PENAL EN CUANTO A LA VERIFICACIÓN DE LA INTENCIÓN DEL PORTADOR DE LA SUSTANCIA ESTUPEFACIENTE/ CARGA PROBATORIA/ LA FISCALÍA NO LO PROBÓ / FUNDADA CAUSAL DE REVISIÓN Y ABSUELVE AL PROCESADO.**

* + 1. En este orden de ideas, se considera que en el caso i) se profirió sentencia el 30 de septiembre de 2016 por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Risaralda), mediante la cual se declaró la responsabilidad del entonces procesado Hernando Antonio Gallego Sánchez por la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de llevar consigo; ii) dicha responsabilidad fue declarada por cuanto el procesado llevaba consigo una cantidad que superaba la dosis personal de cocaína y por cuanto no se desvirtuó por parte de la defensa la afectación al bien jurídico protegido y iii) pese a lo anterior, no se acreditó por parte de la FGN el ánimo de distribución de la sustancia que fuera incautada al señor Hernando Antonio Gallego Sánchez.

(…)

Sin embargo, es menester resaltar que a la luz de la jurisprudencia actual –antes reseñada- no se configura el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes consagrado en el artículo 376 del Código Penal por no haberse demostrado por parte de la FGN el ingrediente subjetivo del tipo consistente en la intención o propósito del sujeto agente de destinarla a su distribución o comercialización, y bajo ese entendido, la ausencia de tal elemento conduciría a que la conducta se tornara atípica.

Por otra parte es importante destacar, que pese a que la primera sentencia dentro de esta nueva línea jurisprudencial (Rad. 41760, SP2940 del 09 de marzo de 2016) ya había sido proferida a la fecha en que se dictó la providencia por parte del Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal (30 de septiembre de 2016) y que ello en principio impediría la prosperidad de la causal de revisión invocada, aquello puede superarse aplicando la jurisprudencia de la SP CSJ proferida el 20 de agosto de 2014 dentro del radicado 43624, la cual permite que sea viable la causal 7 de la acción de revisión pese a que los precedentes jurisprudenciales hayan existido con antelación a la providencia demandada, siempre y cuando los mismos hayan sido desconocidos por el operador judicial; como bien se observa que ocurrió en el caso bajo estudio.

* + 1. En consecuencia, por estar en presencia de la causal 7 de la acción de revisión de acuerdo con lo reglado en el numeral 1 del artículo 196 C.P.P. la Sala procederá a dictar la correspondiente sentencia de reemplazo, la cual consistiría en la absolución del señor procesado Hernando Antonio Gallego Sánchez, por la conducta de violación del artículo 376 del C.P., por la cual fue sentenciado.
		2. Finalmente, se ordenará cancelar la orden de captura emitida por cuenta de este proceso en contra del señor Gallego Sánchez y en caso de que se encuentre recluido en establecimiento carcelario se procederá a ordenar su inmediata libertad, siempre y cuando ese estado de privación sea consecuencia del fallo que se invalida mediante la presente acción de revisión.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Proyecto aprobado mediante acta 0735

Pereira, 31 de agosto de 2018

Hora: 07:30

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 660012204000201800090 |
| Accionante  | Hernando Antonio Gallego Sánchez |
| Delito | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes |
| Juzgado Accionado  | Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Risaralda) |
| Asunto  | Resolver la acción de revisión interpuesta contra la sentencia del 30 de septiembre del 2016 |

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a proferir el correspondiente fallo en el cual se resuelve lo relacionado con la acción de revisión impetrada por el Procurador 149 Judicial II Penal, en favor del señor Hernando Antonio Gallego Sánchez y en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Risaralda); en la cual se declaró la responsabilidad del citado ciudadano como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

1. ANTECEDENTES
	1. Según el escrito de acusación, los hechos que dieron origen a la acción tuvieron ocurrencia el 5 de marzo de 2016 en la vía pública del Municipio de Santa Rosa de Cabal (Risaralda), cuando fue capturado el ciudadano Hernando Antonio Gallego Sánchez. Lo anterior se dio porque uniformados de la Policía Nacional mientras efectuaban planes preventivos de identificación de personas y requisas de rutina a quienes se desplazaban por el lugar, observaron una persona de sexo masculino que al notar su presencia asumió actitud sospechosa, motivo por el cual fue requerido para una requisa a la que accedió de manera voluntaria procediendo a sacar de su bolso ocho bolsas plásticas transparentes con cierre hermético; en cuyo interior se observó sustancia pulverulenta color habano con olor fuerte con características similares al estupefaciente bazuco, que al ser analizada arrojó un peso neto de 6.3 gramos positivo para cocaína.
	2. Por lo anterior, el 06 de marzo de 2016 se realizó audiencia ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con función de control de garantías; en la cual se legalizó la captura, se le formuló imputación por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 inc. 2) bajo el verbo rector llevar consigo y no se solicitó de medida de aseguramiento. En dicha diligencia el señor Gallego Sánchez no aceptó los cargos comunicados por la FGN.
	3. El 07 de junio de 2016 la FGN presentó escrito de acusación correspondiéndole el conocimiento del asunto al Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Risaralda), ante el cual se llevó a cabo audiencia de acusación el 11 de julio de 2016 y audiencia preparatoria el 11 de agosto de 2016.
	4. El juicio oral se llevó a cabo el día 13 de septiembre de 2016, diligencia en la que se emitió sentido del fallo de carácter condenatorio. El día 30 de septiembre de 2016 se dio lectura a la sentencia, decisión contra la cual no se interpuso ningún recurso, quedando legalmente ejecutoriada.
2. **SOBRE LA SUSTENTACIÓN DE LA ACCIÓN DE REVISIÓN PROPUESTA**

En la audiencia adelantada el 02 de agosto de 2018, se presentaron las siguientes intervenciones:

* 1. AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO
* Hizo referencia a que Hernando Antonio Gallego Sánchez fue condenado por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, luego de que fuera capturado en ese municipio por habérsele encontrado 6.3 gramos de cocaína. Indicó que en dicha oportunidad se descartó la idea de distribución y ni siquiera indiciariamente se manifestó la posibilidad de que esta persona estuviera involucrado en tal actividad, pues se conoció del caso en virtud de una requisa espontánea que efectúo la Policía Nacional.
* La providencia aludida se emitió antes de la SP44997-2017 de la SP CSJ, en la cual se cambió radicalmente la postura sobre la interpretación del artículo 376 del C.P., bajo el entendido de que cuando se trata de llevar consigo estupefacientes existe un elemento subjetivo tácito que tiene que ser probado por la Fiscalía, esto es, el ánimo de distribución o comercialización de droga, el cual no se evidenciaba en este asunto y por tanto afirmó que si en el momento de dictarse la sentencia se hubiera conocido la postura de la Corte, el fallo hubiera sido absolutorio.
* Señaló que el argumento principal de la CSJ para cambiar su precedente, fue la reinterpretación del Acto Legislativo 02 del 2009 en el sentido de que los adictos no podían ser tratados como delincuentes y que en todo caso -aun cuando se excediera la dosis personal de manera razonable- era menester que la Fiscalía acreditara el elemento subjetivo tácito.
* Adicionalmente, trajo a colación la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas del año 88 que fuera considerada por la C.Co en la sentencia C-676 de 1994 y por la C.S.J en la sentencia 41760 del 2016, por medio de las cuales se comenzó a generar la diferenciación entre llevar consigo y comercializar; hablando así en el segundo caso de narcotráfico y en el primero, de un problema de salud pública como lo era la adicción a sustancias estupefacientes.
* Resaltó que la C.S.J. venía variando su línea jurisprudencial por medio de las sentencias 41760, 43512 y 43725, considerando la comercialización como elemento importante en la conducta; pero solamente hasta el 11 de julio de 2017 en la sentencia 44997 la C.S.J. expresamente habló del elemento subjetivo tácito y empezó a emitir sentencias absolutorias, incluso en casos con dosis mucho más altas que la del caso objeto de estudio.
* Indicó que la tesis anterior, fue ratificada en el año 2018 mediante las sentencias proferidas dentro de los radicados 50512 y 46848; lo cual denotaba una línea pacifica que podía considerarse precedente y era completamente análoga a los eventos fácticos del caso en cuestión.
* Concluyó que atendiendo al cambio de jurisprudencia solicitaba que se revisara el fallo proferido, para aplicar la nueva postura y así infirmar la sentencia condenatoria emitiendo para el efecto fallo de reemplazo.
	1. DELEGADO DE LA F.G.N
* Retomó los conceptos emitidos con anterioridad, indicando que la solicitud de la Procuraduría resultaba de recibo para la Fiscalía puesto que agotaba los presupuestos de orden formal y sustancial, dejando en consideración de la Sala la decisión de reemplazo.
* Reconoció que no era manifiestamente ostensible que la cantidad llevada consigo por parte del condenado permitiera suponer que la sustancia incautada tuviera como destino el tráfico de estupefacientes; por lo tanto advirtió la presencia de un hito jurisprudencial con respecto al elemento subjetivo tácito como elemento estructural del punible del artículo 376 del C.P.
* Resaltó que con posterioridad a la providencia de la que se solicita su revisión, se profirieron por la C.S.J. las sentencias dentro de los radicados 44997, 48648 y 50512; construyendo así un nuevo modelo probatorio conforme a los cánones del derecho internacional, del derecho convencional y las posturas de la C.Co.
	1. DEFENSORA, coadyuvó lo expuesto en la misma audiencia (acumulada) por el defensor del señor Jhon Fredy Gómez que tenía un objeto similar, así:
* Que se despachara favorablemente la pretensión de la Procuraduría General de la Nación, esto es, que se dejara sin efecto la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal en contra del señor Hernando Antonio Gallego Sánchez y en reemplazo se dictara un fallo de carácter absolutorio.
* Lo anterior en virtud al cambio de la línea jurisprudencial de la SP CSJ para esta clase de delitos en los que inicialmente se presumía tanto la tipicidad subjetiva como la antijuridicidad, llegando luego a la antijuridicidad material que era demostrable y admitía una prueba en contrario por parte de la defensa, y avanzando posteriormente en cuanto a requerir que el ente acusador probara ese ánimo de violentar o colocar en riesgo el bien jurídico tutelado.
* Advirtió que en este asunto se surtieron todos los actos procesales llegando así a la etapa de juzgamiento, en la cual la FGN probó la captura en flagrancia, la sustancia de la que se trataba y su peso, sin demostrar que se pretendía su distribución, venta o la comercialización; indicó que toda vez que la CSJ había descartado cualquier presunción de distribución, se exigía a la Fiscalía demostrar más allá de toda duda que efectivamente el “llevar consigo” esa sustancia tenía como objetivo la distribución o la venta y no el consumo.
1. **CONSIDERACIONES DE LA SALA**
	1. Esta Colegiatura es competente para decidir la presente acción, con base en lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 34 del C.P.P.; ya que la sentencia cuya revisión se solicita fue dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Risaralda) el 30 de septiembre de 2016.
	2. En consecuencia, se debe decidir si en el caso *sub lite* se demostraron los presupuestos de procedencia de la causal establecida en el numeral 7 del artículo 192 C.P.P. y por tanto sería viable dejar sin efecto la sentencia objeto de revisión.
	3. En el caso *sub examen,* se parte de que el señor Gallego Sánchez fue condenado por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Risaralda) el 30 de septiembre de 2016, a la pena principal de 64 meses de prisión y multa de 2 SMLMV[[1]](#footnote-1); como responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes por llevar consigo cocaína en un peso neto total de 6.3 gramos.
	4. La causal de revisión por cambio de jurisprudencia favorable, se encuentra establecida en el numeral 7 del del artículo 192 C.P.P. En providencia dentro del radicado 40093 de la CSJ SP del 15 de agosto de 2013, se establecieron los requisitos para su procedencia, así:

*“... La Sala ha determinado que la alegación de la causal 7ª del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, según la cual la acción de revisión procede “cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad”, debe cumplir como mínimo los siguientes requisitos:*

1. *Que se dirija contra una sentencia ejecutoriada cuya condena se haya fundamentado en un criterio jurisprudencial específico de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal;*
2. *Que el referente jurisprudencial de la Sala Penal se cambie mediante un fallo proferido con posterioridad a la providencia que se revisa;*
3. *Que a través de un análisis comparativo se pueda demostrar que fundamentado en el nuevo razonamiento jurídico el proveído atacado habría sido más beneficioso para el demandante.*

*Sobre esta causal, en vigencia de la Ley 600 de 2000, que la consagraba en el numeral 6º del artículo 220, señaló la Sala que “es indispensable que el actor no solamente demuestre cómo el fundamento de la sentencia cuya remoción se persigue es entendido por la jurisprudencia de modo diferente, sino que, de mantenerse, comportaría una clara situación de injusticia, pues la nueva solución ofrecida por la doctrina de la Corte conduciría a la sustitución del fallo”, y que por tanto, “no resulta suficiente invocar abstractamente la existencia de un pronunciamiento del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, o de señalar uno concreto pero desconectado de la solución del caso, sino que resulta indispensable, además, demostrar cómo de haberse conocido oportunamente por los juzgadores la nueva doctrina sobre el punto, el fallo cuya rescisión se persigue habría sido distinto”*[*2*](file:///F%3A%5CJURISPRUDENCIA%20CSJ%201995-2014%5C2013%5Cagosto%5C40093%2815-08-13%29.html#footnote1)*, criterio que cabe reiterar frente al mismo supuesto establecido ahora en el numeral 7º del artículo 192 de la Ley 906 de 2004.*

* 1. Así las cosas, se observa que en este asunto se cumplen a cabalidad los anteriores requisitos, en razón a que: i) la sentencia condenatoria dentro del proceso se dictó el 30 de septiembre de 2016, se encuentra ejecutoriada y se dictó con base en el criterio jurisprudencial según el cual la defensa debía aportar prueba que desvirtuara lo probado por la Fiscalía, esto era, el porte de los 6.3 gramos de cocaína por parte del procesado, ii) mediante decisión dentro del radicado 44997 del 11 de julio de 2017, la SP de la CSJ cambió el criterio jurídico aplicable al delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes aduciendo que correspondía a la FGN la prueba de los elementos del tipo penal, entre ellos, el ánimo de distribución o tráfico de la sustancia, iii) aplicar al caso el criterio adoptado con el cambio jurisprudencial, resultaría favorable para el procesado.
	2. Sobre el tema objeto de decisión se tiene en primer lugar, que mediante la sentencia C 221 de 1994 la Corte Constitucional con el fin de reivindicar el derecho al libre desarrollo de la personalidad despenalizó el porte para el consumo en proporciones equivalentes a la dosis personal, así se expuso en aquella providencia:

*“Sólo las conductas que interfieran con la órbita de la libertad y los intereses ajenos, pueden ser jurídicamente exigibles. No se compadece con nuestro ordenamiento básico la tipificación, como delictiva, de una conducta que, en sí misma, sólo incumbe a quien la observa y, en consecuencia, está sustraída a la forma de control normativo que llamamos derecho y más aún a un sistema jurídico respetuoso de la libertad y de la dignidad humana, como sin duda, lo es el nuestro.”*

Así pues, se estimó que no todas las conductas de porte de estupefacientes o sustancias alucinógenas eran delictivas, sin embargo, si lo eran aquellas que sobrepasaban la dosis personal conforme al literal j) del artículo 2 de la Ley 30 de 1986.

Posteriormente, el Acto Legislativo 02 de 2009 excluyó la posibilidad de imponer penas de reclusión en establecimientos carcelarios y facultó al legislador para establecer medidas pedagógicas, profilácticas o terapéuticas destinadas a los consumidores, a quienes se garantizaría la protección del derecho a la salud pública y quienes se distinguirían de los delincuentes, que eran aquellos que fabricaban, traficaban y distribuían drogas ilícitas.

Con respecto a lo sostenido de tiempo atrás por esta Corporación, se había trazado una línea jurisprudencial con fundamento en precedentes de la C.S.J. según los cuales 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, y por tanto, *contrario sensu*, cuando esa cantidad fuera 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.

Ulteriormente, la jurisprudencia de dicho órgano determinó que las conductas en las que se superaba la cantidad establecida como dosis personal o la concebida como dosis de aprovisionamiento, debían analizarse en sede de antijuridicidad material en aras de establecer si se afectaba realmente el bien jurídico tutelado -Rad. 33409 (SP11726 del 03 de septiembre de 2014) y Rad. 42617 (SP15519 del 12 de noviembre de 2014), entre otras-, e incluso, que en los eventos en los que se excediera el límite de lo permitido, como delito de peligro abstracto la presunción era legal -iuris tantum- y no de derecho -iuris et de iure- y como consecuencia de ello admitía prueba en contrario; por tanto, la cantidad de estupefaciente incautado no sería el único elemento para definir ese aspecto, sino uno más de los que el fallador debía valorar a efectos de resolver lo pertinente.

* 1. En razón de la jurisprudencia vigente actualmente sobre la materia, la decisión que se adopta en la presente acción de revisión, se fundamenta en el precedente CSJ de 11 de julio de 2017, radicado 44997, donde se expuso lo siguiente en sus apartes más relevantes :

4.7.1. Se hizo referencia a las sentencias C-221 de 1994, C- 689 de 2002, C- 574 y C- 582 de 2011 y C- 491 de 2012, a efectos de distinguir el tratamiento que se debía dar a los casos de conductas dirigidas al consumo de lo que se ha definido como dosis para uso individual según el artículo 2º, literal j) de la Ley 30 de 1986 y aquellas dirigidas al tráfico o comercialización de estupefacientes, que debían ser penalizadas en virtud de tener un propósito de lucro.

4.7.2 Se hizo alusión a la posición de la SP de la CSJ sobre la libertad de configuración legislativa para configurar tipos de peligro abstracto, y se dijo:

“(... ) *Sin embargo, precisando aquel concepto, la Sala definió con base en su propia jurisprudencia, que no obstante la legitimidad del legislador para configurar delitos de peligro abstracto, estos no pueden contener una presunción iuris et de iure y en todos los casos admite prueba en contrario en el proceso valorativo sobre su lesividad, llevado a cabo por el juez frente a la conducta concreta:*

*[E]l 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.*

*Con ello quedaba resuelto el problema relacionado con el peso de la sustancia que era objeto de porte, pues la cantidad deja de ser un factor determinante a efectos de establecer la lesividad de la conducta, precisándose la posibilidad de desvirtuarse en el juicio concreto de responsabilidad el carácter antijurídico presunto de las acciones de llevar consigo sustancias estupefacientes que desbordan los límites previstos legalmente para la dosis de uso personal.*

*El tema fue retomado, finalmente, en las sentencias CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760; CSJ SP-4131, 6 abr. 2016, rad. 43512; y, CSJ SP-3605, 15 mar. 2017, rad. 43725, en las que se acentuó la vigencia del concepto de dosis mínima para el uso personal, previsto en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, bajo el entendido que la proposición jurídica debe integrarse con el Acto Legislativo 02 de 2009 y las sentencias que se han adoptado en este sentido, bajo la comprensión que el consumidor o adicto puede portar una cantidad diferente a la legalmente establecida, siempre y cuando lo haga con la finalidad de su uso personal y aprovisionamiento, acorde con sus necesidades de consumo*.

*Así se sostuvo por parte de esta Corporación:*

*[L]a 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.”*

4.7.3 En el mismo precedente que se viene citando (CSJ SP del 11 de julio de 2017, radicado 44997), se hicieron una serie de consideraciones que resultan determinantes para la decisión que se debe adoptar en el presente caso así : i) el tipo del artículo 376 del CP contiene un “ ingrediente subjetivo tácito” derivado del propósito de quien realiza las conducta de “llevar consigo”, que hace parte del supuesto de hecho de esa norma, por lo cual lo determinante no viene a ser la cantidad de sustancia controlada que porte el infractor; ii) se debe establecer si el propósito del autor de la conducta es el uso personal de la sustancia o si es portada con fines de distribución o de tráfico y iii) en atención a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 7º de la Ley 906 de 2004, la corresponde a la FGN la carga de la prueba de los fines del porte del material estupefaciente.

En ese sentido se dijo lo siguiente en la sentencia citada:

*“(...) Pero además, resulta de la mayor importancia la consideración hecha por la Sala en el sentido que el tipo penal del artículo 376 del Código Penal, cuando la conducta se relaciona con el porte de estupefacientes, contiene un ingrediente subjetivo tácito, atinente al propósito del sujeto agente, por lo que la realización del tipo penal no depende en últimas de la cantidad de sustancia llevada consigo sino de la verdadera intención que se persigue a través de la acción descrita:*

*[P]ara la tipicidad de la conducta del porte de sustancias estupefacientes se debe tener en cuenta el ingrediente subjetivo tácito que plasmó el legislador al excluir de la previsión legal la conducta de quien tenga la finalidad exclusiva de su uso personal por razón de la dependencia como consumidor, adicto o enfermo… [[2]](#footnote-2)*

 *Llegados a este punto, debe destacarse que la evolución del tema relacionado con el porte de estupefacientes –alusivo al verbo rector llevar consigo-, ha consolidado las siguientes tesis:*

*a) Tratándose de delitos de peligro abstracto –el previsto en el artículo 376 del Código Penal, lo es-, si bien en el momento de creación legislativa se deja implícita una presunción de peligro, esta es legal y no de derecho, por lo que el juez debe llevar a cabo un juicio de antijuridicidad a fin de determinar si se creó un riesgo efectivo, verificable empíricamente, para el bien jurídico protegido.*

*b) En todos los casos, el consumidor ocasional, recreativo o adicto, no puede ser considerado como sujeto pasible del derecho penal, cuando la conducta que realiza carece de cualquier connotación afín al tráfico o distribución de sustancias estupefacientes o psicotrópicas o drogas sintéticas, con independencia de la cantidad de sustancia prohibida que se lleve consigo, pues en tales eventos no se produce un efectivo menoscabo o peligro concreto para los bienes jurídicos que pueden ser objeto de tutela por el legislador.*

*c) Se reconoce la existencia de un elemento subjetivo implícito en el tipo penal, relacionado con la constatación de la intención del portador de la sustancia estupefaciente, debiéndose establecer si el propósito es el uso personal o si lo es la distribución o tráfico.*

*Ahora bien, la Sala estima necesario subrayar que la consideración atinente a que es una presunción de antijuridicidad iuris tantum, susceptible de desvirtuar, la que opera sobre la puesta en riesgo de los bienes jurídicos en el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, no se traduce en la inversión de la carga de la prueba, la misma que en materia de responsabilidad penal estará siempre en cabeza del Estado.*

*Lo anterior, por cuanto las presunciones constituyen reglas probatorias y no reglas sobre la carga de la prueba. Por eso, en ningún evento, la carga de la prueba de su inocencia le corresponde al procesado, ella se presume.*

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

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

*En consecuencia, es a la Fiscalía a quien compete la demostración de cada uno de los elementos del tipo penal, entre ellos, la acreditación probatoria de los fines del porte de estupefacientes relacionados con la distribución o tráfico de los mismos y, con ello, la afectación o la efectiva puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos. Obviamente, también corresponde al órgano de persecución penal, en virtud del principio de objetividad (artículo 115 de la Ley 906 de 2004), establecer situaciones relacionadas con la ausencia de responsabilidad, a efectos de no incoar la pretensión punitiva.*

*De otro lado, en relación con la acción de llevar consigo, verbo rector alternativo del tipo penal que recoge el artículo 376 del Código Penal, la Corte debe señalar que aunque eventualmente la cantidad de droga que se porte permitiría inferir conductas relacionadas con el tráfico de estupefacientes, no es ese un elemento que pueda adscribirse a la tipicidad de la conducta.*

*En este sentido, se torna insuficiente apelar al criterio cuantitativo de dosis para uso personal, previsto en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, como factor determinante para la configuración del injusto típico, puesto que en los eventos en que la cantidad llevada consigo no supera aquellos topes previstos por el legislador, la conducta deja de ser relevante para el derecho penal. Mientras, importa subrayarlo, cuando la acción está relacionada con el tráfico, es claro que el comportamiento se estima lesivo del bien jurídico, sin reparar en que la sustancia desborde o no aquellos rangos regulados en la ley.*

*De la misma manera, cuando la cantidad de estupefaciente supera la prevista como dosis para el uso personal, es necesario recurrir a otros factores que puedan determinar el juicio de lesividad de la conducta, de modo que la ilicitud se establezca con fundamento en criterios normativos referidos a la relevancia jurídico penal del comportamiento y a la efectiva afectación del bien jurídico protegido, en todo caso distintos al arbitrario y vago concepto legal de dosis personal.*

*Valga decir, en el contexto de la nocividad específica de la sustancia de crear dependencia, que es el concreto cometido de protección a través del bien jurídico de la salud pública, el criterio atinente a los límites cuantitativos impuestos por el legislador al determinar la dosis para el uso personal, con frecuencia riñe con las condiciones personales del individuo, caso en el cual entran en juego otros elementos atinentes, por ejemplo, al grado de dependencia, su tolerancia y necesidad, su condición de consumidor adicto, recreativo o primerizo y la posibilidad de abastecimiento en cantidades superiores o de dosis compartidas, lo que escapa a cualquier previsión legislativa.*

*Esa misma ambigüedad se ha trasladado en la práctica al juicio de antijuridicidad realizado por jueces y tribunales del país, cuando bajo su arbitrio han recurrido a modificar los topes pretextando la aplicación del principio de insignificancia, introduciendo el discutible criterio de lo ligera o levemente superior a la dosis personal, para concluir en la falta de lesividad de la conducta realizada o, por el contrario, para entender el riesgo real para los bienes jurídicos cuando se supera lo leve o ligero.*

*Dicha solución, a más de contribuir a la inseguridad jurídica, en tanto dispensa desiguales juicios valorativos frente a situaciones fácticas semejantes dependiendo del capricho del juzgador, conduce a perder de vista que tratándose de bienes jurídicos supraindividuales los protegidos en este caso por el legislador, su afectación no depende de una cantidad concreta de sustancia psicoactiva, cuando el riesgo no trasciende la esfera privada del portador y, por lo tanto, no interfiere en derechos ajenos susceptibles de protección penal.*

*En realidad, no es ese un criterio que pueda resolver de manera satisfactoria el problema de la lesividad de la conducta, puesto que el principio de insignificancia presupone un auténtico juicio de adecuación típica y una afectación real del bien jurídico –aunque de manera nimia-. En tales casos la conducta del agente carece de relevancia para el derecho penal, aun cuando, prima facie, reúna los elementos contenidos en la figura prevista en el Código Penal.*

*Por lo tanto, aun cuando se repute como categoría vigente el concepto de dosis personal , aparte de su función reductiva (será impune portar cantidades que no superen ese rango, a excepción de los casos asociados al tráfico o distribución), no es un criterio suficiente para determinar la prohibición inserta en el tipo penal, cuando se admite que independientemente de la cantidad de sustancia estupefaciente que un individuo lleve consigo, lo que en realidad permite establecer la conformación del injusto típico es el fin propuesto de traficar o distribuir con el psicotrópico. Por lo mismo, se hace inocuo la apelación a criterios caprichosos empleados en la praxis judicial como el de cantidad ligera o levemente superior a esa dosis personal.*

*En este sentido, cobra importancia la orientación que frente al delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes ha dado la Sala en las sentencias CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760; CSJ SP-4131, 6 abr. 2016, rad. 43512; y, CSJ SP-3605, 15 mar. 2017, rad. 43725; en el sentido de considerar el ánimo –de consumo propio o de distribución- del sujeto activo como ingrediente subjetivo o finalidad del porte de sustancias alucinógenas, a efectos de excluir su responsabilidad penal o de estimar realizado el tipo de prohibición.*

*Con ello, la Corte está reconociendo la existencia en el tipo penal del artículo 376 del Código Penal de lo que se conoce en la doctrina como elementos subjetivos distintos del dolo, elementos subjetivos del tipo o elementos subjetivos del injusto , que son aquellos ingredientes de carácter intencional distintos del dolo que en ocasiones se emplean para describir los tipos penales y que poseen un componente de carácter anímico relacionado con una peculiar finalidad del sujeto realizador de la conducta descrita.*

*Como se sabe, en algunas ocasiones es el mismo legislador el que incluye elementos subjetivos en el tipo penal (p. ej. artículo 239 del Código Penal). En otras, sin embargo, es la jurisprudencia la que recurre a elementos especiales de ánimo cuando no se han previsto expresamente en el tipo penal, haciéndose necesarios para identificar con claridad la carga de intencionalidad y, con ello, el sentido de la conducta.*

*En todo caso, la función de esos ingredientes subjetivos, distintos al dolo, es la de definir el riesgo jurídicamente relevante, esto es, sirven para confirmar o rechazar la tipicidad de la conducta en el plano material dentro del proceso de imputación objetiva.*

*De esa manera, en relación con el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el recurso a los elementos subjetivos diferentes del dolo, tiene el propósito de efectuar una restricción teleológica del tipo penal, pues no obstante que el contenido objetivo del verbo rector llevar consigo remite a la realización de la conducta penalmente relevante con el solo acto de portar las sustancias estupefacientes, psicotrópicas o drogas sintéticas, el desarrollo jurisprudencial atrás relacionado ha reducido el contenido del injusto a la demostración del ánimo por parte del portador de destinarla a su distribución o comercio, como fin o telos de la norma.*

*Ahora bien, ese ánimo ulterior asociado con el destino de las sustancias que se llevan consigo, distinto al consumo personal, puede ser demostrado a partir de la misma información objetiva recogida en el proceso penal. Por eso, si bien es cierto que el peso de la sustancia por sí solo no es un factor que determina la tipicidad de la conducta, sí puede ser relevante, junto con otros datos demostrados en el juicio (p. ej., instrumentos o materiales para la elaboración, pesaje, empacado o distribución; existencia de cantidades de dinero injustificadas; etc.), para inferir de manera razonable el propósito que alentaba al portador.*

*Por último, importa reiterar que la demostración de los hechos o circunstancias atinentes al ánimo del porte de los estupefacientes, como componentes de los ingredientes subjetivos relativos al tráfico o distribución de las sustancias, incumbe siempre al acusador, quien tiene la carga de probar toda la estructura de la conducta punible.*” (Subrayas ex texto)

4.7.4 Con base en los precedentes reseñados, se considera que en el caso *sub examen,* se puede llegar a las siguientes conclusiones, que fueron consignadas en decisión de este Sala del 28 de agosto de 2018, dentro de la acción de revisión propuesta en favor de Julio Cesar Arango Cabezas, radicación 66001 2204000 201 800096-00. M.P. Manuel Yarzagaray Bandera:

 “ (…)

* *En aquellos eventos en los cuales el sujeto agente lleve consigo sustancias psicotrópicas que excedan los límites tolerados para la dosis personal, dicha conducta sería punible, siempre y cuando se logre demostrar que el destino de las sustancias estupefacientes era otro diferente que el del consumo exclusivo del procesado, 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 penal de porte de estupefacientes.*
* *No todos los excesos en el porte de sustancias psicotrópicas que rebasen los topes permitidos para la dosis personal, a pesar de que se diga que iban a ser utilizados para el consumo del encausado o para satisfacer su adicción, per se se erigen como presupuestos que permitan inferir de manera automática que se está en presencia de una hipótesis de atipicidad, ya que el comportamiento endilgado al sujeto agente debe ser analizado 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 como para poder satisfacer la adicción del drogadicto, para lo cual jugarán 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 límites 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*
* *En las hipótesis en las cuales la Fiscalía haya acusado a un ciudadano por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de porte o de llevar consigo, le asiste la carga de la prueba de demostrar, más allá de toda duda razonable, que el propósito o la intención del acusado era una diferente que el de la recreación o el consumo personal de esos narcóticos. Por lo que en el evento que no cumpla con dicha carga probatoria, la sentencia se debe proferir en contra de las pretensiones punitivas del Ente Acusador.”*
	1. SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PROPUESTO :
		1. En este orden de ideas, se considera que en el caso i) se profirió sentencia el 30 de septiembre de 2016 por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Risaralda), mediante la cual se declaró la responsabilidad del entonces procesado Hernando Antonio Gallego Sánchez por la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de llevar consigo; ii) dicha responsabilidad fue declarada por cuanto el procesado llevaba consigo una cantidad que superaba la dosis personal de cocaína y por cuanto no se desvirtuó por parte de la defensa la afectación al bien jurídico protegido y iii) pese a lo anterior, no se acreditó por parte de la FGN el ánimo de distribución de la sustancia que fuera incautada al señor Hernando Antonio Gallego Sánchez.
		2. De lo expuesto, debe advertirse que tal sentencia condenatoria se fundamentó en la línea jurisprudencial según la cual era obligación de la defensa desvirtuar la presunción iuris tantum de afectación al interés jurídicamente protegido que generaba el porte o la tenencia de sustancias estupefacientes que rebasaran la dosis personal, pues así fue dicho por el fallador de primer grado cuando destacó que “[el procesado] llevaba consigo 6.3 gramos de cocaína, lo cual superaba ampliamente la dosis personal, sin que por parte de la defensa se hubiera aportado prueba que desvirtuara lo probado por la Fiscalía, teniendo en cuenta que el defensor no pudo tener contacto con su representado. En lo que respecta a la antijuridicidad es claro que con dicha conducta punible se lesionó un bien jurídico tutelado por la ley, como lo es la salud pública, sin que para ello hubiera existido justa causa por parte del incriminado”.

Sin embargo, es menester resaltar que a la luz de la jurisprudencia actual –antes reseñada- no se configura el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes consagrado en el artículo 376 del Código Penal por no haberse demostrado por parte de la FGN el ingrediente subjetivo del tipo consistente en la intención o propósito del sujeto agente de destinarla a su distribución o comercialización, y bajo ese entendido, la ausencia de tal elemento conduciría a que la conducta se tornara atípica.

Por otra parte es importante destacar, que pese a que la primera sentencia dentro de esta nueva línea jurisprudencial (Rad. 41760, SP2940 del 09 de marzo de 2016) ya había sido proferida a la fecha en que se dictó la providencia por parte del Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal (30 de septiembre de 2016) y que ello en principio impediría la prosperidad de la causal de revisión invocada, aquello puede superarse aplicando la jurisprudencia de la SP CSJ proferida el 20 de agosto de 2014 dentro del radicado 43624, la cual permite que sea viable la causal 7 de la acción de revisión pese a que los precedentes jurisprudenciales hayan existido con antelación a la providencia demandada, siempre y cuando los mismos hayan sido desconocidos por el operador judicial; como bien se observa que ocurrió en el caso bajo estudio.

* + 1. En consecuencia, por estar en presencia de la causal 7 de la acción de revisión de acuerdo con lo reglado en el numeral 1 del artículo 196 C.P.P. la Sala procederá a dictar la correspondiente sentencia de reemplazo, la cual consistiría en la absolución del señor procesado Hernando Antonio Gallego Sánchez, por la conducta de violación del artículo 376 del C.P., por la cual fue sentenciado.
		2. Finalmente, se ordenará cancelar la orden de captura emitida por cuenta de este proceso en contra del señor Gallego Sánchez y en caso de que se encuentre recluido en establecimiento carcelario se procederá a ordenar su inmediata libertad, siempre y cuando ese estado de privación sea consecuencia del fallo que se invalida mediante la presente acción de revisión.

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Administrando Justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar FUNDADA la acción de revisión impetrada por el accionante con base en la causal 7 del artículo 192 del C.P.P.

SEGUNDO: En consecuencia, invalidar la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2016 por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Risaralda), en la cual se declaró penalmente responsable al señor HERNANDO ANTONIO GALLEGO SÁNCHEZ por incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 C.P.).

TERCERO: En su lugar, dictar como sentencia de reemplazo la absolución del otrora procesado HERNANDO ANTONIO GALLEGO SÁNCHEZ de los cargos por los cuales fue llamado a juicio en el presente asunto por parte de la FGN, se ordena cancelar la orden de captura emitida por cuenta de este proceso en contra del Gallego Sánchez y en caso de que se encuentre recluido en establecimiento carcelario se procederá a ordenar su inmediata libertad, siempre y cuando ese estado de privación sea consecuencia del fallo que se invalida mediante la presente acción de revisión.

CUARTO: Declarar que contra la presente decisión, por tratarse de un fallo de única instancia, no procede recurso alguno.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

1. Folio 51 del cuaderno de conocimiento. [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ SP 2940, 9 marzo de 2016, radicado 41760 [↑](#footnote-ref-2)