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…”. (…)

Sobre la base de las anteriores consideraciones 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 JJCB portaba esa sustancia con el propósito de expenderla, por lo cual pese a las consideraciones del fallo de primer grado en el sentido de que el hecho de haberse excedido en dos veces la cantidad fijada como dosis individual para consumo de marihuana y la presentación del material vegetal que portaba el incriminado, permitían inferir que la llevaba consigo para fines distintos a su uso individual, que se entiende podrían ser actos de comercio de ese alucinógeno, lo real es que la FGN no probó nada al respecto, por lo cual esas consideraciones del fallo, solamente constituyen 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 Nro. 0098 del siete (7) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

Pereira, once (11) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 2:08 p.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 60 00 035 2014 80069 01 |
| Accionante | JJCB |
| 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 9 de marzo de 2016 |

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a proferir el correspondiente fallo en el cual se resuelve lo relacionado con el recurso de apelación interpuesto por la defensora del señor JJCB, contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Pereira (Risaralda); en la cual se declaró la responsabilidad del citado ciudadano como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

2. ANTECEDENTES

2.1 Según el acta de aceptación de cargos para sentencia anticipada que fue remitida al despacho de conocimiento, los hechos que dieron origen a la presente investigación, ocurrieron el 12 de agosto de 2014 en la Avenida del Ferrocarril, a las 17.15 horas, frente al No. 11B-20, vía pública, donde fue capturado JJCB, ya que unos agentes lo requisaron y le encontraron cuatro (4) bolsas plásticas color de negro con 9 cigarrillos cada una, para un total de 36 cigarrillos de marihuana. Ese material tuvo un peso de 70.3 gramos.[[1]](#footnote-1)

2.2 Por lo anterior, el 13 de agosto se realizó audiencia ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con función de control de garantías, en la cual se legalizó la captura del señor JJCB; 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 se retiró la solicitud de la medida de aseguramiento. En dicha diligencia el imputado aceptó los cargos comunicados por la FGN.[[2]](#footnote-2)

2.3 El 31 de agosto de 2015 durante la audiencia de individualización de pena y sentencia[[3]](#footnote-3).

2.3.1 La delegada de la FGN solicitó que se decretara la preclusión de la investigación, con base en un informe con el cual se establecía que el acusado era consumidor habitual de estupefacientes, principalmente de marihuana, y a que existían nuevos precedentes sobre la materia, ya que el acusado fue sorprendido cuando llevaba la cantidad de marihuana que le fue incautada, conducta que se adecuaba al artículo 376 del CP, pero adujo que los documentos relacionados con su arraigo demostraban su condición de adicto al consumo de esa sustancia y que la defensa había allegado la respectiva pericia psiquiátrica, con la cual se acreditó esa condición, a través de la entrevista que rindió el señor JJCB, estando demostrada su condición de adicto y que además laboraba administrado un bar. En ese sentido solicito que se precluyera la investigación ya que el procesado demandaba asistencia médica y no tratamiento penal, fuera de que no se probó que portara ese material con fines de distribución o venta.

2.3.2 La defensora del procesado coadyuvó esa solicitud con base en la citada valoración de psiquiatría forense[[4]](#footnote-4) y en la entrevista que rindió el procesado ante un investigador del sistema de Defensoría Pública, aunado a la constancia firmada por Luz Dary Valencia Betancurt[[5]](#footnote-5), que corroboraba esa condición especial del incriminado, quien era usuario de esa sustancia desde temprana edad, e invocó el A.L. 02 de 2009 y una decisión de la Corte Constitucional del 1 de noviembre de 2014, para plantear que si bien en el caso del señor JCCB se superó la cantidad de marihuana establecida como dosis personal, su conducta no era antijurídica, ya que el material que se le incauto estaba destinado a su consumo personal y no a su comercio.

2.3.3 El 24 de septiembre de 2015, el juez de conocimiento negó la preclusión solicitada, considerando que en razón de la presentación del material incautado y su peso, ya que se trataba de 70.3 gramos de marihuana, que estaban distribuidos en 4 bolsas con 9 cigarrillos cada una, no podía concluirse la falta de antijuridicidad de la conducta atribuida al acusado. Contra esta decisión no se interpuso ningún recurso.

2.4 El día 9 de marzo de 2016 se dio lectura a la sentencia, donde se condenó al señor JJCB a la pena equivalente de 56 meses de prisión y el equivalente a 1,75 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

1. IDENTIDAD DEL ACUSADO

Se trata de JJCB, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 10.021.732 de Pereira, nacido el 20 de septiembre de 1974 en esa ciudad, es hijo de Gildardo y María Edilma, de ocupación comerciante.

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 JJCB, quien fue capturado en flagrancia por miembros de la fuerza pública, por llevar consigo 70.3 gramos de una sustancia que resulto ser marihuana, lo que se confirmó con el respectivo informe de laboratorio y la aceptación de cargos que hizo el procesado en la audiencia preliminar.
* En este caso no se contaba con ningún elemento de juicio que llevara a inferir que existía alguna causal eximente de responsabilidad, ya que el acusado es una persona mayor de edad con plenas capacidades físicas y mentales, que sabe diferenciar lo lícito de lo ilícito y por lo tanto debía actuar conforme a derecho. Sin embargo, de manera deliberada optó por ejecutar una conducta ilícita de manera dolosa, por lo que se desvirtuó la presunción de antijuridicidad que reviste al porte de estupefacientes, sumado al hecho de que la cantidad de sustancia incautada excede de manera considerable la dosis establecida para uso personal.
* No reconoció la condición de marginalidad solicitada por la defensa durante la audiencia del 447 del CPP, pues la misma no se vislumbra ni guarda relación con la comisión de la conducta punible investigada, máxime cuando la sustancia que le fue decomisada al acusado tenía una presentación y dosificación que de conformidad con la lógica y las costumbres, daba a entender que estaba lista su consumo y distribución y por lo tanto no podía ser para uso exclusivo del señor JJCB, sumado al hecho de que esa sustancia estaba representada en cigarrillos, lo que implicaba un precio más elevado de la misma.
* Igualmente descartó la presunta condición de marginalidad del encartado con base no sólo en la cantidad y presentación de la sustancia estupefaciente, sino también en las condiciones de vida del procesado y al hecho de que este laborara como administrador de una discoteca.
* Finalmente le fue impuesta una pena de 56 meses de prisión y multa de 1.75 smlmv, al haber sido hallado responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.
* Al acusado no se le otorgó la suspensión condicional de la pena teniendo la expresa prohibición legal prevista en el artículo 68A respecto a los delitos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones para conceder dicho beneficio.

5. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO

5.1 Defensa (Recurrente)

* Solicitó la revocatoria de la sentencia de primer nivel y en consecuencia la absolución del su prohijado teniendo en cuenta que dentro de la actuación se tiene acreditado que el señor JJCB es adicto a las sustancias estupefacientes.
* Subsidiariamente pidió que se reconocerá la condición de marginalidad de conformidad con lo reglado en el artículo 56 del CP.
* Su pretensión se funda en lo referido por la SP de la CSJ mediante providencia del 12 de noviembre de 2014, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.
* Se encuentra acreditado que el acusado es una persona adicta a los estupefacientes, situación que lo margina de la sociedad debido al alto grado de su adicción, pues su único interés es saciar la misma pero no la de otras personas, y por ello fue que al señor JJCB se le comunicaron cargos por el delito previsto en el artículo 376 del CP, verbo rector “llevar consigo”.
* El procesado fue capturado en una zona de expendio y consumo de sustancias ilícitas y ese hecho en particular no puede ser usado para establecer que no se trata de una persona adicta a los alucinógenos, ya que es lógico que el señor JJCB deba concurrir a esos lugares para adquirirlos. El acusado aceptó los cargos pero también su adicción a los estupefacientes, y además se cuenta con una valoración por parte de Medicina Legal mediante el cual se corrobora dicha situación.
* La cantidad de la sustancia ilícita que le fue incautada al señor JJCB, si bien es cierto superan la dosis personal permitida, ese monto no lesiona la salud pública ni a la sociedad en general, sino a la salud de quien la usa.
* El estupefaciente decomisado perfectamente podía ser para el propio consumo del procesado tal y como lo ha referido la jurisprudencia de la SP de la CSJ.
* En el caso bajo estudio existe prueba suficiente de la condición de adicto del señor JJCB, y las mismas incluso sirvieron de fundamento para que la FGN presentara una solicitud de preclusión a su favor.

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 JJCB… 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 70.3 gramos de marihuana.

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 pronunció 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[[6]](#footnote-6), 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[[7]](#footnote-7), 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[[8]](#footnote-8), fue lo siguiente: i) el señor JJCB fue aprehendido por miembros de la Policía Nacional el 1º de agosto de 2014, en el sector de la Avenida del Ferrocarril de esta ciudad, frente al número 11-20, en la vía pública, ya que al requisarlo le fueron encontradas cuatro (4) bolsas plásticas color negro con nueve (9) cigarrillos de marihuana; ii) en el informe de investigador de laboratorio se estableció que ese material era marihuana, con un peso neto de 70.3 gramos.

6.5 Se debe tener en cuenta que en la audiencia de IPS celebrada el 31 de agosto 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 70.3 gramos de marihuana ; iii) por causa de su adicción a la marihuana y otras drogas JJCB se convirtió en un “habitante de la calle”, lo que fue verificado con la documentación presentada por su defensora; y iv) el procesado al ser capturado hizo referencia a su condición de consumidor de estupefacientes. En su defecto pidió que se le reconociera al acusado 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 JJCB es 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 fue identificada como marihuana con un peso de 70.2 gramos.

6.8 Sobre la base de las anteriores consideraciones 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 JJCB portaba esa sustancia con el propósito de expenderla, por lo cual pese a las consideraciones del fallo de primer grado en el sentido de que el hecho de haberse excedido en dos veces la cantidad fijada como dosis individual para consumo de marihuana y la presentación del material vegetal que portaba el incriminado, permitían inferir que la llevaba consigo para fines distintos a su uso individual, que se entiende podrían ser actos de comercio de ese alucinógeno, lo real es que la FGN no probó nada al respecto, por lo cual esas consideraciones del fallo, solamente constituyen una opinión del fallador sin evidencia que la respalde, lo que va en contravía del principio de necesidad de prueba que de deduce de los artículos 372 y 381 del CPP.

6.9 Frente a ese panorama, hay que hacer hincapié en el hecho de que el juez de primer grado tuvo conocimiento sobre las evidencias en torno a la condición de adicto del procesado, y pese a que reconoció dicha condición al acusado, se limitó a referir que la misma no era óbice para reconocer la circunstancia de marginalidad al mismo, debido a la cantidad y la presentación de la sustancia ilícita que le había sido incautada.

6.10 Para la Sala esta consideración contenida en la sentencia recurrida, 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 JJCB aceptó fue el porte de la marihuana que le fue requisada,y ante el hecho de que la FGN no hubiera probado la condición de minorista de drogas que tenía el señor JJCB, 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 A manera de resumen final debe decirse 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 JCCB portaba la marihuana que le fue decomisada, con fines de expendio, lo que resulta conforme a los s precedentes de la SP de la CSJ antes citados.

6.13 Por lo anterior se revocará la sentencia dictada el 9 de marzo de 2016 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira, mediante la cual se declaró la responsabilidad del señor JJCB, 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 9 de marzo de 2016, por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira (Risaralda), en la cual se declaró penalmente responsable al señor JJCB, por incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 C.P.), y en su lugar se absuelve al mencionado ciudadano. En consecuencia se ordena cancelar la orden de captura que se había proferido en contra.

SEGUNDO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra Ella procede el recurso de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

1. Folios 2 y 3 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 4 y 5 [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 41 . A partir de H. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 29 a 33 [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 37 [↑](#footnote-ref-5)
6. CSJ SP, 18 nov. 2008, Rad. 29183, y CSJ SP, 8 jul. 2009, Rad. 31531, entre otros. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ver entre otras CSJ SP, 17 ago. 2011, Rad. 35978. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 2 y 3 [↑](#footnote-ref-8)