**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

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 Única Instancia – 31 de agosto de 2018

Proceso: Acción de revisión

Radicación: 660012204000 2018 00078-00

Procesado: Fernelly Escobar Delgado

Magistrado Ponente: Manuel Yarzagaray Bandera

**TEMAS: ACCIÓN DE REVISIÓN/ REQUISITOS NUMERAL 7 DEL ARTÍCULO 192 DEL C.P.P./ CONDUCTA ATÍPICA/ ANÁLISIS LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA RESPECTO AL PORTE DE ESTUPEFACIENTES/ CONDICIÓN DE ADICTOS O DE CONSUMIDORES DE ESTUPEFACIENTES/ APROBACIÓN PREACUERDO ENTRE LA FISCALÍA Y EL CONDENADO/ DECLARA FUNDADA REVISIÓN/ SIN EFECTOS SENTENCIA QUE DATA DEL 6 DE OCTUBRE DE 2017 Y PROFIERE FALLO ABSOLUTORIO.**

Por lo tanto, de lo dicho hasta ahora la Colegiatura puede válidamente inferir que en la actuación existían elementos de juicio que de una u otra forma indicaban que el otrora Procesado FERNELLY ESCOBAR DELGADO era una persona adicta o consumidora de alucinógenos, por lo que existía la probabilidad de que el destino de los estupefacientes que llevaba consigo cuando fue capturado, no era otro diferente que el de su consumo personal.

(…)

Siendo así las cosas, la Sala es de la opinión que no existe factor alguno de diferenciación entre los precedentes jurisprudenciales cuya aplicación reclama el accionante y el caso juzgado que ha sido objeto de la acción de revisión, ya que entre ellos existen muchas similitudes y afinidades, especialmente en: a) El sometimiento de los procesados a una de las modalidades de terminación abreviada de los procesos penales; b) el proferimiento de cargos en contra de los encausados por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de porte; c) La existencia de medios de conocimiento que acreditaban la condición de adicto o de consumidores a los estupefacientes por parte de los procesados de otrora; e) El no cumplimiento por parte del Ente Acusador de la obligación que le asistía de demostrar que la intención que el encausado pretendía darle a los psicotrópicos que llevaba consigo, era una diferente que la del consumo personal del encausado.

Ante la existencia de esos comunes denominadores, para la Sala no existe duda alguna que en el presente asunto la solución jurídica dada por la Corte en los precedentes jurisprudenciales cuya aplicación reclama el accionante debe ser la misma, ya que pese a que el penado preacordó con la Fiscalía sobre las condiciones en las cuales admitía los cargos endilgados en su contra, pero como consecuencia de estar demostrada su condición de adicto o de consumidor a los estupefacientes de los procesados, tuvo ocurrencia una vulneración del debido proceso que impedía que se pudiera dictar un fallo de condena, debido a que el encausado aceptó cargos por una conducta que era atípica.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Aprobado por Acta No. 706 del 27 de agosto de 2018. H: 1:20 a.m.

Pereira, treinta y uno (31) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Hora: 8:31 a.m.

Sentenciado: FERNELLY ESCOBAR DELGADO

Delito: Tráfico de estupefacientes

Rad. # 660012204000 2018 00078-00

Asunto: Se profiere fallo en el que se decide una acción de revisión impetrada por el representante del Ministerio Publico

Decisión: Se declaran fundadas las pretensiones del accionante

**VISTOS:**

Procede la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a proferir el correspondiente fallo en el cual se resuelva todo lo relacionado con la Acción de Revisión impetrada por el Dr. LUIS FERNANDO VALDERRAMA GUZMÁN, en su calidad de Procurador Judicial Penal II # 150, en contra de la sentencia proferida el seis (6) de octubre del 2.017 por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del entonces procesado **FERNELLY ESCOBAR DELGADO**, por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes.

**ANTECEDENTES:**

1. Los hechos que dieron génesis a la presente acción de revisión, tuvieron ocurrencia en esta municipalidad a eso de 11:10 horas del 27 de marzo del 2.016 en la *avenida del ferrocarril,* y están relacionados con la captura del ciudadano FERNELLY ESCOBAR DELGADO por parte de efectivos de la Policía Nacional, quienes cuando patrullaban por el sector ubicado por debajo del puente que se encuentra en inmediaciones de la Cr. 10ª, se percataron de la presencia de un ciudadano quien asumió una actitud nerviosa y sospechosa, razón por la que los policiales decidieron practicarle una requisa. Como consecuencia de ese procedimiento de cacheo, en poder del sospechoso se encontró que portaba oculto en sus vestimentas 64 papeletas que contenían una sustancia pulverulenta, la que luego de ser sometida a la prueba de identificación preliminar positiva homogenizada (PIPH), resultó ser cocaína, la cual arrojó un peso neto de 4,9 gramos.
2. Al judicializarse lo acontecido, la Fiscalía, en las calendas del 27 de marzo de esa anualidad, ante el Juzgado 3º Penal Municipal de Pereira, con funciones de control de garantías, además de solicitar la legalización de la captura del entonces indiciado, procedió a enrostrarle cargos al Sr. FERNELLY ESCOBAR DELGADO, por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo, tipificado en el inciso 2º del articulo 376 C.P. Asimismo en esas vistas públicas el Procesado fue puesto en libertad en atención a que la Fiscalía declinó deprecar cualquier tipo de solicitud relacionada con la imposición de medidas de aseguramiento.
3. Como quiera que el procesado no se allanó a los cargos, el 28 de julio de 2.016, la Fiscalía presentó el correspondiente escrito de acusación en contra del procesado FERNELLY ESCOBAR DELGADO. El conocimiento de la actuación fue asumido por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira, ante el cual, después de llevarse a cabo las audiencias de acusación y preparatoria, y el 18 de septiembre de 2.017, al momento de la instalación de la audiencia de juicio oral, la Fiscalía le puso en conocimiento al Juzgado de la Causa que habían pactado un preacuerdo con la Defensa, en virtud del cual el procesado admitía los cargos endilgados en su contra, a cambio de que el Ente Acusador le reconociera que cometió el delito bajo el influjo de las circunstancias de marginalidad consagradas en el artículo 56 C.P. De igual forma, las partes le hicieron saber al Juzgado Cognoscente que como consecuencia de los descuentos punitivos consagrados en el artículo 56 ibídem, estipularon que las penas a imponer al procesado corresponderían a 20 meses de prisión y el pago de una multa de 0.67 *s.m.m.l.v.*
4. Como consecuencia de la aprobación del preacuerdo, en las calendas del 6 de octubre del 2.017, el Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira procedió a dictar la correspondiente sentencia, en la cual se declaró la responsabilidad del entonces procesado FERNELLY ESCOBAR DELGADO, quien fue condenado a purgar una pena principal de 20 meses de prisión y el pago de una multa de $461.934,85. Asimismo en dicho fallo al penado no se le reconoció el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

**EL LIBELO DE LA ACCIÓN DE REVISIÓN:**

Como ya se dijo al introito de la presente providencia, la acción de revisión impetrada en contra del fallo proferido el 6) de octubre del 2.017 por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira, en el cual se declaró la responsabilidad criminal del entonces Procesado FERNELLY ESCOBAR DELGADO, por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, fue deprecada por el Procurador Judicial Penal II # 150, en su calidad de agente del Ministerio Publico, la cual se fundamentó en la causal consagrada en el # 7º del artículo 192 C.P.P. la que es del siguiente tenor:

“7. 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……”.

En dicho libelo, expuso el demandante que en el presente asunto, después de haber sido proferida la sentencia mediante la cual se declaró la responsabilidad criminal de FERNELLY ESCOBAR DELGADO, ha tenido ocurrencia un cambio en la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, respecto a la naturaleza del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de *llevar consigo,* así como a quien le competía la carga de la prueba, el cual al ser aplicado al presente caso juzgado, redundaría en favor de los intereses del ciudadano FERNELLY ESCOBAR DELGADO, quien de contera resultaría absuelto de los cargos por los cuales se declaró el compromiso penal endilgado en su contra*.*

Para demostrar sus pretensiones, el libelista expuso que el cambio jurisprudencial que operaria en favor de los intereses del reo se encuentra reflejado, entre otras, en las sentencias # 4.1760 del 9 de marzo/16, # 44.997 del 11 de julio/17 y # 50.512 del 2 de febrero/18, en las cuales la Corte adujo que el delito de porte de estupefacientes tenía un ingrediente subjetivo tácito o implícito, que sería la intención de consumo del sujeto agente; e igualmente que dicho alto tribunal expuso que para poder proferir un fallo de condena, no era suficiente que el procesado portara una cantidad de sustancias narcóticas que excedieran la dosis personal, siendo también indispensable que la Fiscalía General de la Nación, en su calidad de titular de la carga de la prueba, acreditara que existía por parte del encausado un ánimo de distribución o de comercialización de los alucinógenos.

Con base en lo anterior, adujo el demandante que al confrontar con la nueva realidad jurisprudencial el contenido del proceso en el cual se declaró la responsabilidad penal de FERNELLY ESCOBAR DELGADO, pese a que el fallo fue producto de un preacuerdo pactado entre la Fiscalía y la Defensa, se debía invalidar dicha sentencia condenatoria, como lo hizo la Corte Suprema en un caso similar consignado en la sentencia # 46.848/18, en el cual el Ente Acusador no presentó soportes probatorios que permitieran demostrar que el judicializado tuviera la intención de distribuir a terceros o comercializar los estupefacientes que portaba. Asimismo, adujo el libelista que la aceptación de responsabilidades por parte del procesado, en eventos de terminación abreviada de los procesos penales, en momento alguno convalidaba las falencias probatorias de la Fiscalía ni la relevaba de su obligación relacionada con la carga de la prueba, ya que pensar lo contrario sería invertir esa carga probatoria.

Finalmente, como pretensiones, el demandante solicitó que se apliquen los nuevos precedentes jurisprudenciales, y en consecuencia que se dejen sin efectos la sentencia demandada para que de esa forma por parte de esta Colegiatura de dicte una sentencia de reemplazo en la cual se absuelva al otrora Procesado FERNELLY ESCOBAR DELGADO de los cargos por los cuales se declaró el compromiso penal endilgado en su contra.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

Una vez que esta Corporación Judicial decidiera sobre la admisión del libelo de la acción de revisión, y después de agotada la fase procesal de solicitud de pruebas, se procedió a convocar en audiencia pública a las partes e intervinientes a fin que presentaran sus correspondientes alegatos, relacionados con lo pretendido por el libelista[[1]](#footnote-1).

En dicha vista pública, tuvieron ocurrencia las siguientes intervenciones:

* El Procurador Judicial Penal accionante, después de llevar a cabo una sinopsis de lo acontecido, y de exponer las razones por las cuales consideraba que el Ministerio Publico estaba legitimado para fungir como accionante, se ratificó de todo lo consignado en el libelo, al manifestar que en el presente asunto se logró demostrar la causal aludida, o sea la consignada en el # 7º del artículo 192 C.P.P. debido a que el fallo demandado tenía que ser analizado a partir de lo acontecido desde que la Corte profirió la sentencia de casación # 41760 de 2016, en la que se estableció que el delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de porte, tenía un elemento subjetivo tácito: *el ánimo de distribución o de comercialización por parte del sujeto agente*, el cual debía ser demostrado por la Fiscalía, por detentar dicho sujeto procesal la carga de la prueba, como bien lo expresó la Corte en varias de sus sentencias, entre las cuales se encuentra la sentencia SP9916-2017. Rad. # 44997.

De igual forma, manifestó el accionante que pese a que en el presente asunto la sentencia se profirió como consecuencia de un preacuerdo, tal situación en nada relevaba a la Fiscalía del cumplimiento de sus obligaciones probatorias, ya que para poder proferir un fallo de condena en tales circunstancias se requería la existencia de un mínimo probatorio que demostrara los fines de distribución o comercialización que el sujeto agente pensaba darle a los estupefacientes, lo cual en el caso en estudio no fue demostrado ni siquiera indiciariamente.

Por lo tanto, concluye el libelista, que si se confronta el fallo demandado acorde con esa nueva realidad jurisprudencial, se tiene que la Fiscalía no cumplió con la carga que le incumbía de demostrar la tipicidad subjetiva del delito, por lo que, en sentir del accionante, lo pertinente seria que se infirme esa sentencia condenatoria y se dicte el correspondiente fallo de reemplazo en el cual el Procesado sea absuelto de los cargos endilgados en su contra por parte de la Fiscalía General de la Nación.

* El representante del Ente Acusador, el Dr. ÁLVARO JAIRO BARRERA, en sus alegatos se opuso a las pretensiones del accionante, al argumentar que no eran viable la aplicación en el presente asunto de los precedentes jurisprudenciales invocados por el libelista, debido a que los mismos fueron producto de una interpretación exegética que la Corte Suprema de Justicia hizo de la norma, lo que a su vez que conllevó hacia un desconocimiento del sentido natural de la expresión *llevar consigo* al adicionarle una intención o propósito.

De igual forma el Fiscal Delegado adujo que con tal interpretación que la Corte hizo respecto de la tipicidad del delito de porte de estupefacientes, tuvo ocurrencia un desbordamiento de las funciones de dicho Alto Tribunal, el cual con el pretexto de interpretar el sentido de la norma, en últimas lo que en verdad ha hechos es legislar, para de esa forma usurpar el ámbito de las funciones que son propias de la rama legislativa.

* El Letrado GERMAN CALDAS VERA, en su calidad de apoderado del penado FERNELLY ESCOBAR DELGADO, expuso que coadyuvaba las pretensiones deprecadas por el Agente del Ministerio Público, porque en efecto en el presente asunto tenían cabida los precedentes jurisprudenciales cuya aplicación era reclamada por el Procurador Judicial Penal demandante, debido a que acorde con la nueva visión jurisprudencial que la Corte le ha dado al fenómeno de tráfico de estupefacientes, lo único que se hizo fue humanizar la justicia al darle una mayor relevancia a la dignidad humana.

Finalmente, el Togado adujo que al aplicar al presente asunto los nuevos precedentes jurisprudenciales se debía invalidar la sentencia demandada porque: a) Era atípica la conducta por la cual se declaró la responsabilidad criminal de su ahijado judicial, y b) La Fiscalía no demostró los fines de tráfico o de distribución que tendría el procesado respecto de los alucinógenos que llevaba consigo.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Esta Sala de Decisión, según lo consagrado en el # 3º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente demanda de revisión, en atención a que la sentencia objeto de la acción invocada fue proferida por un Juzgado Penal que hace parte de uno de los Circuitos pertenecientes a este Distrito Judicial.

**- Problema Jurídico:**

Acorde con los argumentos consignados por el Accionante en el libelo de la acción de revisión y de lo que posteriormente alegaron las partes que intervinieron en la vista pública, considera la Sala que de los mismos se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Logró demostrar la parte accionante los presupuestos necesarios para la procedencia de la causal de la acción de revisión consagrada en el # 7º del artículo 192 C.P.P. para de esa forma poder lograr dejar sin efectos la sentencia proferida por el Juzgado 3º Penal del Circuito de esta localidad el 1º de septiembre del 2.016?

**- Solución:**

La acción de revisión se ha constituido como una excepcional herramienta procesal la cual tiene como finalidad esencial la de dejar sin validez los efectos propios de la inmutabilidad que el principio de la cosa juzgada ha generado en una decisión que se encuentra en firme o ejecutoriada, para que de esa forma pueda ser posible subsanar o enmendar algún tipo de injusticia que haya surgido como consecuencia de la expedición del fallo o de la decisión cuya legalidad se cuestiona mediante dicha acción.

Entre las diferentes causales que han sido tipificadas para la procedencia de la acción de revisión, se encuentra la consagrada en el # 7º del artículo 192 C.P.P. la que en un principio vendría siendo una consecuencia del derecho a la Igualdad, consagrado en el artículo 13 C.N. que en esencia pregona que casos iguales o afines deban ser tratados de la misma forma, pero es de destacar que en el escenario de la acción de revisión dicho derecho a la igualdad opera de manera *ex post,* o sea en el sentido consistente en que una vez proferido el fallo cuestionado, el cual debe encontrarse en firme, tenga ocurrencia una nueva línea de pensamiento jurisprudencial, trazada por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que no estaba vigente para ese entonces, en la que se varíen, en favor de los intereses del reo, los fundamentos jurídicos en los que se cimentó la sentencia condenatoria cuestionada, lo que a su vez implicaría que dichos precedentes *novos* deban ser aplicados retroactivamente al caso juzgado, el cual, obviamente, debe ser analizado nuevamente acorde con esa nueva realidad jurisprudencial.

Sobre lo anterior, la Corte se ha pronunciado de la siguiente manera:

“La causal de revisión prevista en el artículo 192.7 de la Ley 906 de 2004, en la que se sustenta la acción promovida en este asunto, exige para su estructuración que la Corte haya variado favorablemente el criterio jurídico que sirvió de fundamento para sustentar el juicio de responsabilidad o la punibilidad en el fallo condenatorio cuya revisión se pide.

Esto significa que el cambio jurisprudencial que permite la revisión del fallo debe preexistir a la demanda, y por tanto, que la acción no puede ser utilizada para buscar que la Corte, con ocasión de su adelantamiento, acceda a modificar favorablemente su doctrina sobre un determinado aspecto, con el fin de aplicarla al caso.

Este es el entendimiento que impone la lógica de la causal y el que la Corte ha ponderado en sus decisiones al analizar su contenido y alcance.….”[[2]](#footnote-2).

Dicha línea de pensamiento en la actualidad se encuentra vigente, como bien se desprende del contenido de los siguientes pronunciamientos: a) Providencia del 30 de mayo de 2018. AP2157-2018. Rad. # 52744; b) Providencia del 27 de 2018. AP2694-2018. Rad. # 52206, por lo que válidamente se puede colegir que uno de los requisitos esenciales para la procedencia de la causal # 7ª de la acción de revisión es que los precedentes jurisprudenciales de cuya aplicación se reclaman, deben existir con posterioridad a la sentencia cuestionada, o sea a aquella que se pide que sea revisada con base en la nueva realidad jurisprudencial.

Por lo tanto, acorde con lo expuesto hasta ahora, la Sala puede colegir que para la procedencia de la causal de la acción de revisión consagrada en el # 7º del artículo 192 C.P.P. se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que se haya declarado la responsabilidad criminal de una persona con base en una serie de criterios jurídicos consignados en precedentes jurisprudenciales emanados de las Altas Cortes.
2. Que estando en firme el fallo condenatorio, dicha línea de pensamiento jurisprudencial que sirvió de soporte para la condena haya variado o sufrido un cambio drástico[[3]](#footnote-3), y que tal variación pueda redundar en favor de los intereses del declarado penalmente responsable.
3. Que en el caso Juzgado se cumplen con todos los presupuestos de la nueva doctrina jurisprudencial trazada por la Corte, lo cual quiere decir que en el evento de que la misma existiera cuando se profirió la sentencia cuestionada, la decisión sería una completamente diferente.

Al aplicar los anteriores criterios al caso en estudio, como punto de partida, la Sala no puede ignorar, tal como lo adujó el libelista en la demanda de la acción de revisión, y lo coadyuvó la Defensa, que en la actualidad ha tenido ocurrencia un vuelco trascendental en lo que tiene que ver con la concepción que en el pasado reciente se tenía sobre los presupuestos necesarios para la adecuación típica del delito de porte de estupefacientes, en la modalidad de *llevar consigo*, lo que ha sido generado como consecuencia de una serie de lineamientos jurisprudenciales que en los últimos tiempos han emanados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia; los cuales, se podría decir, cambiaron las reglas del juego en lo que corresponde con la adecuación típica del delito de marras en aquellos eventos en los que el sujeto agente solo tenga la intención de consumir de manera personal o de darle un uso recreativo a los estupefacientes que haya estado portando.

Para poder entender como ha oscilado el péndulo de la interpretación que la jurisprudencia le ha dado al aludido fenómeno, inicialmente observamos cómo se trazó una línea de pensamiento, como bien se refleja en las sentencias del 18 noviembre del 2008, Rad. # 29183; 8 de julio de 2009, Rad. # 31531 y del 17 agosto del 2011 Rad. # 35978, en la que se tenía una concepción 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.

Pero a partir de la sentencia del 12 de noviembre 2014. Rad. # 42617, esa forma de pensar varió hacia una nueva tendencia en la que se estableció que en aquellos eventos de porte de sustancias estupefacientes, con fines de consumo personal, cuando los narcóticos rebasaban 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, también se llegó a la conclusión consistente en que el exceso ya no tendría la relevancia que se le estaba dando en el pasado, 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 era desvirtuada, porque fue posible demostrar que el Procesado iba a utilizar para su consumo personal una determinada cantidad de sustancias estupefacientes que rebasaban los topes permitidos para la dosis personal, tal comportamiento, por ausencia de antijuridicidad material, ya no que podía ser considerado como punible debido a que al incurrir en esa clase de procederes no se le estaría ocasionando daño alguno al interés jurídicamente protegido: la salud pública, ni a otros intereses jurídicos, ni derechos de terceras personas.

Es de anotar que posteriormente esa línea de pensamiento jurisprudencial, a partir de la expedición de la sentencia del 09 de marzo de 2.016. Rad. # 41760. SP2940-2016, tuvo un nuevo vuelco, ya que la Corte después de analizar el fenómeno delictivo del porte de estupefacientes, cuando en el mismo se encontraba involucrado un adicto o consumidor, acorde con la óptica del artículo 1º del acto legislativo # 02 de 2.009[[4]](#footnote-4), la Corte Suprema llegó a la conclusión consistente en que los eventos de excesos en los límites tolerados para la dosis personal, cuando la finalidad de los estupefacientes no sea otra diferente que la del consumo personal del acriminado, ya no se estaría ante 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 delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de porte o de llevar consigo**[[5]](#footnote-5)**.

Para ofrecer mayor claridad y precisión de todo lo dicho hasta ahora, la Sala considera de utilidad citar los apartes pertinentes de lo dicho por la Corte Suprema en el precedente jurisprudencial que se constituyó en el hito o en la sentencia fundante de la nueva aludida línea jurisprudencial:

“Por tanto, la dosis personal que genera atipicidad de la conducta por la circunstancia de cantidad no es solamente la que determina el literal j) del artículo 2 de la Ley 30 de 1986, como hasta ahora se ha venido entendiendo por la jurisprudencia, sino también la que se demuestre en el proceso en un monto superior a esa regulación pero siempre que sea necesaria para el consumo del sujeto que está siendo procesado dada su situación personal en el caso concreto, pues la presunción establecida por el legislador acerca de lo que se debe entender por dosis personal es legal y admite demostración en contrario.

Entonces, la atipicidad de la conducta para los consumidores o adictos dependerá de la finalidad cierta (no supuesta o fingida) de su consumo personal, lo que puede desvirtuarse en cada caso según las circunstancias modales, temporales o espaciales, como cuando la cantidad supera exageradamente la requerida por el consumidor, adicto o enfermo, o la intención es sacarla o introducirla al país, transportarla, llevarla consigo, almacenarla, conservarla, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla, financiarla, suministrarla o portarla con ánimo diverso al consumo personal.

En el asunto que concita la atención de la Corte, como para 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, teniendo en cuenta que en los fallos se aceptó la fármaco-dependencia de YESID ALEXANDER ARIAS PINTO a la marihuana, habrá de concluirse que el porte de los 50,2 gramos de esa sustancia deviene en atípico…..”[[6]](#footnote-6).

Sobre las variantes que ha tenido la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en lo que atañe con el porte de estupefacientes que excedan los límites de la dosis personal, pese a que el destino de esos narcóticos sea para el consumo personal del sujeto agente, bien vale la pena traer a colación lo que en tal sentido ha expuesto la Corte de la siguiente manera:

“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….”[[7]](#footnote-7).

Es de anotar que a la anterior línea jurisprudencial con posterioridad la Corte Suprema le adicionó una especie de subregla, consignada, entre otras, en las sentencias del: 15 de marzo de 2017. SP3605-2017. Rad. # 43725; 11 de julio de 2017. Rad. # 44997. SP9916-2017; 28 de febrero de 2018. SP497-2018. Rad. # 50512, en virtud de la cual se estableció que a la Fiscalía, en los casos en que la imputación o la acusación sea formulada por porte de sustancias estupefacientes, acorde con lo establecido en los artículos 29 y 250 de la Carta, en consonancia con el artículo 7º C.P.P. le competía la carga probatoria de demostrar que el propósito o la intención del sujeto agente era uno diferente que aquel relacionado con el simple y mero consumo personal de los narcóticos o de su uso recreativo, Vg. el expendio, la distribución o comercialización, etc.. por lo que en aquellas hipótesis en las cuales el Ente Acusador no haya podido cumplir con esa carga probatoria, se debía proferir una sentencia contraria a sus pretensiones punitivas.

Por otra parte, la Sala no puede desconocer que la mayoría de los casos que dieron génesis a la aludida línea jurisprudencial, en especial a la sentencia hito, fueron regulados o tramitados mediante el proceso penal ordinario, ya que en esos eventos el procesado decidió ejercer su derecho de controvertir y confrontar en un juicio oral, público y concentrado, los cargos endilgados en su contra por parte de la Fiscalía, razón por la que se podría pensar que en las hipótesis de terminación abreviada de los procesos penales no serían aplicables dichos precedentes jurisprudenciales, como bien lo dio a entender la Corte Suprema en un caso en el cual decidió no aplicarle la línea jurisprudencial trazada a partir de la expedición de la sentencia del 09 de marzo de 2.016. Rad. # 41760.

Dicho caso se trataba de un ciudadano que se allanó a los cargos, pese a que la Fiscalía solamente le imputó cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo, sin especificar o precisar que los fines de ese porte tenían un propósito diferente que el consumo personal del sujeto agente.

Al resolver la demanda de casación, la Corte 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….”[[8]](#footnote-8).

De lo antes expuesto, válidamente es posible llegar a unas iniciales conclusiones consistentes en que en ciertos casos de terminación abreviada de los procesos penales, no es factible la aplicación de la aludida línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia respecto del ingrediente subjetivo que caracteriza al delito de porte de estupefacientes y de la carga de la prueba que le asiste a la Fiscalía de demostrar que la intención del sujeto era una diferente que la del consumo personal de los narcóticos que llevaba consigo, por lo siguiente:

* En los procesos abreviados operan los principios de la irretractabilidad y de la obligatoriedad[[9]](#footnote-9), lo cual quiere decir que unas vez que el Juez del 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 cual 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, púbico y concentrado, en el que pueda controvertir y confrontar las prueba de la Fiscalía[[10]](#footnote-10).
* 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.

Pese a las peculiaridades que caracterizan a los procesos abreviados, la Colegiatura no puede desconocer que de manera excepcional existen unas hipótesis en las que no necesariamente una aceptación de cargos puede conducir al proferimiento de una sentencia condenatoria, y en consecuencia es válido dictar un fallo absolutorio. Tal situación vendría siendo una consecuencia del correcto ejercicio del deber que le asiste Juez del Conocimiento, acorde con los términos del inciso 4º del artículo 351 C.P.P. de verificar previamente que la aceptación de cargos o lo estipulado en términos similares entre las partes no haya sido producto de una violación de garantías fundamentales o del debido proceso, lo que podría acontecer en hipótesis tales como cuando: a) No exista por lo menos un mínimo probatorio que derrumbe la presunción de inocencia que le asiste al Procesado; b) Que la conducta por la cual el Procesado se allanó a los cargos no sea punible por ausencia de alguno de los elementos consignados en el artículo 9º C.P.; c) Que la acción penal se encuentre extinta por alguna de las causales consignadas en el artículo 82 C.P., etc….

Es de anotar que las aludidas excepciones no le han sido ajenas a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, como bien se desprende, entre otros, del contenido de las siguientes sentencias adiadas el: 4 de julio de 2.002. Rad. # 10308; 8 de julio de 2009. Rad. # 31531; 25 de agosto de 2.010. Rad. # 32865; 18 de diciembre de 2.013 Rad. # 42133; 28 de junio de 2017. SP9379-2017. Rad. # 45.495, en las que se estableció que pese a la existencia de una aceptación de cargos por parte del procesado, no es factible proferir una sentencia condenatoria cuando en la actuación no exista un mínimo probatorio que satisfaga los requisitos necesarios que son exigidos para poder dictar un fallo de condena, como bien lo dio a entender la Corte en los siguientes términos:

“Diferente es que, en el ejercicio de control sobre el respeto de garantías fundamentales, se detecten situaciones objetivas que, sin modificar los enunciados fácticos que por virtud del allanamiento se entienden admitidos por el acusado, comportan una evidente imposibilidad de declarar la responsabilidad, en los términos exigidos por el derecho penal sustantivo (C.P., art. 9º, inc. 1º). Por ejemplo, cuando la conducta atribuida al procesado deviene atípica o carece de antijuridicidad en sentido material.

En tales eventualidades, la jurisprudencia ha reconocido la vulneración del debido proceso en su componente de legalidad, en tanto garantía fundamental. No obstante, por tratarse de un aspecto objetivo que imposibilita la emisión de una sentencia condenatoria, la Sala ha determinado que la solución adecuada para el restablecimiento de tal prerrogativa ius fundamental no es la nulidad, sino la emisión de un fallo absolutorio.

Al respecto, en la SP 8 jul. 2009, rad. 31.531, en un caso donde un imputado por porte de estupefacientes fue condenado en virtud de allanamiento, pese a que la droga que llevaba consigo estaba destinada para su uso personal, la Corte estableció que la conducta no comportaba antijuridicidad en sentido material, razón por la cual dictó sentencia absolutoria.

En esa oportunidad, la Sala puso de presente que la renuncia al juicio y a las garantías a éste inherentes de ninguna manera implica el desistimiento de las demás prerrogativas en cabeza de quien es procesado penalmente, así sea por la vía del procedimiento abreviado, activado por la vía de la aceptación de culpabilidad…..”[[11]](#footnote-11).

Tales exigencias que se le hacen a los procesos abreviados para que en los mismos pueda ser posible dictar un fallo de condena, válidamente pueden ser acompasadas con el contenido de la línea jurisprudencial tratada a lo largo y ancho de este proveído, para de esa forma colegir que en aquellos eventos en los cuales este demostrado que el procesado era consumidor o adicto a los estupefacientes que llevaba consigo, y que la Fiscalía no haya podido demostrar que el destino de esos narcóticos era otro diferente que el del consumo personal del acriminado, aun cuando el procesado se haya allanado a los cargos, no es posible dictar un fallo de condena por no satisfacerse con el cumplimiento de la acreditación del requisito de la tipicidad, en lo que atañe con la demostración del ingrediente subjetivo del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo.

Para ofrecer una mejor claridad y precisión de lo dicho en los párrafos anteriores, considera la Colegiatura de utilidad traer a colación lo que en tales términos ha dicho la Corte:

“La jurisprudencia tiene dicho que una de las posibilidades de afectación de garantías fundamentales con la emisión de una sentencia dictada en virtud de allanamiento a cargos es que, al margen de la aceptación de culpabilidad, se condene al acusado **pese a la existencia de situaciones objetivas que, sin modificar los enunciados fácticos que por virtud del allanamiento se entienden admitidos, y que desde la lógica de la violación directa son inmodificables por integrar la premisa menor del silogismo jurídico contenido en la sentencia, comportan una evidente imposibilidad de declarar la responsabilidad, en los términos exigidos por el derecho penal sustantivo** (CSJ SP9379-2017, rad. 45.495).

Ciertamente, de acuerdo con el art. 29 inc. 2º de la Constitución y el art. 6º inc. 1º del C.P., uno de los componentes esenciales del debido proceso es que nadie puede ser juzgado, sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En ese sentido, el juicio sustantivo de responsabilidad penal requiere la afirmación concurrente de las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en la conducta del procesado (art. 9 inc. 1º ídem). De ahí que, si de la conducta atribuida al acusado no es dable predicar su adecuación en alguna de las categorías sustanciales que componen la responsabilidad penal, no es dable sancionarlo. Una condena impuesta en tales circunstancias vulnera el debido proceso.

En el presente caso, la Corte detecta que la declaración de responsabilidad penal y la consecuente imposición de sanción penal a GUSTAVO ADOLFO BERMÚDEZ TORO por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes son violatorias del debido proceso. Como a continuación se expondrá, la conducta por la cual fue juzgado GUSTAVO ADOLFO BERMÚDEZ TORO es atípica, por lo que surge evidente la aplicación indebida del art. 376 del C.P……”[[12]](#footnote-12).

Es de anotar que la Corte para poder arribar a la conclusión a la que llegó en el antes aludido precedente jurisprudencial, o sea que existiría una violación del debido proceso cuando se profiere una sentencia condenatoria en contra de una persona que se allanó a los cargos pese a que no estaba demostrada la tipicidad subjetiva del delito de porte de estupefacientes, se fundamentó en el hecho consistente en que en el proceso que dio génesis al recurso de casación se acreditó por parte de la Defensa, más específicamente en la audiencia de verificación del allanamiento a cargos, la condición de adicto a los estupefacientes del procesado, quien fue sorprendido por agentes de la policía nacional el 29 de junio de 2012, en la calle 8ª, entre carreras 8ª y 9ª, del barrio Alfonso López del municipio de La Tebaida (Quindío), cuando portaba, en una bolsa plástica, 13 envolturas de papel que contenían una sustancia estupefaciente que resultó ser cocaína, la cual pesó 4,90 gramos. Por ende, como consecuencia de la acreditación de la condición de adicto del acriminado, era de esperarse que el destino de esos narcóticos no era otro diferente que el de su consumo personal, lo cual en momento alguno fue desvirtuado por la Fiscalía.

De igual forma, no se puede ignorar que la solución dada en el citado precedente jurisprudencial tuvo su fuente en lo que esa Alta Corporación en el pasado había aludido en la sentencia del 8 de julio de 2009. Rad. # 31531, en la cual, por tratarse de una persona adicta a los estupefacientes, quien se allanó a los cargos endilgados en su contra por el delito de porte de estupefacientes, debido a que fue capturada en flagrancia, por parte de efectivos de la Policía Nacional, en horas de la tarde del 5 de agosto de 2008, en el sector comprendido entre la carrera 18 con la calle 51 del municipio de Armenia, cuando portaba en dos papeletas 1,3 gramos de cocaína.

En dicho fallo de casación, la Corte expuso que en aquellos eventos de porte de sustancias estupefacientes, en los que se encuentre implicado un consumidor o adicto, cuando la cantidad portada rebasa mínimamente los topes permitidos para la dosis personal, no es posible considerar como delictiva dicha conducta por ausencia de antijuridicidad material, debido a que ese tipo de comportamientos carecen de la relevancia suficiente como para amenazar o poner en peligro el interés jurídicamente protegido {la salud pública}.

De lo antes expuesto, se desprende que en los aludidos precedentes jurisprudenciales, cuya aplicación clama en el caso *subexamine* el demandante, existe un común denominador que incide para considerar que en los procesos abreviados que se tramitan por el delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo, si es factible aplicar las reglas y subreglas jurisprudenciales trazadas por la Corte Suprema de Justicia a partir de las sentencias del 09 de marzo de 2.016, SP2940-2016. Rad. # 41760 y del 15 de marzo de 2017, SP3605-2017. Rad. # 43725, siendo ese común denominador el consistente en que en el devenir de la actuación procesal se haya acreditado la condición de adicto o de consumidor a los estupefacientes del procesado, y que la Fiscalía no pudo demostrar que la intención del sujeto agente al llevar consigo los narcóticos era otra diferente que la del consumo personal o la de su uso recreativo.

A modo de corolario, del análisis que hemos efectuado de la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a partir de la expedición de la sentencia de casación adiada el 09 de marzo de 2.016, SP2940-2016. Rad. # 41760, como de las subreglas que a dicho precedente se la adicionaron respectivamente mediante las sentencias del 15 de marzo de 2017, SP3605-2017. Rad. # 43725 y el 14 de marzo de 2018. SP732-2018. Rad. # 46.848, la Colegiatura válidamente puede llegar a las siguientes conclusiones:

* En aquellos eventos en los cuales el sujeto agente lleve consigo sustancias psicotrópicas que excedan los limites tolerados para la dosis personal, dicha conducta seria 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 para poder satisfacer la adicción del drogadicto, para lo cual jugarán factores tales 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…
* 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 uno 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.
* En los procesos abreviados es factible aplicar la línea jurisprudencial de marras, siempre y cuando en la actuación procesal esté acreditado que la sentencia condenatoria que se profirió como consecuencia del allanamiento a cargo sea violatoria del debido proceso, debido a que la misma se dictó pese a que existían elementos de juicio que demostraban la condición de adicto o de consumidor a los estupefacientes del procesado, aunado a que la Fiscalía no pudo demostrar que la intención del sujeto agente, al llevar consigo los narcóticos incautados, era otra diferente que la del consumo personal o la de su uso recreativo.

Al aplicar todo lo antes expuesto al caso en estudio, a fin de verificar si, acorde con lo dicho en párrafos anteriores, se cumplen o no con los presupuestos necesarios para la procedencia de la causal 7ª de la acción de revisión deprecada por el accionante, al cotejar las premisas fácticas y jurídicas del proceso en el que se declaró la responsabilidad criminal del otrora Procesado FERNELLY ESCOBAR DELGADO con las premisas factuales y normativas de los precedentes jurisprudenciales cuya aplicación reclama el accionante, o sea las consignados en las sentencias de casación adiadas el 8 de julio de 2009. Rad. # 31531 y del 14 de marzo de 2018. SP732-2018. Rad. # 46.848, los que obviamente se deben encontrar en consonancia con lo dicho por la Corte en la sentencia de casación calendada el 09 de marzo de 2.016, SP2940-2016. Rad. # 41760, observa la Sala que entre ellos existen unas similitudes factuales, ya que se está en presencia de personas que admitieron los cargos endilgados en su contra por incurrir en la comisión del delito de porte de estupefacientes, quienes fueron sorprendidas en flagrancia cuando llevaban consigo una cantidad de alucinógenos que rebasaba los límites permitidos para la dosis personal. De igual forma, como consecuencia de presentarse la terminación abreviada del proceso, la Fiscalía no demostró que la intención de los otrora procesados era el expendio o distribución a terceros los estupefacientes que llevaban consigo.

Asimismo, reitera la Colegiatura que las decisiones tomadas por la Corte en los precedentes jurisprudenciales cuya aplicación clama el recurrente, se cimentaron en que en esos procesos estaba demostrado que los procesados admitieron los cargos endilgados en su contra pese a que existían pruebas que acreditaban que eran unas personas adictas o consumidoras de psicotrópicos, lo que obviamente conspiraba para que no se pudiera dictar un fallo de condena debido a que no estaba acreditado el ingrediente subjetivo del delito de tráfico de estupefacientes, lo que a su vez tornaba en atípica dicha conducta delictiva.

Tal situación peculiar que opera a modo de común denominador en los precedentes jurisprudenciales antes aludidos, también tuvo ocurrencia en el caso *subexamine,* si nos atenemos a lo siguiente:

* De un análisis de la actuación procesal, se tiene que en la misma figuraba un informe de policía judicial de arraigo, adiado el 20 de marzo del 2.016, en el cual se establece que como consecuencia de las pesquisas del caso, se pudo averiguar que el ciudadano FERNELLY ESCOBAR DELGADO era una persona que de manera habitual consumía el estupefaciente conocido como *“bazuco”[[13]](#footnote-13).*
* Es de público y notorio conocimiento en esta municipalidad que el lugar en donde tuvo ocurrencia la captura de FERNELLY ESCOBAR DELGADO, o sea debajo del puente ubicado en la avenida del ferrocarril, en inmediaciones de la Cr. 10ª, es un sitio que se caracteriza por ser un sector utilizado para el expendio y el consumo de alucinógenos.
* Para la época de los hechos, el entonces procesado tenía un amplio prontuario relacionado con la comisión de delitos contra el patrimonio económico, tanto es así que estaban vigentes un par de antecedentes penales generados como consecuencia de sendas condenas proferidas por los Juzgados 2º y 3º Penal Municipal de esta localidad, con funciones de Conocimiento, en las calendas del 1º de abril y 13 de mayo del 2.014, por incurrir en la comisión de los delitos de tentativa de hurto calificado. Además, es de anotar que por la forma como el procesado pretendió perpetrar los hurtos, se puede decir que se está en presencia de un ratero de baja estofa, y si a ello le sumamos que unas de las características del síndrome de la adicción o de la dependencia a los alucinógenos, es que el adicto hace lo que sea para poder satisfacer la necesidad de consumir estupefacientes, válidamente se puede inferir que la proclividad del otrora procesado para perpetrar delitos contra el patrimonio económico, bien pudo ser causada por la necesidad de conseguir insumos que le permitieran financiar su adicción.

Por lo tanto, de lo dicho hasta ahora la Colegiatura puede válidamente inferir que en la actuación existían elementos de juicio que de una u otra forma indicaban que el otrora Procesado FERNELLY ESCOBAR DELGADO era una persona adicta o consumidora de alucinógenos, por lo que existía la probabilidad de que el destino de los estupefacientes que llevaba consigo cuando fue capturado, no era otro diferente que el de su consumo personal.

En ese orden de ideas, si nos atenemos a lo dicho al introito de la presente providencia, cuando expusimos que uno de los fundamentos que orientan la causal # 7ª de la acción de revisión es la aplicación *ex post,* o más bien retardada, del principio de la igualdad, para que de esa forma un caso fallado en el pasado se acompase o se encuentre en consonancia con la *ratio decidendi* de las nuevas tendencias jurisprudenciales que se profirieron en casos afines o similares que fueron fallados *a posteriori* por el órgano de cierre, se torna necesario que existían unas coincidencias o similitudes entre las premisas fácticas o factuales del proceso objeto de la acción de revisión y los precedentes jurisprudenciales cuya aplicación se reclama, para que de esa forma se pueda utilizar en el caso juzgado la solución jurídica que la Corte le dio en los precedentes jurisprudenciales a los casos que fueron fallados con posterioridad.

Lo antes expuesto quiere decir, *contrario sensu,* que en aquellas hipótesis en las que entre el 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[[14]](#footnote-14), es obvio que la solución jurídica dada en los nuevos precedentes jurisprudenciales emanados del Órgano de Cierre no podría ser aplicada en el caso juzgado, pues se reitera, se trata de casos disimiles.

Siendo así las cosas, la Sala es de la opinión que no existe factor alguno de diferenciación entre los precedentes jurisprudenciales cuya aplicación reclama el accionante y el caso juzgado que ha sido objeto de la acción de revisión, ya que entre ellos existen muchas similitudes y afinidades, especialmente en: a) El sometimiento de los procesados a una de las modalidades de terminación abreviada de los procesos penales; b) el proferimiento de cargos en contra de los encausados por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de porte; c) La existencia de medios de conocimiento que acreditaban la condición de adicto o de consumidores a los estupefacientes por parte de los procesados de otrora; e) El no cumplimiento por parte del Ente Acusador de la obligación que le asistía de demostrar que la intención que el encausado pretendía darle a los psicotrópicos que llevaba consigo, era una diferente que la del consumo personal del encausado.

Ante la existencia de esos comunes denominadores, para la Sala no existe duda alguna que en el presente asunto la solución jurídica dada por la Corte en los precedentes jurisprudenciales cuya aplicación reclama el accionante debe ser la misma, ya que pese a que el penado preacordó con la Fiscalía sobre las condiciones en las cuales admitía los cargos endilgados en su contra, pero como consecuencia de estar demostrada su condición de adicto o de consumidor a los estupefacientes de los procesados, tuvo ocurrencia una vulneración del debido proceso que impedía que se pudiera dictar un fallo de condena, debido a que el encausado aceptó cargos por una conducta que era atípica.

A modo de corolario, se puede decir que si analizamos el contenido de la sentencia demandada bajo la óptica de los precedentes jurisprudenciales cuya aplicación reclama el demandante, es obvio que la decisión tendría que ser una completamente diferente, porque a la luz de esos nuevos precedentes, pese a que el otrora procesado FERNELLY ESCOBAR DELGADO, como consecuencia de una negociación que hizo con la Fiscalía, admitió los cargos enrostrados en su contra, no sería factible poder dictar un fallo de condena porque ante la insuficiencia probatoria que generaría un status de duda probatoria, la conducta que se le enrostró no podría ser considerada como típica, en atención a que el Ente Acusador no cumplió con la carga probatoria que le incumbía de demostrar que el destino de los narcóticos que el Procesado llevaba consigo era uno diferente que el de su consumo personal.

Por otra parte, en lo que atañe con los argumentos formulados por el Fiscal Delegado para oponerse a las pretensiones del demandante, quien aduce que los precedentes, cuya aplicación clama el libelista, no pueden ser aplicables al presente asunto, porque en su opinión los mismos fueron producto de una interpretación exegética que la Corte hizo de la norma, lo que conllevó a un desconocimiento del sentido natural de la expresión *llevar consigo* al adicionarle una intención o propósito, la Sala dirá que no los comparte, debido a que esos precedentes jurisprudenciales son producto de una interpretación que la Corte Suprema ha hecho de las innovaciones que a la Carta le introdujo el artículo 1º del acto legislativo # 2 del 2.009[[15]](#footnote-15), en las cuales a los consumidores de estupefacientes se les dio el tratamiento no de delincuentes sino de personas enfermas que ameritaban una especial protección constitucional por parte del Estado, lo que a su vez implicó que prácticamente se descriminalizara las conductas delictivas del tráfico de estupefaciente, en la modalidad de llevar consigo, cuando la intención del porte no era otra diferente que la del consumo personal del sujeto agente.

Tal situación quiere decir que en momento alguno la Corte de manera vedada legisló con la interpretación dada a la norma tipificada en el artículo 376 C.P. porque lo único que hizo fue amoldarla en consonancia con la nueva realidad constitucional.

En suma, acorde con todo lo expuesto, la Sala procederá a declarar como fundada la causal de la acción de revisión deprecada por el Procurador Judicial Penal que funge como libelista, y en consecuencia dejara sin valor la sentencia proferida el seis (6) de octubre del 2.017 por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del entonces Procesado FERNELLY ESCOBAR DELGADO, por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes.

De igual forma, por estar en presencia de la causal 7ª de la acción de revisión, acorde con lo reglado en el # 1º del articulo 196 C.P.P. la Sala procera a dictar la correspondiente sentencia de reemplazo, la cual consistiría en la absolución del otrora procesado FERNELLY ESCOBAR DELGADO de los cargos por los cuales fue llamado a juicio por parte de la Fiscalía General de la Nación, los cuales tenían que ver con incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, y como quiera que en la actualidad dicho ciudadano se encuentra purgando una pena de prisión en un establecimiento carcelario, se procederá a ordenar su inmediata libertad, siempre y cuando ese estado de privación de la libertad sea una consecuencia del fallo que se invalidó mediante la presente acción de revisión.

En mérito de todo lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Administrando Justicia en nombre de la Republica y por Autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** **DECLARAR FUNDADA** la causal de la acción de revisión impetrada por parte del Procurador Judicial Penal II # 149, y en consecuencia se invalidara la sentencia proferida el seis (6) de octubre del 2.017 por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del entonces procesado **FERNELLY ESCOBAR DELGADO**, por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes.

**SEGUNDO:** Como corolario de lo anterior, como sentencia de reemplazo se **ABSUELVE** al otrora procesado **FERNELLY ESCOBAR DELGADO** de los cargos por los cuales fue llamado a juicio en el presente asunto por parte de la Fiscalía General de la Nación, y como quiera que el sentenciado se encuentra privado de la libertad en un establecimiento carcelario, se ordenara su inmediata libertad, siempre y cuando ese estado de privación de la libertad sea una consecuencia del fallo que se invalidó mediante la presente acción de revisión.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Es de anotar que en esa vista pública, por economía procesal, se concentraron otras 7 acciones de revisión deprecadas por el accionante, las cuales eran afines y análogas tanto en sus pretensiones como en sus premisas fácticas y jurídicas. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 26 de febrero de 2014. AP879-2014. Rad. # 42041. [↑](#footnote-ref-2)
3. Lo que en el derecho anglosajón se conoce como *OVERRULING*. [↑](#footnote-ref-3)
4. El cual modificó el artículo 49 de la Carta. [↑](#footnote-ref-4)
5. Es de anotar que la nueva línea jurisprudencial trazada a partir de la sentencia hito adiada 9 de marzo de 2016, Rad. # 41760. SP2940-2016, ha sido ratificada y reiterado en otros fallos posteriores, entre los cuales se encuentran: La sentencia del 15 de marzo de 2017. SP3605-2017. Rad. # 43725; la sentencia del 28 de febrero de 2018. SP497-2018. Rad. # 50512, y la sentencia del 14 de marzo de 2018. SP732-2018. Rad. # 46.848. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del nueve (09) de marzo de 2.016. Rad. # 41760. SP2940-2016. M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 11 de julio de 2.017. Rad. # 44997. SP9916-2017. [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 13 de abril de 2.016. SP4498-2016. Rad. # 44718. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sobre estos principios, entre otras, se pueden consultar: La providencia del 18 de abril del 2.007, Rad. # 27159; la sentencia del 20 de noviembre de 2.013. Rad. # 39834; la sentencia del 11 de junio de 2014. Rad. # 41180; la providencia del 25 de 2.015. AP1505-2015. Rad. # 40439, y la sentencia del 28 de junio de 2017. SP9379-2017. Rad. # 45.495. M.P. [↑](#footnote-ref-9)
10. Ordinales j y k del artículo 8º C.P.P. [↑](#footnote-ref-10)
11. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 28 de junio de 2017. SP9379-2017. Rad. 45.495. M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. [↑](#footnote-ref-11)
12. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 14 de marzo de 2018. SP732-2018. Rad. # 46.848. M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. (Negrillas fuera del texto original). [↑](#footnote-ref-12)
13. El que es un producto de los residuos que quedan de la cocaína, luego de que este alucinógeno ha sido sometido a los procedimientos químicos del caso. [↑](#footnote-ref-13)
14. Lo cual en el derecho anglosajón es conocido como *distinguishing.* [↑](#footnote-ref-14)
15. Actuales incisos # 6º y 7º del artículo 49 de la Constitución Política. [↑](#footnote-ref-15)