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: ACCIÓN DE REVISIÓN / POR CAMBIO FAVORABLE DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / REQUISITOS / PORTE DE ESTUPEFACIENTES / NECESIDAD ACTUAL DE PROBAR LA FINALIDAD DEL PORTE, PUES NO ES LA CANTIDAD EL ÚNICO FACTOR DETERMINANTE.**

La causal de revisión por cambio de jurisprudencia favorable, se encuentra establecida en el numeral 7 del del artículo 192 C.P.P. En providencia dentro del radicado 40093 de la CSJ SP del 15 de agosto de 2013, se establecieron los requisitos para su procedencia, así:

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

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

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

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

**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. 221 del seis (6) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Pereira, siete (7) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 2:00 p.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 22 04 003 2018 00228 00 |
| Accionante | DFEJ |
| Delito | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes |
| Juzgado accionado | Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira (Risaralda) |
| Asunto | Declara fundada acción de revisión interpuesta contra la sentencia del 22 de julio del 2016 |

1. **ASUNTO A DECIDIR**

Procede la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a proferir el correspondiente fallo en el cual se resuelve lo relacionado con la acción de revisión impetrada por el apoderado judicial del señor DFEJ, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira (Risaralda) del 22 de julio de 2016; en la cual se declaró la responsabilidad del citado ciudadano como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes bajo la inflexión verbal “llevar consigo”.

1. **ANTECEDENTES**
   1. Los hechos según el escrito de acusación son los siguientes[[1]](#footnote-1):

*“El día 05 de abril de 2015, siendo las 19.05 horas, se encontraban los agentes del orden en labores de patrullaje por el sector de los puentes, carrera 9 con calle 12, cuando observaron una persona del sexo masculino quien fue identificado como DFEJ, c.c. No. 1.088.273.378 de Pereira, quien al notar la presencia de la policía arroja al piso una bolsa, la cual al verificar su contenido se hallaron veinte papeletas de sustancia pulverulenta al parecer cocaína, de igual forma al requisarlo hallaron en la manga derecha de su chaqueta una bolsa contentiva de 24 papeletas de la misma sustancia conocidas como bazuco; de inmediato se procede a su captura, se le dan a conocer los derechos que le asisten como persona capturada.*

*Al realizarse la prueba de PIPH para identificación de sustancias estupefacientes a la sustancia incautada, arrojó positivo para COCAÍNA Y SUS DERIVADOS, con un peso neto la Muestra No. 1 de 2 gramos y la Muestra No. 2 de 3.2 gramos.(…)”*

* 1. Por lo anterior, el 06 de abril de 2015 se realizó audiencia ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de la ciudad; 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 C.P.), verbo rector ‘llevar consigo’ y solicitó se decretara la libertad del imputado. En la dicha diligencia el señor DFEJ no aceptó los cargos (folio 7).
  2. El conocimiento del proceso le correspondió al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira (Risaralda); se realizó audiencia de acusación el día 7 de octubre de 2015 (folio 10); se llevó a cabo audiencia preparatoria el día 4 de noviembre de 2015 (folio 11); y el juicio oral tuvo lugar el día6 de julio de 2016 (folio 27).
  3. La sentencia se profirió el 22 de julio de 2016, en la cual se condenó a DFEJ a la pena principal de 64 meses de prisión y multa de 2 SMLMV, como autor responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Decisión contra la cual no se interpuso ningún recurso.

1. **SOBRE LA SUSTENTACIÓN DE LA ACCIÓN DE REVISIÓN PROPUESTA**

En la audiencia adelantada el 25 de febrero de 2019, se presentaron las siguientes intervenciones:

* 1. DEFENSOR
* Hizo un recuento del procedimiento de captura de su defendido y resaltó que el sector donde fue aprendido es reconocido porque allí confluyen habitantes de calle para el consumo de sustancias estupefacientes.
* Al momento de la condena el fallador argumentó que la conducta ponía en peligro el bien jurídicamente tutelado de la salud pública esgrimiendo una responsabilidad objetiva, aun cuando en su momento la defensa argumentó que se trataba de un consumidor porque se encontraba en un lugar de consumo de estupefacientes y no se le encontró dinero que permitiera fundar la presunta venta.
* En la sentencia se admitió que el lugar de la captura era un sitio señalado como de expendio y consumo de sustancias estupefacientes. No reconoció la condición de marginalidad porque la condición de consumidor no autoriza portar sustancia estupefaciente superior a la establecida para dosis de uso personal. La condena fue de 64 meses de prisión.
* La carga de la prueba correspondía a la FGN la cual debió desvirtuar que se trataba de un expendedor y no de un consumidor, por lo que no se trata de una presunción de derecho en protección del interés jurídicamente protegido sino que debían ser apreciados como presunción legal que permitía prueba en contrario, situación que no fue desvirtuada por el Estado.
* Según la ley 1566 de 2012 el consumo de estupefacientes es una enfermedad que se debe tratar como un asunto de salud pública, por lo que el abuso y la adicción se tratará como enfermedad que requiere atención del Estado.
* Invocó la causal del numeral 7º del artículo 192 del CPP soportado en sentencia del 25/07/2017 rad 2016-04348 de esta Corporación y sentencias del 12/11/2014 rad 42.617, del 09/03/2016 rad 41.760, del 11/06/2017 proceso SP9916-2017 de la Corte Suprema de Justicia, todas respecto de la carga probatoria que corresponde a la FGN.
* Solicita dictar fallo de reemplazo absolutorio.
  1. DELEGADO DE LA F.G.N
* Indicó que el fallo que se revisa fue producto de un juicio oral en el cual la FGN no introdujo un elemento que acreditara que la sustancia incautada tenía fines de tráfico; por lo cual siguiendo la línea jurisprudencial vigente no se ha vulnerado el bien jurídico de la salubridad pública, pues debe entenderse que la sustancia estaba destinada al propio consumo del procesado.
* Por lo tanto, concluyó que no se oponía a la concesión de la sentencia que debía ser proferida siguiendo el nuevo precedente.
  1. REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO
* Expuso que para el momento en que se profirió la sentencia que se revisa (22 de julio de 2016) la jurisprudencia avalaba que para efectos del verbo “llevar consigo” bastaba con haber demostrado que se llevaba una cantidad de estupefaciente que superaba la dosis personal, pero esa visión fue variada en forma radical en providencia radicado 44.997 de 2017 de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, a partir de la cual se requiere que la FGN logre demostrar el elemento subjetivo tácito de la distribución de estupefacientes, posición ratificada en providencias radicadas a los números 50.512 de 2017 y 46848 de 2018, en las que se establece que no basta con determinar que el peso de la sustancia supera el establecido para la dosis mínima sino que además la FGN tiene la carga de probar que el estupefaciente se portaba con fines de distribución.
* Por lo anterior debe prosperar la pretensión de la defensa.

1. **CONSIDERACIONES DE LA SALA**
   1. Esta Colegiatura es competente para decidir la presente acción, con base en lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 34 del C.P.P.; ya que la sentencia cuya revisión se solicita fue dictada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira (Risaralda) el 22 de julio de 2016.
   2. En consecuencia, se debe decidir si en el caso *sub lite* se demostraron los presupuestos de procedencia de la causal establecida en el numeral 7 del artículo 192 C.P.P. y por tanto sería viable dejar sin efecto la sentencia objeto de revisión.
   3. En el caso *sub examen,* se parte de que el señor DFEJ fue condenado por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira (Risaralda) el 22 de julio de 2016, a la pena principal de 64 meses de prisión y multa de 2 SMLMV[[2]](#footnote-2); como responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes por llevar consigo sustancia positiva para cocaína y sus derivados en un peso neto total de 5.2 gramos.
   4. La causal de revisión por cambio de jurisprudencia favorable, se encuentra establecida en el numeral 7 del del artículo 192 C.P.P. En providencia dentro del radicado 40093 de la CSJ SP del 15 de agosto de 2013, se establecieron los requisitos para su procedencia, así:

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

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

*Sobre esta causal, en vigencia de la Ley 600 de 2000, que la consagraba en el numeral 6º del artículo 220, señaló la Sala que “es indispensable que el actor no solamente demuestre cómo el fundamento de la sentencia cuya remoción se persigue es entendido por la jurisprudencia de modo diferente, sino que, de mantenerse, comportaría una clara situación de injusticia, pues la nueva solución ofrecida por la doctrina de la Corte conduciría a la sustitución del fallo”, y que por tanto, “no resulta suficiente invocar abstractamente la existencia de un pronunciamiento del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, o de señalar uno concreto pero desconectado de la solución del caso, sino que resulta indispensable, además, demostrar cómo de haberse conocido oportunamente por los juzgadores la nueva doctrina sobre el punto, el fallo cuya rescisión se persigue habría sido distinto”*[*2*](file:///F:\JURISPRUDENCIA%20CSJ%201995-2014\2013\agosto\40093(15-08-13).html#footnote1)*, criterio que cabe reiterar frente al mismo supuesto establecido ahora en el numeral 7º del artículo 192 de la Ley 906 de 2004.*

* 1. Así las cosas, se observa que en este asunto se cumplen a cabalidad los anteriores requisitos, en razón a que: i) la sentencia condenatoria dentro del proceso se dictó el 22 de julio de 2016, se encuentra ejecutoriada y se dictó con base en el criterio jurisprudencial según el cual la defensa debía aportar prueba en contrario de la afectación al bien jurídico, demostrando la condición de consumidor del procesado y que por tanto el destino de la misma era su propio consumo, ii) con posterioridad al fallo condenatorio, se cambió radicalmente el precedente jurisprudencial mediante la decisión dentro del radicado 44997 del 11 de julio de 2017, por medio de la cual la SP de la CSJ cambió el criterio jurídico aplicable al delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes aduciendo que correspondía a la FGN la prueba de los elementos del tipo penal, entre ellos, el ánimo de distribución o tráfico de la sustancia, iii) al aplicar al caso el criterio adoptado con el cambio jurisprudencial, este resulta ser favorable para el procesado.
  2. Sobre el tema objeto de decisión se tiene en primer lugar, que mediante la sentencia C 221 de 1994 la Corte Constitucional con el fin de reivindicar el derecho al libre desarrollo de la personalidad despenalizó el porte para el consumo en proporciones equivalentes a la dosis personal, así se expuso en aquella providencia:

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

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

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

Respecto a lo sostenido de tiempo atrás por esta Corporación, se había trazado una línea jurisprudencial con fundamento en precedentes de la SP de la C.S.J. según los cuales el hecho de ser o no consumidor de estupefacientes era algo que únicamente interesaba en aquellos casos en que se estaba ante la incautación de una cantidad que no superaba la dosis personal o de aprovisionamiento, y por tanto, *contrario sensu*, cuando esa cantidad 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.

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

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

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

4.7.2 Se hizo alusión a la posición de la SP de la CSJ en el sentido de que pese a la libertad de configuración legislativa para configurar tipos de peligro abstracto, y se dijo:

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

*[E]l porte de estupefacientes en una cantidad superior a la establecida legalmente como dosis de uso personal, es una conducta típica que se presume antijurídica. Sin embargo, como quiera que tal presunción ostenta carácter iuris tantum, la prueba de que su destino es el consumo estrictamente personal sin que apareje interferencia en derechos ajenos (orden socio-económico o la seguridad pública), desvirtúa tal suposición legal y, por ende, excluye la responsabilidad penal. En consecuencia, la cantidad de estupefaciente que se lleve consigo no es el único elemento definitorio de la antijuridicidad, sino sólo uno más de los que habrán de valorar los juzgadores a fin de determinar la licitud de la finalidad del porte.*

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

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

*Así se sostuvo por parte de esta Corporación:*

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

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

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

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

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

*[P]ara la tipicidad de la conducta del porte de sustancias estupefacientes se debe tener en cuenta el ingrediente subjetivo tácito que plasmó el legislador al excluir de la previsión legal la conducta de quien tenga la finalidad exclusiva de su uso personal por razón de la dependencia como consumidor, adicto o enfermo… [[3]](#footnote-3)*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.7.4 Con base en los precedentes reseñados, se considera que en el caso *sub examen,* se puede llegar a las siguientes conclusiones, que fueron consignadas en decisión de este Sala del 28 de agosto de 2018, dentro de la acción de revisión propuesta en favor de Julio Cesar Arango Cabezas, radicación 66001 2204000 2018 00096-00. M.P. Manuel Yarzagaray Bandera:

“ (…)

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

4.8.1 En este orden de ideas, se considera que en el caso: i) se profirió sentencia el 22 de julio de 2016 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira (Risaralda), mediante la cual se declaró la responsabilidad del entonces procesado DFEJ por la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de llevar consigo; ii) dicha responsabilidad fue declarada por cuanto el procesado llevaba consigo una cantidad que superaba la legalmente considerada como dosis personal de cocaína y por cuanto no se acreditó por parte de la defensa la condición del acusado de ser consumidor de estupefacientes; y, iii) pese a lo anterior, no se acreditó por parte de la FGN el ánimo de distribución de la sustancia que fuera incautada al señor DFEJ.

4.8.2 De lo expuesto, debe advertirse que tal sentencia condenatoria se fundamentó en la línea jurisprudencial según la cual era obligación de la defensa desvirtuar la presunción *iuris tantum* de afectación al interés jurídicamente protegido que generaba el porte o la tenencia de sustancias estupefacientes que rebasaran la dosis personal, pues así fue dicho por el fallador de primer grado cuando destacó que *“… respecto a la solicitud defensiva encaminada al reconocimiento de las circunstancias de marginalidad, a favor del acusado, no se vislumbra la posible relación de causalidad entre el comportamiento por el que se adelantara esta causa, consistente en llevar consigo una considerable cantidad de papeletas de cocaína o bazuco, con una eventual condición de consumidor de ese estupefaciente, de parte del acusado.”* Y posteriormente adujo *“situación respecto de la cual no es dable predicar que se advierte la influencia de circunstancias de marginalidad, a lo que solo resta añadir que, desde luego, la adicción a un estupefaciente no autoriza, de suyo, para que una persona lleve consigo una cantidad que, en el presente caso, resulta cinco veces superior a la considerada legalmente como dosis personal”* (fl. 31).

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

Aunado a lo precedente se debe tener en cuenta que en el juicio oral el investigador del CTI José David Betancur Lengua[[4]](#footnote-4), manifestó que en su actividad para cumplir el programa metodológico trazado por la FGN se desplazó al barrio Berlín carrera 12 bis 5-52 de Pereira para rendir el correspondiente informe de arraigos, sin embargo en la residencia no encontró a nadie por lo que solicitó información del vecindario y algunos vecinos le indicaron que hasta hacía más o menos un mes el señor DFEJ había vivido allí con su progenitora y que además se trataba de una persona consumidora de sustancias estupefacientes tal como se podía ver a otros jóvenes por el sector[[5]](#footnote-5).

La anterior circunstancia sumado al sector en el cual se llevó a cabo el procedimiento de captura del cual se conoce era reconocido por ser de expendio y consumo de sustancias estupefacientes, además del hecho de que no se le encontrara al señor DFEJ dinero que permitiera inferir la venta de elementos de la sustancia que portaba son evidencia que de que esta persona era consumidor de estupefacientes y el no haber resultado probado por el ente acusador el alcaloide que portaba tenía como finalidad el expendio, resulta conforme a los precedentes de la SP de la CSJ antes citados.

4.8.3 En consecuencia, por estar en presencia de la causal 7 de la acción de revisión de acuerdo con lo reglado en el numeral 1 del artículo 196 C.P.P. la Sala procederá a dictar la correspondiente sentencia de reemplazo, la cual consistiría en la absolución del señor DFEJ por la conducta de violación del artículo 376 del C.P. por la cual fue sentenciado.

4.8.4 Finalmente, se ordenará la inmediata libertad del señor DFEJ, siempre y cuando esté privado de la libertad como consecuencia del fallo que se invalida mediante la presente acción de revisión.

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

**RESUELVE:**

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

SEGUNDO: En consecuencia, se deja sin efectos la sentencia dictada el 22 de julio de 2016 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira (Risaralda), en la cual se había declarado penalmente responsable al señor DFEJ por incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 C.P.).

TERCERO: En su lugar, dictar como sentencia de reemplazo la absolución del otrora procesado DFEJ de los cargos por los cuales fue llamado a juicio en el presente asunto por parte de la FGN. En consecuencia, se ordena la inmediata libertad del señor DFEJ; siempre y cuando esté privado de la libertad como consecuencia del fallo que se invalida mediante la presente acción de revisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

1. Folio 3 cuaderno de conocimiento. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 33 del cuaderno de conocimiento. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ SP 2940, 9 marzo de 2016, radicado 41760 [↑](#footnote-ref-3)
4. Registro de juicio oral. 06/07/2016 – H:00:18:00. [↑](#footnote-ref-4)
5. Registro de juicio oral. 06/07/2016 – H:00:22:35. [↑](#footnote-ref-5)