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: PORTE DE ESTUPEFACIENTES / CUANDO LA CANTIDAD EXCEDE EL LÍMITE LEGAL / ES POSIBLE DISCERNIR LA EXISTENCIA DE UN PROPÓSITO DIFERENTE AL CONSUMO PERSONAL O RECREATIVO / ANÁLISIS PROBATORIO.**

… esta Colegiatura… debe advertir que si bien es cierto que el acusado manifestó al momento de su captura ser consumidor de sustancias estupefacientes, lo real es que tal información nunca fue corroborada mediante prueba alguna aportada por la defensa, por lo cual esa simple expresión no resulta de entidad suficiente como para desvirtuar la antijuridicidad del comportamiento atribuido al procesado, más si se tiene en cuenta que estos hechos sucedieron al interior de un establecimiento carcelario. (…)

… es de tener en cuenta que la cantidad de sustancia estupefaciente decomisada al señor CMRR, la cual excedía en casi 7 veces los límites legales permitidos para la dosis personal de cocaína, ya que la misma arrojó un peso neto de 7.9 gramos, aunado al hecho de que esa sustancia estaba envuelta en tres elementos plásticos que contenían en total 42 envolturas pequeñas, todo lo cual había sido ingerido por el acusado y lo llevaba oculto en su organismo, lo que agregado al escenario en el cual fue capturado (establecimiento penitenciario y carcelario), indica que ese alcaloide podía tener un propósito diferente al consumo personal o recreativo. (…)

… no fue allegada prueba que permitiera establecer que el monto de la sustancia incautada era “razonable”, máxime cuando la condición de adicto del procesado no fue verificada con la prueba conducente como podría ser un dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses u otra evidencia que demostrara que el incriminado era adicto a esa sustancia.

Frente a este aspecto puntual, la SP de la CSJ mediante providencia con radicado 29183 del 18 de noviembre de 2008 indicó lo siguiente:

“Lo anterior no significa que en todos los casos en que a una persona se la encuentre en posesión de cantidades ligeramente superiores a la dosis personal o, inclusive, dentro de los límites de ésta, deba considerarse que no realiza conducta típica y antijurídica, eventualmente culpable y, por consiguiente, punible. Lo que quiere significar la Corte es que cada asunto debe examinarse en forma particular en orden a verificar la demostración de tales presupuestos, de manera que las decisiones de la justicia penal consulten verdaderamente los principios rectores que la orientan, como el de antijuridicidad que aquí se analiza.

Con ello ratifica que, cuando se trata de cantidades de drogas ilegales, comprendidas inclusive dentro del concepto de la dosis personal, destinadas no al propio consumo sino a la comercialización o, por qué no, a la distribución gratuita, la conducta será antijurídica pues afecta los bienes que el tipo penal protege; lo que no acontece cuando la sustancia (atendiendo obviamente cantidades insignificantes o no desproporcionadas), está destinada exclusivamente al consumo propio de la persona, adicta o sin problemas de dependencia, evento en el que no existe tal incidencia sobre las categorías jurídicas que el legislador pretende proteger.”

**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 368 del once (11) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Pereira, doce (12) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 10:00 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 60 00 035 2017 01047 01 |
| Accionante | CMRR |
| Delito | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes |
| Juzgado Accionado | Juzgado Primero Penal del Circuito de  Pereira (Risaralda) |
| Asunto | Resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 30 de octubre de 2018 |

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 defensa del señor CMRR y en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero 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 escrito de acusación, los hechos que dieron origen al proceso son los siguientes:

*“Mediante Informe Ejecutivo, del 14/03/2017, suscrito por EL DRAGONEANTE OSCAR EDUARDO DUQUE GONZÁLEZ, adscrito al Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC de Pereira, informa que el día anotado siendo aproximadamente las 07:30 horas, estaban realizando un procedimiento de Registro y control en el patio Nro 5 del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Pereira, se procede a requisar a los internos de dicho centro de reclusión y al efectuar una requisa al interno CMRR, este manifiesta en forma libre y espontánea que el transportaba en su interior unos elementos extraños que había ingerido, de inmediato se trasladó al interno al área de sanidad para que previo cuidado de un galeno, expulsara dichos elementos, manifestando que lo dejaran solo que él mismo sustraería los objetos de su interior, luego siendo las 10:23 horas el interno logra expulsar vía oral 3 elementos alargados envueltos en plástico blanco con papeletas de color rojo en su interior las cuales contienen una sustancia pulverulenta con olor y características similares a estupefacientes, motivo por el cual se identifica a la persona como CMRR, identificado con cédula de ciudadanía 1.088.322.055 de Pereira Risaralda, a quien se le dan a conocer sus derechos como persona capturada y es dejado a disposición del fiscal URI para la respectiva judicialización.*

*Refiere el Informe de Investigador de Campo FPJ -11-, calendado el día 14/03/2017, suscrito por el Perito PT. ANDRÉS LÓPEZ LÓPEZ, adscrito a la SIJIN U.R.I. Pereira, que sometida la sustancia a análisis de PIPH, arrojó el siguiente resultado:*

*MUESTRA i. 03 Elementos alargados envueltos en plástico color blanco con papeletas envueltas en plástico rojo que contienen sustancia estupefaciente, (...) CON UN PESO NETO TOTAL DE SIETE PUNTO NUEVE (7.9) GRAMOS, POSITIVO PARA COCAÍNA Y SUS DERIVADOS.*

*Conforme a los artículos 336 y 337 del estatuto procesal penal, de acuerdo con los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, La fiscalía presenta escrito de acusación contra el señor CMRR, identificado con cédula de ciudadanía 1.088.322.055 de Pereira Risaralda, como AUTOR a título de DOLO de la conducta punible de TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, conducta prevista como punible en el Art. 376 del Código Penal, Inciso 2o, actualizada en el verbo rector “LLEVAR CONSIGO”, con Circunstancias de Agravación Punitiva Art. 384 Inciso 1 Literal b.”*

2.2 El 15 de marzo de 2017, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira, se adelantaron las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación y de medida de aseguramiento. La F.G.N. le imputó al señor CMRR la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, descrita en el artículo 376 inciso 2º, del C.P., con la circunstancia de agravación punitiva consagrada en el artículo 384 numeral 2º del C.P., bajo la inflexión verbal “llevar consigo”. El señor CMRR guardó silencio frente a la comunicación de cargos (fl. 1).

2.3 El Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira asumió el conocimiento de la presente causa (fl.6). La audiencia de formulación de acusación se llevó a cabo el 7 de diciembre de 2017 (fl. 14). La audiencia preparatoria se celebró el 25 de abril de 2018 (fl. 18). El juicio oral tuvo lugar el 24 de septiembre de 2018 (fls. 21-23). La sentencia fue proferida el 30 de octubre de 2018 (fls. 37-42).

2.4 La defensa del procesado apeló el fallo de primer nivel.

**3. IDENTIFICACIÓN**

Se trata de CMRR, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 1.088.322.055 de Dosquebradas (Risaralda), nació en Pereira (Risaralda) el 10 de septiembre de 1994, grado de instrucción 5º básica primaria, hijo de Yeimi Jhoana y Fernando (fls. 32-33).

**4. FUNDAMENTOS DEL FALLO**

(Síntesis)

* El acusado fue sorprendido al interior del centro penitenciario y carcelario de Pereira cuando al efectuarse un procedimiento de registro y control, se le notó nervioso y voluntariamente hizo saber que había ingerido unos elementos que quería expulsar, como efectivamente lo hizo con acompañamiento médico, expulsando tres dedos de una sustancia color beige que venía distribuida en dosis pequeñas en papelitos rojos, que al ser sometida al análisis preliminar se estableció que se trataba de cocaína y sus derivados en un peso de 7.9 gramos.
* La cantidad de sustancia supera lo establecido en el artículo 2º literal J de la ley 30 de 1986, que señala que lo permitido como dosis para uso personal, la cantidad de cocaína que no exceda de 1 gramo y en este caso, ese estupefaciente que llevaba consigo el señor CMRR era de 7.9 gramos.
* No queda duda de que fue el acusado quien puso en riesgo el bien jurídico tutelado de la salud pública de forma consciente y sin embargo dirigió su voluntad a la concreción de ese riesgo, por lo tanto, existe el conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la materialidad de la conducta y la responsabilidad que recae sobre el señor CMRR.
* No compartió los razonamientos de la defensa respecto de la falta de prueba de la FGN para demostrar que la finalidad del porte de la sustancia difería del propio consumo del incriminado, ni tampoco que dicha persona realizara allí actividades relacionadas con el tráfico o comercialización de ese tipo de sustancias.
* Consideró como aspecto fundamental para concluir que CMRR transgredió de manera eficaz el interés jurídicamente protegido por el legislador, que la cantidad de sustancia incautada fue de 7.9 gramos de cocaína, lo cual supera ampliamente el límite mínimo permitido para su porte como dosis para uso personal, exceso que, en criterio del despacho, sobrepasa cualquier consideración racional de que es la que requiere en este caso para poder satisfacer su adicción o como aprovisionamiento.
* Dijo que no resultaba plausible que se tuviera esa cantidad de sustancia al interior del organismo para consumirla, por el contrario, deja de ser una simple conjetura y cobra fuerza la tesis que plasmó el guardián Oscar Eduardo Duque González, que por su experiencia conoce, que esta es la modalidad utilizada por los internos y visitantes, sirviendo de “correos humanos”, para transportar al interior del penal sustancias estupefacientes para evitar ser detectados por el personal de la guardia y las caninos, por lo cual dedujo que el acusado llevaba consigo la droga con un fin diferente a su propio consumo.
* Declaró a CMRR penalmente responsable de la conducta punible imputada y lo condenó a la pena de 128 meses de prisión y multa de 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por la violación del artículo 376 del C.P., inciso 2º con el agravante previsto en el artículo 384 , inciso 1º literal b) del C.P.

**5. DEL RECURSO INTERPUESTO**

* 1. **Defensora (Recurrente)**
* La FGN no probó que la cantidad de sustancia que portaba el señor CMRR no fuera para su consumo aun cuando la cantidad de sustancia que le fuera decomisada, haya superado las cantidades previamente establecidas en el literal J del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, puesto que no se puede inferir que la sustancia que llevaba era para algo distinto a su propio uso.
* Advirtió que el establecimiento carcelario es el lugar donde temporalmente vivía el procesado para la época de los hechos y que los privados de la libertad se idean las formas para ocultar los objetos, sustancias y elementos de uso prohibido o restringido en estos establecimientos.
* No consta que el procesado tuviera la sustancia incautada para la comercialización, distribución o suministro o que hiciera parte activa de los “correos humanos” mencionados por el DG. Óscar Eduardo Duque González.
* Fue el penado quien manifestó que era consumidor sin que el testigo de cargos pudiera entregar cualquiera otra información porque como dijo, su labor dentro de los patios en lo que corresponde a tareas de vigilancia es excepcional y solamente por las necesidades del servicio; razón por la que no tiene conocimiento de los comportamientos, hábitos, actividades del representado.
* El dragoneante captor no realizó ninguna labor para precisar si el interno era consumidor, por lo que concluyó que solamente le consta que llevaba una sustancia, puesto que la información relacionada con correos humanos solo son rumores. Sobre el acusado no hay señalamiento respecto del propósito de la sustancia incautada que llevaba con él.
* La jurisprudencia ha previsto respecto del artículo 376 del C.P., una posición que conduce a la necesidad de diferenciar si la persona tiene la condición de mero consumidor de sustancias alucinógenas prohibidas o si por el contrario su comportamiento se relaciona con el tráfico de las mismas y es en este último evento en el que es aceptable la respuesta punitiva del Estado.
* Expuso que la evolución legislativa y jurisprudencial en materia de despenalización relativa a las personas que destinan las sustancias estupefacientes, al único propósito de su consumo personal, ha consolidado la tesis de considerar al consumidor como sujeto de protección constitucional reforzada, merecedor de una discriminación positiva, la que riñe con el contenido de injusto de una conducta punible como la que tratamos, tema que ha sido objeto de estudio a partir de la sentencia de la CSJ rad. 42617 del 12 nov. 2014, entre otras.
* Soportó el recurso en las sentencias C-221 de 1994 y C-689 de 2002 de la Corte Constitucional respecto de la dosis de uso personal de sustancias estupefacientes y la distinción entre los conceptos de porte, conservación o consumo de sustancias estupefacientes en cantidad considerada como dosis destinada al uso personal y el narcotráfico como actividad ilícita alentada por el afán de lucro.
* También se refirió al Acto Legislativo 02 de 2009 y las sentencias C-574 y C-882 de 2011, en cuanto al contenido deóntico completo de la reforma constitucional en el sentido que la prohibición del porte y consumo de estupefacientes, tal como fue descrito por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, no puede interpretarse como una nueva penalización del porte y consumo de sustancias estupefacientes, sicotrópicas o drogas sintéticas, en cantidad considerada como “dosis personal” al tenor del artículo 2° literal j) de la Ley 30 de 1986.
* Se refirió a las sentencias CSJ SP-2940 del 9 de marzo 2016, rad. 41760; CSJ SP-4131, del 6 abril 2016, rad. 43512; y, CSJ SP-3605, del 15 marzo 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.
* Adujo que en el caso particular no se probó la finalidad última requerida para la respuesta punitiva del Estado, por lo que la conclusión debe ser una sentencia absolutoria en tanto no existen otros factores que permitan hacer una valoración que resulte determinante a la declaratoria de responsabilidad del acusado.
* Argumentó que si bien la cantidad de sustancia aparentemente supera consideraciones racionales sobre la adicción o aprovisionamiento, ello se explica por la circunstancia especial, que tenía el incriminado de estar internado en un establecimiento penitenciario donde no tiene las posibilidades de adquirir esa sustancia con libertad.
* En cuanto a la entidad del delito resaltó que es de peligro abstracto en el cual se deja implícita una presunción de peligro que es de carácter 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.
* El consumidor ocasional, recreativo o adicto de sustancias estupefacientes 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. 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.
* La presunción de antijuridicidad, susceptible de ser desvirtuada, 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 que significa que la carga de probar tiene que ser asumida por el órgano de persecución penal, pues el procesado a través de su defensor, 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 lo más importante, que es penalmente responsable.
* Solicitó revocar la sentencia impugnada y en consecuencia, absolver al señor CMRR del cargo por el que fue acusado.

**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 judice* esta Sala debe determinar si concurrían los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para poder proferir una sentencia condenatoria en contra del señor CMRR por el delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de “llevar consigo”.

6.3 En el caso *sub examen,* el señor CMRR fue condenado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esta ciudad a la pena de 128 meses prisión y multa de 4 smlmv, por considerar que era responsable de la violación del artículo 376 del CP, en la modalidad de “llevar consigo” la cantidad de 7.9 gramos de una sustancia que fue identificada como positiva para cocaína y sus derivados al interior de un establecimiento carcelario, con la circunstancia de agravación del artículo 384, inciso 1º literal b) ibídem.

6.4 De conformidad con los hechos estipulados y las pruebas practicadas durante el juicio, se pudo establecer lo siguiente: i) el dragoneante del INPEC Eduardo Duque González, adscrito al EPMSC de Pereira, el 14 de marzo de 2017, en medio de un procedimiento de registro y control del patio cinco del penal, notó una actitud nerviosa del señor CMRR, por lo cual le requirió para que explicara su actitud y este manifestó que había ingerido unos elementos y quería expulsarlos voluntariamente, por lo cual, asistido del galeno del establecimiento expelió por vía oral tres elementos alargados en envoltorios plásticos que contenían sustancia color beige distribuida en papeles rojos; y ii) en el informe de investigador de laboratorio se estableció que ese material era positivo para cocaína y sus derivados con un peso neto de 7.9 gramos.

6.5 En este caso se estipuló[[1]](#footnote-1); i) que la prueba preliminar de PIPH arrojó resultado positivo para sustancia estupefaciente cocaína en cantidad neta de 7.9 gramos; ii) que en el informe de laboratorio se concluyó la calidad y cantidad de la sustancia como análisis definitivo; y, iii) el contenido del informe sobre la plena identidad del acusado, que fueron aceptadas por el juez de conocimiento.

6.6 En la audiencia del juicio oral se escuchó la declaración del dragoneante del INPEC que llevó a cabo el procedimiento de captura del señor CMRR, del cual se desprende lo siguiente: i) el agente captor ejerce funciones de policía judicial en el INPEC con una experiencia de 10 años para la fecha de los hechos; ii) el 14 de marzo de 2017 estaba realizando un procedimiento de registro y control en el patio No. 5 del EPMSC de Pereira por orden del comando de vigilancia, allí interceptó al interno CMRR quien estaba nervioso, le preguntó si transportaba algún elemento y este le contestó que sí, que llevaba en su cuerpo tres (3) elementos que él mismo había ingerido y que era su voluntad hacer la entrega de los mismos, para lo cual iba a expulsarlos por sus propios medios; iii) se trasladó al señor CMRR al área de sanidad para revisión del médico en caso de una emergencia, lugar en el cual expulsó los elementos e hizo entrega de los mismos; iv) analizado el material que expulsó el interno se captó olor a estupefaciente por lo cual el dragoneante Duque González procedió a su captura y lo puso a disposición para la posterior judicialización; v) la sustancia que observó al abrir uno de los elementos recuperados del cuerpo del señor CMRR era de color beige, distribuida en pequeñas dosis dentro de unos papelitos rojos; vi) el perito de la sala de PIPH en la URI abrió los tres elementos y en ese momento pudo observar que se trataba de unas papeletas en la forma como se comercializa al interior del establecimiento. Además, con los reactivos que se aplicaron a la sustancia se confirmó parcialmente que se trataba de sustancia a base de cocaína; vii) el interno no manifestó llevar otros elementos y fue por el método de disuasión que finalmente informó que llevaba una pequeña cantidad de la droga en su parte intima pero la misma estaba vacía; viii) el señor CMRR estaba purgando una pena por tráfico de estupefacientes; ix) al interior de los penales, para que el microtráfico funcione, el modus operandi, entre otros, es que los internos ingieren la sustancia bien empacada para evitar un daño a la salud, además durante los procedimientos de registro, cuando los internos ven a la guardia ingieren los elementos y cuando finaliza el procedimiento ellos los regurgitan y siguen comercializando los mismos, según la información que llega por rumores a la oficina judicial; x) teniendo en cuenta que la entrega fue voluntaria se levantó el acta correspondiente y no hubo acta de incautación; xi) el capturado no fue sorprendido consumiendo sustancia estupefaciente; xii) según su experiencia ha tenido varios casos en los que se ha encontrado sustancia estupefaciente que han ingerido los internos para esconder la misma en el cuerpo como “correos humanos”, por eso considera que no es normal que un consumidor de estupefacientes las ingiera, pero fungen como correos humanos porque al ser adictos adquieren deudas para consumir y deben pagar las mismas, esto último según los rumores que llegan a la oficina judicial del penal. CONTRAINTERROGATORIO: xiii) el procedimiento de registro que se realizó el día de la captura fue ordenado por el comando de vigilancia y asistió todo el personal de guardia disponible en el momento, sin embargo el agente captor solo intervino en el procedimiento del patio 5º; xiv) no determinó si el capturado fuera un “correo humano” que trabajara para alguien; xv) el conocimiento sobre los “correos humanos” se obtuvo por rumores y con relación a CMRR solo cuenta con esa información; xvi) el testigo no cumple funciones de vigilancia en los patios, solo excepcionalmente por emergencia o necesidades del servicio, razón por la cual nunca vio al procesado consumiendo estupefacientes; xvii) el conocimiento con relación al consumo del señor CMRR lo obtuvo por la propia la manifestación del interno, pero no realizó labores de verificación a pesar de haberlo podido hacer. PREGUNTAS COMPLEMENTARIAS DEL MINISTERIO PÚBLICO: xviii) el estado anímico de CMRR al ser capturado era completamente normal, cuerdo, sin alteraciones más allá de mostrarse nervioso en el momento por la figura de autoridad y respeto por el guardia.

6.6.2 En este caso de lo manifestado por el testigo permite deducir claramente que el señor CMRR fue capturado porque al ser intimado para un registro manifestó voluntariamente al personal de guardia del INPEC que había ingerido unos elementos que quería entregar, mismos que una vez expulsados de su cuerpo se observó que se trataba de *“tres elementos alargados envueltos en plástico blanco con papeletas envueltas en plástico rojo que contienen sustancia estupefaciente”*.

6.6.3 Del informe de investigador de campo -FPJ11- del 14 de marzo de 2017 suscrito por el perito en PIPH Andrés López López[[2]](#footnote-2), se pudo establecer que la sustancia tenía el siguiente embalaje: *“… 03 elementos alargados forrados en plástico color blanco y transparente, en su interior envolturas pequeñas en plástico rojo, para un total de 42 unidades cada una con sustancia pulverulenta color blanco de características similares a estupefaciente”.*

6.6.4 En ese sentido hay que manifestar que en la audiencia preliminar se le formularon cargos a CMRR, por el *contra jus* de violación del artículo 376 del CP con la circunstancia de agravación del artículo 384 inciso 1º literal b) del C.P., en la modalidad de “llevar consigo” [[3]](#footnote-3) y que en el escrito de acusación se hizo referencia al mismo contexto fáctico[[4]](#footnote-4).

6.7 Según las argumentaciones realizadas por la abogada que representa los intereses del acusado, dentro de la presente causa la FGN, como órgano investigador, no había demostrado en debida forma que la sustancia estupefaciente incautada al encartado tenía un fin diferente que el de su consumo, por lo cual, de conformidad con la jurisprudencia vigente, no se podía emitir una sentencia condenatoria en contra del señor CMRR.

6.8 En este caso los hechos referidos en el apartado 6.5 de esta providencia se encuentran plenamente acreditados a través de las estipulaciones realizadas por las partes y por lo tanto resultan ser hechos ciertos e incuestionables.

6.9 Ahora bien, de conformidad con los parámetros jurisprudenciales establecidos por la SP de la CSJ, es a la FGN a la cual le asiste la carga probatoria de acreditar en aquellos asuntos relacionados con el porte de estupefacientes, si el propósito o la intención del procesado era uno diferente al relacionado con el consumo personal o el uso recreativo de las sustancias estupefacientes como lo es el caso de la comercialización y/o distribución de las sustancias ilícitas, de modo tal que en aquellos eventos en los cuales el ente investigador no cumpla con esa carga probatoria, se deberá proferir una sentencia absolutoria.

6.10 En este caso la defensora del procesado planteó respecto del asunto en análisis toda vez que la FGN le comunicó cargos al procesado por el delito de tráfico de estupefacientes agravado, en la modalidad de “llevar consigo”, sin haber comprobado de manera fehaciente que el destino que pretendía darle a la sustancia que le fue decomisada era uno diferente al de su propio consumo o su uso recreativo.

6.11 Pero, esta Colegiatura con base en las consideraciones realizadas dentro de los procesos radicados 66001 60 00 035 2017 00736 01 y 66001 60 00 035 2016 04559 01, adelantados en contra de los señores Elkin Smith García Montilla y Óscar Antonio Grajales[[5]](#footnote-5), respectivamente, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, debe advertir que si bien es cierto que el acusado manifestó al momento de su captura ser consumidor de sustancias estupefacientes, lo real es que tal información nunca fue corroborada mediante prueba alguna aportada por la defensa, por lo cual esa simple expresión no resulta de entidad suficiente como para desvirtuar la antijuridicidad del comportamiento atribuido al procesado, más si se tiene en cuenta que estos hechos sucedieron al interior de un establecimiento carcelario.

6.12 Sumado a lo anterior, es de tener en cuenta que la cantidad de sustancia estupefaciente decomisada al señor CMRR, la cual excedía en casi 7 veces los límites legales permitidos para la dosis personal de cocaína, ya que la misma arrojó un peso neto de 7.9 gramos, aunado al hecho de que esa sustancia estaba envuelta en tres elementos plásticos que contenían en total 42 envolturas pequeñas, todo lo cual había sido ingerido por el acusado y lo llevaba oculto en su organismo, lo que agregado al escenario en el cual fue capturado (establecimiento penitenciario y carcelario), indica que ese alcaloide podía tener un propósito diferente al consumo personal o recreativo.

6.13 Se reitera que no fue allegada prueba que permitiera establecer que el monto de la sustancia incautada era “razonable”, máxime cuando la condición de adicto del procesado no fue verificada con la prueba conducente como podría ser un dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses u otra evidencia que demostrara que el incriminado era adicto a esa sustancia.

Frente a este aspecto puntual, la SP de la CSJ mediante providencia con radicado 29183 del 18 de noviembre de 2008 indicó lo siguiente:

*“Lo anterior no significa que en todos los casos en que a una persona se la encuentre en posesión de cantidades ligeramente superiores a la dosis personal o, inclusive, dentro de los límites de ésta, deba considerarse que no realiza conducta típica y antijurídica, eventualmente culpable y, por consiguiente, punible. Lo que quiere significar la Corte es que cada asunto debe examinarse en forma particular en orden a verificar la demostración de tales presupuestos, de manera que las decisiones de la justicia penal consulten verdaderamente los principios rectores que la orientan, como el de antijuridicidad que aquí se analiza.*

***Con ello ratifica que, cuando se trata de cantidades de drogas ilegales, comprendidas inclusive dentro del concepto de la dosis personal, destinadas no al propio consumo sino a la comercialización o, por qué no, a la distribución gratuita, la conducta será antijurídica pues afecta los bienes que el tipo penal protege; lo que no acontece cuando la sustancia (atendiendo obviamente cantidades insignificantes o no desproporcionadas), está destinada exclusivamente al consumo propio de la persona, adicta o sin problemas de dependencia, evento en el que no existe tal incidencia sobre las categorías jurídicas que el legislador pretende proteger****.”.*(Negrilla y subrayado fuera de texto)

6.14 En consecuencia de lo anterior, la Sala considera que le asistió razón a la *a quo* al condenar al señor CMRR por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, ya que no se acreditaron los supuestos facticos para despojar de antijuridicidad la conducta investigada.

6.15 Con base en las razones antes expuestas se impartirá confirmación a la sentencia recurrida, por considerar que en el caso sub lite se reunían los requisitos del artículo 381 de CPP para dictar una sentencia de condena contra el acusado.

6.16 En aplicación del principio de limitación de la segunda instancia, esta colegiatura no hará ningún pronunciamiento sobre la pena impuesta al procesado, ya que ese acápite de la sentencia no fue objeto del recurso de apelación.

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: CONFIRMAR** la sentencia dictada el 30 de octubre de 2018, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira (Risaralda), en la cual se declaró penalmente responsable al señor CMRR por incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado (arts. 376 y 384 C.P.).

**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. Folio 21, acta de audiencia de juicio oral. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 25-26. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 1 [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 3 [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencias del 28 de septiembre de 2018 y 5 de diciembre de 2018, con ponencia de los Magistrados Manuel Yarzagaray Bandera y Jorge Arturo Castaño Duque, respectivamente. [↑](#footnote-ref-5)