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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES / ANÁLISIS DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL DEL ELEMENTO SUBJETIVO (INTENCIÓN DE DISTRIBUIR) COMO INGREDIENTE DE LA TIPICIDAD DE LA CONDUCTA / CARGA PROBATORIA DE LA FISCALÍA / SE ABSUELVE.**

“Al respecto debe decir la Corporación que hasta hace algún tiempo sobre el asunto que hoy es objeto de debate se había sostenido, con fundamento en precedentes de la H. Corte Suprema de Justicia, que lo de ser o no consumidor de estupefacientes era algo que únicamente interesaba para aquellos casos en que se estaba ante una incautación que no superaba la dosis personal o de aprovisionamiento; es decir, contrario sensu, que cuando esa cantidad era superior a la dosis permitida, se presumía de pleno derecho que con tal comportamiento se vulneraba de manera eficaz y efectiva el interés jurídicamente protegido…

“Posteriormente, dicho órgano determinó que las conductas en las que se superaba la cantidad establecida como dosis personal o la que se concibió como dosis de aprovisionamiento, debían analizarse en sede de antijuridicidad material, en aras de verificar si se afectaba realmente el bien jurídico tutelado -CSJ SP, 3 sep. 2014, rad. 33409; CSJ SP, 12 nov. 2014, rad. 42617-, entre otros-, e incluso que en los eventos en los que se excedía el límite de lo permitido como delito de peligro abstracto, la presunción era legal -iuris tantum- y no de derecho -iuris et de iure-, a consecuencia de lo cual admitía prueba en contrario; y, por tanto, el monto del estupefaciente incautado no sería el único elemento para definir ese aspecto, sino uno más de los que los falladores deben valorar para efectos de establecer lo pertinente.

“Luego de ello hubo otro cambio de postura, y es precisamente esa la línea jurisprudencial que rige actualmente desde la sentencia CSP SP, 9 mar. 2016, rad. 41760, ratificada en las decisiones CSJ SP, 6 abr. 2016, rad. 43512, y en la CSJ SP, 15 mar. 2017, rad. 43725, de conformidad con las cuales el fallador debe establecer si el judicializado es un infractor de la ley, bien sea porque comercializa o distribuye estupefacientes, o se trata únicamente de un adicto o consumidor de sustancias prohibidas, ya que la justicia penal solo debe ocuparse de los primeros, y no de los últimos…”. (…)

En ese orden de ideas y de acuerdo al precedente CSJ SP del 28 de febrero de 2018 50512, citado en decisión de esta Sala (ver apartado 6.3) la FGN tenía la carga probatoria de demostrar que el señor VARR portaba esa sustancia con el propósito de expenderla, por lo cual pese a las consideraciones del fallo de primer grado sobre el hecho de que las características de la droga requisada al procesado, conocida como “perico”, demostraban que se trataba de una sustancia de considerable valor económico, lo que daba a entender que su adquisición para uso individual no resultaba acorde con su precaria condición económica, lo real es que nada se probó al respecto y esa consideración solamente constituye una opinión del fallador sin evidencia que la respalde.

**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 070 del cuatro (4) de febrero de dos

Pereira, cinco (5) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 8:00 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 660016000035201403343 |
| Accionante | VARR |
| Delito | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes |
| Juzgado Accionado | Juzgado Tercero Penal del Circuito de  Pereira (Risaralda) |
| Asunto | Resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 2 de marzo de 2015 |

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 el recurso de apelación interpuesto por la defensora pública Gloria Eugenia Álvarez Londoño, en favor del señor VARR y en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira (Risaralda), en la cual se declaró la responsabilidad del citado ciudadano como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

1. ANTECEDENTES
   1. Según el acta de aceptación de cargos, los hechos que dieron origen a la acción tuvieron ocurrencia el 5 de agosto de 2014 en la carrera 10 con calle 12 de la ciudad de Pereira (Risaralda), cuando fue capturado el ciudadano VARR. Lo anterior se dio porque uniformados de la Policía Nacional mientras efectuaban labores de patrullaje de rutina, observaron una persona de sexo masculino que al notar su presencia asumió actitud sospechosa, motivo por el cual fue requerido para una requisa a la que accedió de manera voluntaria, encontrando en el bolsillo derecho de su pantalón, cinco bolsas transparentes en cuyo interior se observó sustancia pulverulenta color blanco, con características similares al estupefaciente cocaína y sus derivados, que al ser analizada arrojó un peso neto de 3.2 gramos positivo para cocaína.
   2. Por lo anterior, el 06 de agosto de 2014 se realizó audiencia ante el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías; en la cual se legalizó la captura, se le formuló imputación por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 inc. 2) bajo el verbo rector llevar consigo y la fiscalía desistió de la solicitud de medida de aseguramiento. En dicha diligencia el señor VARR aceptó los cargos comunicados por la FGN.
   3. El 15 de enero de 2015 se llevó acabo audiencia de individualización de pena y sentencia, ante el juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira, en la cual el delegado de la FGN solicita la preclusión de la investigación o la absolución del acusado aduciendo que se trataba de un habitante de calle, consumidor de estupefacientes. Del mismo modo, la agente del Ministerio Público considera que la cantidad de estupefaciente incautada (3.2 gramos), solo superaba levemente la dosis de uso personal, avalando la petición de la Fiscalía y en igual sentido lo se pronunció la defensora del procesado, quien luego recurrió la sentencia de primer grado.

3. IDENTIDAD DEL ACUSADO

Se trata de VARR, identificad con cédula de ciudadanía Nro. 1.088.330.903 de Pereira, nacido el 26 de mayo de 1995 en esta municipalidad, es hijo de María Ema y Ovidio Antonio, de ocupación oficios varios.

4. SOBRE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

(Sinopsis)

* Con los EMP e ILO se demostró claramente la existencia de la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo, imputada al señor VARR, quien fue capturado en flagrancia por miembros de la fuerza pública, ya que el requisarlo advirtieron que el acusado llevaba en uno de sus bolsillos cinco (5) bolsas plásticas pequeñas con sustancia blanca pulverulenta, que arrojó resultado positivo para cocaína y sus derivados, con un peso neto, de 3.2 gramos, lo que se confirmó con el respectivo informe de laboratorio.
* El porte de esa sustancia en cantidad superior a la dosis para uso individual, constituye un acto doloso, que puso en riesgo el bien objeto de tutela legal, que es la salubridad pública, hecho que además fue aceptado por el incriminado en la modalidad de “llevar consigo”, con lo cual admitió su responsabilidad en tal infracción.
* En la audiencia prevista en el artículo 447 del CPP, el delegado de la FGN solicitó que se examinara la posibilidad de decretar la preclusión de la investigación, aduciendo la falta de antijuridicidad del comportamiento atribuido al acusado, por tratarse de un habitante de la calle adicto al consumo de estupefacientes, petición coadyuvada por el delegado del Ministerio Público y por la defensora del señor VARR, quien expuso que de acuerdo a los recientes pronunciamientos de la SP de la CSJ era indiferente la cantidad de sustancia estupefaciente que portara un consumidor de drogas, que debía ser tratado como enfermo, por lo cual su conducta no sería ilícita.
* Según la carpeta del caso, la progenitora del acusado dijo que se había ido de su lado hacía algún tiempo, porque este consumía marihuana sin entregar otros datos. A su vez, una cuñada del procesado manifestó que no le veía hacia días porque se había ido para la calle.
* El incriminado manifestó que vivía en el hotel “La mechita”, ubicado en el lugar donde se le dio captura y que se dedicaba a oficios varios.
* El procesado fue detenido en un lugar de la ciudad que es reconocido como sitio de expendio y consumo de estupefacientes, como lo resaltan los miembros de la Policía Nacional en su informe; aunado a ello, la sustancia encontrada en su poder se hallaba repartida en cinco bolsas plásticas, lo que indica que cada una de ellas contenía seis décimas de gramo del material identificado como cocaína, “perico”, que se trataba de clorhidrato de cocaína, sustancia de mayor refinación y concentración del principio activo, lo que se reflejaba en su valor y permitía inferir que el señor VARR no estaba en condiciones de adquirirla, dadas sus condiciones personales y económicas, por lo cual se podía inferir que ese material no estaba destinado para su consumo.
* Pese a no contarse con la convicción de que el material incautado al acusado estaba destinado a su expendio y que además la conducta se le imputó como “llevar consigo” la sustancia sicoactiva, esa situación no hacía probable que el estupefaciente estuviera destinado al consumo exclusivo del acusado, por lo cual no se compartía esa hipótesis del fiscal, y la defensora del procesado, máxime si la cantidad del estupefaciente encontrada en poder del acusado era superior al triple de la considerada legalmente como dosis personal y excedía en un gramo y dos décimas a la que se estima jurisprudencialmente en este distrito judicial como dosis individual.
* La condición de consumidor de estupefacientes que se aduce en favor del procesado, no lo autorizaba para llevar consigo la cantidad que se le incautó, que excedía ampliamente la cantidad considerada como dosis personal.
* En consecuencia se profirió sentencia contra el acusado por la violación del artículo 376 del CP. En razón del allanamiento a cargos del procesado se le redujo la pena en un 12.5%, que fue fijada definitivamente en 56 meses de prisión, multa equivalente a 1,75 salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un lapso igual al señalado para la pena de prisión. Se le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

5. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO

Defensora (Recurrente)

(Sinopsis)

* En el proceso se probó la condición que su representado era adicto al uso de sustancias estupefacientes, argumento que fue base de la solicitud de preclusión elevada por la FGN y que fuera coadyuvada por el representante del Ministerio Público.
* Según la sentencia CSJ SP del 12 de noviembre de 2014, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, se concluye que frente al tratamiento de los consumidores de drogas, la finalidad de la actividad del Estado debe ser pedagógica, profiláctica y terapéutica y además el consumidor de drogas, en especial el adicto, deber ser tenido como un sujeto de especial protección.
* En este caso se cuenta con pruebas suficientes para demostrar la adicción crónica del acusado, quien sólo tuvo el interés de adquirir su dosis personal de estupefacientes, lo que lo mantiene en riesgo constante, sin que en ningún momento hubiera afectado la integridad o salud de personas distintas, tanto así, que los cargos se le formularon llevar consigo la sustancia sicoactiva.
* Debe reconocerse la condición de adicto del señor VARR porque lo contrario, implicaría que ningún habitante de calle podría acceder a la dosis diaria que requiere y el modo de adquisición de la misma no debe ser objeto de debate como lo hizo el juez de primera instancia, para desvirtuar el argumento de la falta de antijuricidad material alegada por la fiscal.
* El acusado fue capturado en un lugar donde es habitual el expendio de drogas, e inclusive los policiales lo reconocieron como sitio de consumo lo que permite deducir que si se encontraba en ese lugar era para adquirir la sustancia a la cual es adicto.
* Pese a que la cantidad de droga incautada, superó la dosis mínima, no era suficiente para lesionar la salud pública o el conglomerado social y teniendo en cuenta el estado de adicción del señor VARR, los 3.2 gramos de estupefacientes que le incautaron podrían estar destinados a su consumo diario y a lo que él considera como su dosis personal.
* El estado de adicción de VARR fue probado, hasta el punto de que el delegado de la FGN solicitó la preclusión de la investigación. Por lo tanto pide que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva al procesado.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Esta Colegiatura es competente para decidir la presente acción, con base en lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 34 del C.P.P.

6.2 En el caso *sub examen,* el señor VARR fue condenado por el Juzgado 3º Penal del Circuito de esta ciudad a la pena de 56 meses prisión, por considerar que era responsable de la violación del artículo 376 del CP, en la modalidad de llevar consigo la cantidad de 3.2 gramos de una sustancia que fue identificada como positiva para cocaína.

6.3 En consecuencia al haberse sancionado al procesado mediante sentencia anticipada, se debe decidir lo concerniente al grado de acierto de esa decisión, con base en los precedentes recientes de la SP de la CSJ, sobre la materia, sobre lo cual se expuso lo siguiente por parte de esta Sala en decisión del 28 de junio de 2018, dentro del proceso adelantado contra Juan Sebastián Buitrago Ocampo, M.P. Jorge Arturo Castaño Duque, donde se manifestó lo siguiente:

*“(...)*

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

*Posteriormente, dicho órgano determinó que las conductas en las que se superaba la cantidad establecida como dosis personal o la que se concibió como dosis de aprovisionamiento, debían analizarse en sede de antijuridicidad material, en aras de verificar si se afectaba realmente el bien jurídico tutelado -CSJ SP, 3 sep. 2014, rad. 33409; CSJ SP, 12 nov. 2014, rad. 42617-, entre otros-, e incluso que en los eventos en los que se excedía el límite de lo permitido como delito de peligro abstracto, la presunción era legal -iuris tantum- y no de derecho -iuris et de iure-, a consecuencia de lo cual admitía prueba en contrario; y, por tanto, el monto del estupefaciente incautado no sería el único elemento para definir ese aspecto, sino uno más de los que los falladores deben valorar para efectos de establecer lo pertinente.*

*Luego de ello hubo otro cambio de postura, y es precisamente esa la línea jurisprudencial que rige actualmente desde la sentencia CSP SP, 9 mar. 2016, rad. 41760, ratificada en las decisiones CSJ SP, 6 abr. 2016, rad. 43512, y en la CSJ SP, 15 mar. 2017, rad. 43725, de conformidad con las cuales el fallador debe establecer si el judicializado es un infractor de la ley, bien sea porque comercializa o distribuye estupefacientes, o se trata únicamente de un adicto o consumidor de sustancias prohibidas, ya que la justicia penal solo debe ocuparse de los primeros, y no de los últimos. En dichos fallos se considera el ánimo 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.*

*En los citados precedentes la Corte precisó que: (i) aunque se trate de un adicto o consumidor, siempre debe establecerse la finalidad de la tenencia del alucinógeno, bien porque en algunos eventos la cantidad que se lleve consigo supera excesivamente la que requería el adicto, o este tenga una intención diversa al consumo propio, situaciones que sí encuadrarían su conducta en el punible de tráfico de estupefacientes; (ii) el consumidor o adicto puede portar un monto diferente al legalmente señalado como dosis personal, siempre que sea con la finalidad de su ingesta y aprovisiona*miento, *comportamiento que no puede encuadrarse en el ámbito penal, sino que debe darse un tratamiento integral como enfermo o farmacodependiente; (iii) si bien el concepto de dosis personal no ha desaparecido, debe entenderse la misma en consonancia con lo requerido por el procesado en atención a su adicción, de acuerdo con lo demostrado en cada caso concreto; y (iv) si no se logra establecer el nexo respecto del propio consumo, o se advierte su comercialización, tráfico, o su distribución así sea gratuita, la conducta debe ser sancionada penalmente al tener la potencialidad de afectar los bienes jurídicos de salud pública, la seguridad pública y el orden económico y social.*

*Igualmente en la sentencia 44997 de julio 11 de 2017 estimó la Corte que: “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”. E igualmente se expresó en dicha providencia: “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”, y añadió que: “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 […]”. -negrillas de la Sala-*

*En esa misma línea de pensamiento y en una más reciente decisión -CSJ SP, 28 feb. 2018, rad. 50512-, la Sala de Casación Penal al absolver a un ciudadano habitante de calle que fue capturado cuando portaba 47 papeletas de sustancias que arrojó positivo para cocaína y con un peso neto de 11.4 gramos, señaló, entre otros aspectos, que la carga de la prueba de la inocencia le compete al órgano persecutor y no puede ser trasladada al acusado. Véase:*

*“En ese sentido, no le correspondía al procesado probar su inocencia, por cuanto ella se presume, razón por la cual, el órgano persecutor de la acción penal debía establecer, además del peso de la sustancia incautada, si esta estaba destinada a ser distribuida a cualquier título, con miras a desvirtuar lo señalado por XXXX al momento de su captura.*

*De manera que en ningún evento la carga de la prueba de su inocencia le corresponde al procesado, como parece entenderlo el tribunal cuando afirma que la defensa no probó que XXXX llevaba consigo la sustancia estupefaciente con el único propósito de consumirla.*

*[…]*

*Desconoció el tribunal que la fiscalía nunca tuvo dentro de sus hipótesis probar que la sustancia incautada estaba destinada a un fin diferente al del consumo; ni siquiera en la audiencia de imputación aludió a este aspecto subjetivo de la tipicidad de la conducta, tampoco lo hizo en la acusación. De ese modo, las pruebas practicadas en el juicio solo permitieron conocer y verificar, como se prometió en la teoría del caso, que el procesado, habitante de la calle, llevaba consigo 47 papeletas de una sustancia que arrojó resultado positivo para cocaína en cantidad de 11.4 gramos.*

*[…]*

*El hecho de encontrar la sustancia incautada empacada en papeletas, no muestra nada diferente a que lo habitual en materia de microtráfico de sustancias prohibidas es que la droga sea vendida en dosis menores, por lo que de tal hallazgo, ausente de información adicional, no se puede deducir que XXXXX la tenía destinada para algo diferente que a su consumo, menos, si la Fiscalía nunca tuvo dentro de sus hipótesis investigativas la estructuración de un verbo alternativo de consumación del tipo penal descrito en el artículo 376 del C.P., diferente al de ‘llevar consigo’.*

*[…]*

*Y frente a la igualmente errada consideración referida a que un habitante de la calle no tiene capacidad económica para adquirir esa cantidad de papeletas contentivas de estupefaciente, no alcanza la Corte a develar el sentido de tal afirmación que solo se presta a confusas interpretaciones, ninguna vinculada con el objeto de prueba, pues si el verbo imputado por el ente acusador fue el de ‘llevar consigo’, sin que en momento alguno se hubiera discutido la capacidad económica de una persona en condición de habitante de calle, o cuánto es el precio de 11.4 gramos de cocaína, nada soporta tal aserción.*

*Evidencia lo anterior, que la Fiscalía no probó, además porque no estuvo dentro de sus finalidades investigativas, que XXXXX tuviera un propósito diferente al de consumir la sustancia que le fue incautada. Más aún, ni siquiera desvirtuó que el capturado la ‘llevaba consigo’ con el único fin de consumirla por ser un habitante de la calle adicto a estas sustancias.”*

*De conformidad con lo anterior, nuestro órgano de cierre ha señalado que el juez debe valorar el conjunto probatorio, y de acuerdo con las reglas de la sana crítica determinar si es razonable condenar por el punible de tráfico de estupefacientes a un consumidor habitual de sustancias prohibidas, y para ello debe apreciar si la cantidad es indicativa de un propósito de uso diverso del propio consumo, o si de esa circunstancia, junto con los demás elementos de conocimiento, puede evidenciarse que se trata de un porte de estupefaciente para la exclusiva ingesta sin que se advierta un ánimo de comercialización o cualquiera otra finalidad....”*

6.4 En ese orden de ideas, lo que se demostró en el presente caso según el acta con aceptación de cargos que se envió al juzgado de conocimiento[[3]](#footnote-3), fue lo siguiente: i) los uniformados Silvio Fernando Torres y Eduar Albeiro Torres capturaron al señor VARR el 5 de agosto de 2015 en el sector de la carrera 10 con calle 12, ya que al requisarlo le encontraron cinco bolsas transparentes con una sustancia pulverulenta que con características de ser un derivado de cocaína; y ii) en el informe de investigador de laboratorio se estableció que ese material era positivo para cocaína, con un peso de 3.2 gramos.

6.5 Se debe tener en cuenta que en la audiencia de IPS celebrada el 15 de enero de 2015, el delegado de la FGN pidió la preclusión de la investigación o que se absolviera al procesado aduciendo que: i) este era adicto al consumo de estupefacientes; ii) se le encontraron 3.2 gramos de la sustancia derivada de cocaína; iii) por causa de su adicción a la marihuana y otras drogas el señor VARR se convirtió en un “habitante de la calle”, lo que fue verificado en una comunicación que una investigadora de la FGN tuvo con la señora María Emma Restrepo, madre del señor VARR, quien dijo que había tratado de llevarlo a centros de desintoxicación sin lograrlo; y iv) que Lina Vanesa Osorio cuñada del procesado igualmente informó que no le veía hacía días porque residía en las vías públicas[[4]](#footnote-4), lo que se consignó en el acta de la audiencia de IPS[[5]](#footnote-5); y v) que el procesado al ser capturado hizo referencia a su condición de consumidor de estupefacientes . En su defecto pidió que se le reconociera al procesado el estado de marginalidad previsto en el artículo 56 CP.

Esa petición fue coadyuvada por la delegada del Ministerio Público y la defensora del procesado.

6.6 De lo anterior se puede inferir que existía conocimiento sobre el hecho de que el señor VARR era adicto al consumo de estupefacientes, situación que fue reconocida por el juez de primer grado en su fallo, donde dijo que en el caso *sub lite*: “.*..Desde luego, nuestras consideraciones no nos permiten llegar a consolidar plenamente una convicción referente al despliegue del comportamiento de distribución o venta...”,* lo que da a entender en ausencia de prueba en contrario, que el incriminado era adicto al uso de alucinógenos, y que además tenía la condición de habitante de la calle.

6.7 Adicionalmente hay que manifestar que no existe ninguna evidencia que demuestre que el implicado hubiera sido retenido por estar efectuando actos de comercio de la sustancia estupefaciente que le fuera decomisada, y por ello en la audiencia de formulación de imputación se le presentaron cargos, por “llevar consigo” la sustancia sicoactiva que le fue requisada, que no era una cantidad considerable, ya que se trató de 3.2 gramos de un derivado de cocaína.

6.8 En ese orden de ideas y de acuerdo al precedente CSJ SP del 28 de febrero de 2018 50512, citado en decisión de esta Sala (ver apartado 6.3) la FGN tenía la carga probatoria de demostrar que el señor VARR portaba esa sustancia con el propósito de expenderla, por lo cual pese a las consideraciones del fallo de primer grado sobre el hecho de que las características de la droga requisada al procesado, conocida como “perico”, demostraban que se trataba de una sustancia de considerable valor económico, lo que daba a entender que su adquisición para uso individual no resultaba acorde con su precaria condición económica, lo real es que nada se probó al respecto y esa consideración solamente constituye una opinión del fallador sin evidencia que la respalde.

6.9 Frente a ese panorama, hay que hacer hincapié en el hecho de que el juez de primer grado tuvo conocimiento sobre evidencias en torno a la condición de adicto del procesado, ya que en su fallo manifestó que: “*Entre los elementos de juicio con que se cuenta en la carpeta del caso, se señala respecto a la situación personal del señor* VARR*, por parte de su progenitora, que se fue de su lado hace algún tiempo, por cuanto consume y no sabe que más; por otra parte una cuñada del procesado manifiesta que hace días no lo ve porque se fue para la calle”.[[6]](#footnote-6)*

6.10 Para la Sala esta consideración del fallo, genera dudas sobre si el acusado portaba la sustancia para su uso individual, o con fines de comercio, ya que el cargo que el señor VARR aceptó fue el porte de la sustancia derivada de cocaína y ante el hecho de que la FGN no hubiera probado la condición de minorista de drogas que tenía el señor VARR, y existir evidencia sobre su condición de adicto al uso de estupefacientes, se considera que lo procedente es resolver ese dilema en favor del procesado, aplicando el principio universal del *In Dubio Pro Reo* y lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 7º del CP.

6.11 Debe decirse que esta Colegiatura ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre ese tema en decisiones de acción de revisión, para lo cual se citan las siguientes conclusiones, que fueron consignadas en decisión de este Sala del 28 de agosto de 2018, dentro de la acción de revisión propuesta en favor de Julio Cesar Arango Cabezas, radicación 66001 2204000 201 800096-00. M.P. Manuel Yarzagaray Bandera así:

“(…)

* *En aquellos eventos en los cuales el sujeto agente lleve consigo sustancias psicotrópicas que excedan los límites tolerados para la dosis personal, dicha conducta sería punible, siempre y cuando se logre demostrar que el destino de las sustancias estupefacientes era otro diferente que el del consumo exclusivo del procesado, erigiéndose de esa forma la intención o el propósito que se le pensaba dar a los narcóticos como una especie de ingrediente subjetivo del tipo penal de porte de estupefacientes.*
* *No todos los excesos en el porte de sustancias psicotrópicas que rebasen los topes permitidos para la dosis personal, a pesar de que se diga que iban a ser utilizados para el consumo del encausado o para satisfacer su adicción, per se se erigen como presupuestos que permitan inferir de manera automática que se está en presencia de una hipótesis de atipicidad, ya que el comportamiento endilgado al sujeto agente debe ser analizado dentro del contexto de lo acontecido y acorde con la situación del adicto, lo que a su vez permitirá determinar que solamente serán admisibles aquellos excesos que racionalmente pueden ser considerados como necesarios y suficientes como para poder satisfacer la adicción del drogadicto, para lo cual jugarán factores como: el fenómeno de la dosis de aprovisionamiento, la cantidad de las sustancias estupefacientes incautadas, las características de la presentación de los narcóticos, los antecedentes de todo tipo del sujeto agente, el escenario en el cual acontecieron los hechos, etc… los cuales, se reitera, válidamente le permitirán determinar al juzgador de instancia si el destino de las sustancias psicotrópicas incautadas, que excedían los límites tolerados para la dosis personal, era únicamente para el consumo del indiciado, o si por el contrario se le iba a dar un uso diferente, vg. el expendio, la distribución, etc*
* *En las hipótesis en las cuales la Fiscalía haya acusado a un ciudadano por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de porte o de llevar consigo, le asiste la carga de la prueba de demostrar, más allá de toda duda razonable, que el propósito o la intención del acusado era una diferente que el de la recreación o el consumo personal de esos narcóticos. Por lo que en el evento que no cumpla con dicha carga probatoria, la sentencia se debe proferir en contra de las pretensiones punitivas del Ente Acusador.*

6.12 Lo anterior indica que en un caso como el presente de confirmarse la sentencia de primera instancia, y acudirse a una acción de revisión, la sentencia de primer grado debería ser revocada, al existir evidencia de que el procesado era consumidor de estupefacientes y no haber demostrado el ente acusador que el señor VARR portaba la droga con fines de expendio, de acuerdo a los precedentes de la SP de la CSJ antes citados.

6.13 Por lo anterior se revocará la sentencia dictada el 2 de marzo de 2015 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira, mediante la cual se declaró la responsabilidad del entonces procesado VARR por la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, ya que no se acreditó por parte de la FGN el ingrediente subjetivo deducido por vía de jurisprudencia de la SP de la CSJ sobre la expresión “llevar consigo”, que contiene el artículo 376 del CP, consistente en la intención o propósito del sujeto agente de portar sustancias controladas para destinarlas a su distribución o comercialización, ya que bajo ese entendido, la ausencia de tal elemento conduciría a que la conducta se tornara atípica.

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: REVOCAR la sentencia dictada el 2 de marzo de 2015, por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira (Risaralda), en la cual se declaró penalmente responsable al señor VARR por incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 C.P.). En consecuencia se ordena cancelar la orden de captura que se había proferido en contra.

SEGUNDO: Esta decisión queda notificada en estrados y contar ella procede el recurso de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

1. CSJ SP, 18 nov. 2008, Rad. 29183, y CSJ SP, 8 jul. 2009, Rad. 31531, entre otros. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver entre otras CSJ SP, 17 ago. 2011, Rad. 35978. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 2 y 3 [↑](#footnote-ref-3)
4. Lo anterior aparece consignado en la carpeta de la FGN Folio 31, correspondiente al informe suscrito por la investigadora Diana Carolina Arango Leal. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 7. Audiencia IPS 15 junio 2015. A partir de H. 00.05.05 [↑](#footnote-ref-5)
6. Folio 10 [↑](#footnote-ref-6)