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 2ª. Instancia – 28 de septiembre de 2018

Proceso: Acción de revisión

Radicación No. 660012204000201700228

Accionante Héctor William Monsalve Santamaría

Accionado: Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira

Magistrado Ponente: Jairo Ernesto Escobar Sanz

**TEMAS: ACCIÓN DE REVISIÓN/ TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES / CAMBIO DEL PRECENDENTE JURISPRUDENCIAL/ PARA SU APLICACIÓN REQUIERE SIMILITUDES ENTRE LAS PREMISAS FÁCTICAS DEL PROCESO OBJETO DE LA ACCIÓN DE REVISIÓN Y LA NUEVA LÍNEA JURISPRUDENCIAL/ EN ESTE CASO SE TRATA DE ASUNTOS DISÍMILES/ EL PROCESADO SE ALLANÓ A LOS CARGOS Y MENCIÓNÓ SU CONDICIÓN DE ADICTO/ INFUNDADA CAUSAL DE REVISIÓN**

En este orden de ideas, debe recordarse que uno de los fundamentos que orientan la causal de revisión contenida en el numeral 7 del artículo 192 del C.P.P. es la aplicación *ex post* o retardada del principio de igualdad; así, para que un caso fallado en el pasado encuentre consonancia con la *ratio decidendi* de las nuevas tendencias jurisprudenciales que se profieran en casos afines fallados *a posteriori* por el órgano de cierre, se torna necesario que existan unas similitudes entre las premisas fácticas del proceso objeto de la acción de revisión y los precedentes jurisprudenciales cuya aplicación se reclama.

Lo anterior, quiere decir *contrario sensu*, que en aquellas hipótesis en las que entre un caso juzgado y los precedentes jurisprudenciales cuya aplicación se reclama existan asimetrías o diferencias relevantes en lo factual, que de una u otra forma incidan para constituirse como una especie de factor de diferenciación; resulta claro que la solución jurídica de los nuevos precedentes jurisprudenciales emanados del órgano de cierre no pueden ser aplicados en el caso juzgado, pues se reitera, se trata de casos disímiles.

(…)

En consecuencia, por cuanto no es posible aplicar el precedente referido al presente caso, la Sala procederá a declarar infundada la causal de la acción de revisión presentada por el Procurador Judicial Pena y en consecuencia no se accederá a la petición de dejar sin valor la sentencia proferida el 12 de marzo de 2012 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Risaralda), mediante la cual se condenó al señor Héctor William Monsalve Santamaría como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

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 Nro. 852 del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Pereira, veintiocho (28) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Hora: 9:46 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 660012204000201700228 |
| Accionante | Héctor William Monsalve Santamaría |
| Delito | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes |
| Juzgado Accionado | Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Risaralda) |
| Asunto | Declara no fundada la acción de revisión interpuesta contra la sentencia del 12 de marzo del 2012 |

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 150 Judicial II Penal, en favor del señor Héctor William Monsalve Santamaría y en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Risaralda) el 12 de marzo de 2012; 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 contexto fáctico del caso, los hechos que dieron origen a la acción tuvieron ocurrencia el día 09 de noviembre del 2011 en el sector del barrio “Alfonso López”, carrera 1 con calle 1 en la vía pública; cuando agentes del orden le solicitaron una requisa al señor Monsalve y le hallaron una bolsa que contenía sustancia pulverulenta color habano que al ser sometida a la prueba preliminar P.I.P.H. arrojó como resultado positivo para cocaína y sus derivados en un peso de 2.5 gramos.
   2. Por lo anterior, el 10 de noviembre del 2011 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 en la modalidad llevar consigo y no se solicitó medida de aseguramiento. En dicha diligencia el señor Monsalve Santamaría aceptó los cargos comunicados por la FGN (fl. 4 y 5).
   3. Como consecuencia de tal aceptación de cargos, el 12 de marzo de 2012, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira dictó sentencia mediante la cual se condenó a Héctor William Monsalve Santamaría a la pena principal de 40 meses de prisión y multa de 1.25 SMLMV como autor de la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Contra esta decisión no se interpuso recurso, por lo cual se declaró legalmente ejecutoriado el fallo (fl. 12 a 14).
2. SOBRE LA SUSTENTACIÓN DE LA ACCIÓN DE REVISIÓN PROPUESTA

En la audiencia adelantada el 18 de diciembre de 2017, se presentaron las siguientes intervenciones:

* 1. AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO
* Manifestó que mediante sentencia del 12 de marzo de 2012, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Risaralda) condenó al señor Héctor William Monsalve Santamaría a la pena principal de 40 meses de prisión; por haber sido capturado el día 9 de noviembre de 2011 llevando consigo 2.5 gramos de cocaína.

* Señaló que se acudía a la causal de revisión consagrada en el numeral 7 del artículo 192 del C.P.P. referente a que la C.S.J. haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria; toda vez que en la fecha en que se profirió la sentencia antedicha se encontraba vigente el criterio adoptado mediante sentencia del 17 de agosto de 2011 dentro del radicado 35978, según el cual bastaba con que el sujeto fuera sorprendido con una cantidad superior a la dosis personal para que incurriera en el tipo penal descrito en el artículo 376, e igualmente se establecía una presunción *iuris tantum* al superarse ligeramente dicho tope y una presunción de derecho cuando la cantidad excediera lo razonable.
* Indicó que posteriormente se profirió por la C.S.J. la sentencia dentro del radicado 42617 en la que se afirmaba que la cantidad de droga no era el único, sino uno de los parámetros que debían analizarse al momento de estudiar la vulneración de los bienes jurídicos protegidos.
* Mencionó que más adelante, dentro del radicado 41760 se dijo que en aquellos casos de porte en cantidades superiores a la establecida como dosis personal existía un elemento subjetivo tácito, mediante el cual se afirmaba que no bastaba únicamente ese hallazgo sino que el mismo estuviera conectado a un contexto de distribución, debiendo estudiarse tal elemento en sede de tipicidad y correspondiéndole la carga de la prueba a la defensa.
* Resaltó que por medio de la sentencia proferida dentro del radicado 44997, se reafirmó la existencia del elemento subjetivo tácito y el deber de la FGN de probar no solo la tenencia de la droga sino también la finalidad de tráfico.
* Por lo anterior, solicitó que se decretara la prosperidad de la acción y se dictara sentencia de reemplazo absolviendo al procesado.
  1. DELEGADO DE LA F.G.N (Sinopsis)
* Afirmó que el Ministerio Público había acreditado los requisitos de procedencia para la acción de revisión.
* Señaló que la Fiscalía tenía la carga de probar todos los elementos del tipo, así, debía demostrar que la conducta que se atribuyó a título de presunción estaba verificada probatoriamente, como se dijo en la sentencia con radicado 44997 del 11 de julio de 2017.
* Advirtió que por cuanto no era posible para la FGN probar la intención de distribución, debía admitirse que el porte de estupefacientes estaba destinado al consumo personal.
* Con base en ello solicitó que se revisara la sentencia con el fin de proferir un fallo absolutorio.
  1. DEFENSORA DEL PROCESADO
* Manifestó que el señor Monsalve Santamaría fue condenado a 40 meses de prisión por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito el 12 de marzo de 2012, posteriormente el juzgado de ejecución de penas le concedió prisión domiciliaria por haber cumplido la mitad de la condena, conforme a lo establecido en la Ley 1709 artículo 38G y posteriormente la libertad condicional.
* Resaltó la importancia del trabajo del Ministerio Público al solicitar las acciones de revisión por cambio del precedente, puesto que muchas personas que se encontraban condenadas debían ser absueltas por cuenta del cambio favorable de criterio jurídico.

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 Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Risaralda) el 12 de marzo de 2012.
   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 Monsalve Santamaría fue condenado por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Risaralda) el 12 de marzo de 2012, a la pena principal de 40 meses de prisión y multa de 1.25 SMLMV[[1]](#footnote-1); como responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes por llevar consigo sustancia positiva para cocaína y sus derivados en un peso neto total de 2.5 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:\JURISPRUDENCIA%20CSJ%201995-2014\2013\agosto\40093(15-08-13).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:: i) la sentencia condenatoria dentro del proceso se dictó el 12 de marzo de 2012, se encuentra ejecutoriada y se dictó con base en el criterio jurisprudencial según el cual el portar una sustancia en cantidad superior a la dosis personal configuraba de por sí el tipo penal previsto en el artículo 376 del C.P. ii) con posterioridad al fallo condenatorio, en providencia dentro del radicado 41760 del 9 de marzo de 2016 se empezó a variar el precedente jurisprudencial aplicable al delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes para considerar la existencia de un elemento subjetivo tácito consistente en el ánimo de distribución, profiriéndose luego la decisión dentro del radicado 44997 del 11 de julio de 2017 por medio de la cual la SP de la CSJ advirtió que le correspondía a la FGN la prueba todos los elementos del tipo penal, entre ellos, la intención de tráfico de la sustancia, iii) de ser posible 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 SP 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, debe advertirse que la sentencia fundante de esta línea es la SP-2940 del 9 de marzo de 2016 proferida por la SP dentro del radicado 41760. Sin embargo, el nuevo criterio se concreta en la SP-9916 de 11 de julio de 2017 dentro del 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 en el sentido de que pese a 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)

* 1. Sin embargo, debe destacarse que esta Sala mediante decisión del M.P. Manuel Yarzagaray Bandera en providencia por medio de la cual se resolvió una acción de revisión similar al caso que se estudia, solicitada dentro del proceso en contra del señor Haiver Alexander Vélez Carmona se pronunció en los siguientes términos:
     1. Se resaltó que la mayoría de los casos que dieron origen a la actual línea jurisprudencial fueron tramitados mediante un proceso penal ordinario donde el procesado decidió ejercer su derecho de controvertir y confrontar en un juicio oral, público y concentrado los cargos presentados por loa FGN; razón por la que se podría afirmar que en las hipótesis de terminación abreviada de los procesos penales no serían aplicables dichos precedentes jurisprudenciales.
     2. En este sentido, en SP-4498 del 13 de abril de 2016, la CSJ decidió no aplicar la línea jurisprudencial que había sido trazada mediante sentencia del 09 de marzo de 2016 dentro del radicado 41760. Se expuso lo siguiente:

“*Para terminar, debe advertir la Sala que en la situación fáctica y procesal aquí debatida no tiene cabida o aplicación la reciente tesis jurisprudencial expuesta en SP2940-2016, rad. 41760, del pasado 9 de marzo, de acuerdo con la cual en tratándose de la modalidad comportamental “llevar consigo” del artículo 376 de la Ley 599 de 2000 «…ha de sopesarse en todo caso el ánimo de ingesta de las sustancias, como ingrediente subjetivo o finalidad, [y] de ahí que el porte de una cantidad de droga compatible exclusivamente con ese propósito de consumo será una conducta atípica…»*

*(…)*

*Las consideraciones que anteceden no son aplicables en el asunto analizado, habida cuenta que, en primer lugar, el procesado se allanó o aceptó su responsabilidad a la conducta punible imputada, lo que equivale a decir que confesó o reconoció que la sustancia alucinógena que llevaba consigo, esto es, marihuana en cantidad de cuatrocientos noventa y cinco (495) gramos, la conservaba con una finalidad distinta al consumo personal.*

*En segundo término, el enjuiciado nunca, bien sea en el instante en que fue capturado, en la audiencia de formulación de imputación, o en la de individualización de pena, en las que contó con la asistencia de un abogado de confianza, expresó o aludió tener la condición de adicto a la droga incautada.*

*Por otra parte, en tercer lugar, si bien es cierto en el expediente obra una declaración ante Notario Público en la que quien refiere ser el progenitor del encausado asegura que éste “es adicto al consumo de marihuana, el cual no lo dijo en la audiencia por pena con la familia” , también es verdad que tal manifestación no puede ser valorada por la potísima razón de que se allegó de manera informal cuando la actuación se encontraba al despacho del juez a-quo para la redacción de la sentencia y al parecer con el memorial con el que el procesado confirió poder a otro profesional del derecho, lo cual implica que ese documento no fue conocido ni controvertido por la parte que regentó la pretensión punitiva del Estado en este asunto, dentro de las oportunidades legales para el respectivo debate.*

*Finalmente, en cuarto lugar, si en gracia de discusión la aludida condición de adicto pudiese ser objeto de alguna valoración, en ausencia de otros elementos de conocimiento válidos y de acuerdo con los contornos fácticos del caso, esto es, atendida la forma en que el procesado llevaba dispuesta la sustancia alucinógena (compactada y debidamente embalada), el lugar en el que fue aprehendido (un sector urbano, en vía pública), así como la cantidad de droga (cuatrocientos noventa y cinco gramos de marihuana), la Sala no encuentra asidero cierto y admisible para deducir razonablemente que ese considerable volumen de estupefaciente era el que el acusado necesitaba atendida su condición personal por el presunto grado de adicción, con sujeción a los lineamientos de la sentencia atrás rememorada.”*

* + 1. Conforme a lo anterior, se llegó a la conclusión que en ciertos casos de terminación anticipada de los procesos penales, no era factible la aplicación de la aludida línea jurisprudencial respecto al ingrediente subjetivo que caracteriza el delito de porte de estupefacientes y de la carga de la prueba que le corresponde a la FGN, y se dijo lo siguiente en la citada decisión del caso de Haider Alexánder Vélez Carmona, M.P. Manuel Yarzagaray Bandera:

*“(…)*

* *En los procesos abreviados operan los principios de irretractabilidad y de la obligatoriedad[[3]](#footnote-3), lo cual quiere decir que una vez que el juez de conocimiento haya aprobado el allanamiento a cargos o el preacuerdo; los términos de lo acordado o aceptado se tornan de obligatorio cumplimiento para las partes e intervinientes, quienes no pueden desdecir o desconocer lo pactado o aceptado.*
* *Una de las consecuencias que dimanan de las modalidades de la terminación abreviada de los procesos penales, en especial del allanamiento a cargos, es que la defensa acepta o admite tanto las pruebas habidas en su contra como los hechos tal y como se los presenta la Fiscalía, ya sea en la audiencia de formulación de la acusación o de la imputación, e igualmente renuncia al derecho que le asiste a que su caso sea tramitado en un juicio oral, público y concentrado, en el que puedan controvertir y confrontar las pruebas de la Fiscalía[[4]](#footnote-4).*
* *Al aceptar el procesado los cargos endilgados en su contra, o de convenir con la Fiscalía las circunstancias en las que admite su compromiso penal; la consecuencia lógica de la aprobación de lo aceptado o estipulado por las partes es que en contra del encausado se deba proferir una sentencia condenatoria, quien a cambio recibirá unas contraprestaciones punitivas por haber tomado ese tipo de determinación.”*
  + 1. Lo anterior no obsta para que de manera excepcional una aceptación de cargos conduzca a un fallo absolutorio. Sin embargo, en caso de configurarse lo propio se analizará más adelante, por lo pronto se procederá a realizar el análisis de las circunstancias del caso concreto.
  1. SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PROPUESTO :
     1. En este orden de ideas, se considera que en el caso: i) se profirió sentencia el 12 de marzo de 2012 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Risaralda), mediante la cual se declaró la responsabilidad del entonces procesado Héctor William Monsalve Santamaría 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 aceptó los cargos en las audiencias preliminares llevadas a cabo ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con función de control de garantías.

4.8.2 En primer lugar, se tiene que la presente acción de revisión se planteó con base en una línea jurisprudencial que superó el concepto plasmado en la sentencia 35978 del 18 de agosto de 2011 y avanzó hacia las providencias 42617 del 12 de noviembre de 2014, 41760 del 09 de marzo de 2016 y 44997 del 11 de julio de 2017.

Las anteriores providencias tienen con el caso objeto de estudio un factor de diferenciación, consistente en que en ellas se demostró que los procesados eran personas adictas o consumidoras de psicotrópicos; lo cual evidentemente conspiraba en contra de la acreditación del ingrediente subjetivo del delito de tráfico de estupefacientes aún en aquellos casos en los que la Fiscalía no tuvo oportunidad de allegar pruebas en juicio oral.

Sin embargo, en el caso que se estudia no ocurre lo mismo; puesto que el procesado se allanó a los cargos que la Fiscalía le comunicó y en ningún momento se señaló –siquiera remotamente- su condición de adicto, lo cual conllevó automáticamente al proferimiento de un fallo condenatorio en su contra, sin que el órgano acusador tuviera ocasión para aportar la prueba del elemento subjetivo tácito.

4.8.3 En este orden de ideas, debe recordarse que uno de los fundamentos que orientan la causal de revisión contenida en el numeral 7 del artículo 192 del C.P.P. es la aplicación *ex post* o retardada del principio de igualdad; así, para que un caso fallado en el pasado encuentre consonancia con la *ratio decidendi* de las nuevas tendencias jurisprudenciales que se profieran en casos afines fallados *a posteriori* por el órgano de cierre, se torna necesario que existan unas similitudes entre las premisas fácticas del proceso objeto de la acción de revisión y los precedentes jurisprudenciales cuya aplicación se reclama.

Lo anterior, quiere decir *contrario sensu*, que en aquellas hipótesis en las que entre un caso juzgado y los precedentes jurisprudenciales cuya aplicación se reclama existan asimetrías o diferencias relevantes en lo factual, que de una u otra forma incidan para constituirse como una especie de factor de diferenciación; resulta claro que la solución jurídica de los nuevos precedentes jurisprudenciales emanados del órgano de cierre no pueden ser aplicados en el caso juzgado, pues se reitera, se trata de casos disímiles.

4.8.5 En consecuencia, por cuanto no es posible aplicar el precedente referido al presente caso, la Sala procederá a declarar infundada la causal de la acción de revisión presentada por el Procurador Judicial Pena y en consecuencia no se accederá a la petición de dejar sin valor la sentencia proferida el 12 de marzo de 2012 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Risaralda), mediante la cual se condenó al señor Héctor William Monsalve Santamaría como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

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 INFUNDADA la acción de revisión impetrada por el accionante con base en la causal 7 del artículo 192 del C.P.P., y en consecuencia no se accederá a la petición de dejar sin efectos el contenido de la sentencia proferida el 12 de marzo de 2012 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Risaralda); mediante la cual se condenó al señor Héctor William Monsalve Santamaría como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

1. Folio 14 del cuaderno de conocimiento. [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ SP 2940, 9 marzo de 2016, radicado 41760 [↑](#footnote-ref-2)
3. Sobre estos principios, entre otras, se pueden consultar las siguientes providencias: radicado 27159 del 18 de abril de 2007, radicado 39834 del 20 de noviembre de 2013, radicado 41180 del 11 de junio de 2014, radicado 40439 AP1505-2015 y radicado 45495 del 28 de junio de 2017. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ordinales j y k del artículo 8 del C.P.P. [↑](#footnote-ref-4)