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 / RESPONSABILIDAD DEL ACUSADO / CARGA PROBATORIA / CORRESPONDE A LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN DEMOSTRAR EL PROPÓSITO DE COMERCIALIZACIÓN O DISTRIBUCIÓN / SE ABSUELVE AL PROCESADO.**

… Sala se centrará en el análisis de la responsabilidad de JRGS por la conducta sobre la cual versó la acusación, ya que la impugnante aduce que su representado era usuario habitual de estupefacientes y que de acuerdo con los precedentes de la SP de la CSJ que invocó, a la FGN le asistía la carga probatoria de acreditar que su representado transportaba la marihuana que le incautada con un propósito diferente al de proveer a su consumo individual y al no haberlo hecho se debió haber proferido una sentencia absolutoria. (…)

… de conformidad con los parámetros jurisprudenciales establecidos por la SP de la CSJ, a la FGN le asiste la carga probatoria de acreditar en aquellos asuntos relacionados con el porte de sustancias 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 sería la comercialización y/o distribución de las sustancias ilícitas. (…)

De los testimonios entregados por los miembros de la fuerza pública, que participaron en su captura se desprende la existencia de una situación de flagrancia derivada del hecho de haber sorprendido a JRGS en posesión 150.2 gramos de marihuana, distribuidos en 37 bolsas, más no se alude a la realización de actos de venta de ese material por parte del acusado.

Sobre el tema se debe tener en cuenta que en la sentencia del 29 de enero de 2020, con radicado 56574, la SP de la CSJ, hizo una serie de precisiones sobre la conducta descrita en el artículo 376 del CP…

… se considera que en este caso se presentan dudas sobre la prueba del componente subjetivo del artículo 376 del CP, que ha sido deducido por vía de la jurisprudencia de la SP de la CSJ, ya que finalmente no se logró establecer con el grado de convicción que exige el artículo 381 del CPP que JRGS portaba la sustancia que le fue incautada, con ánimo de distribución o de venta y las circunstancias en que se produjo su captura pueden llevar a inferir dos tipos de situaciones: i) que fuera un expendedor minorista de marihuana, lo cual no se corresponde con el contexto fáctico de la acusación; o ii) que hubiera adquirido la sustancia que portaba para proveer a su consumo como dosis de aprovisionamiento.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Pereira, catorce (14) de abril de dos mil veinte (2020)

Acta Nro. 317

Hora: 1:30 p.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 60 00 035 2016 00989 01 |
| Accionante  | JRGS |
| Delito | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes |
| Juzgado de Conocimiento  | Tercero Penal del Circuito de Pereira |
| Asunto  | Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia del 30 de agosto de 2017. |

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Corresponde a la Sala resolver los recursos de apelación interpuestos por la defensa y el delegado del Ministerio Público, en contra de la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira, mediante la cual se condenó al señor JRGS por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (Art. 376-2 C.P).

**2. ANTECEDENTES**

2.1 El supuesto fáctico del escrito de acusación establece lo siguiente:

*“Tuvieron ocurrencia el 12 de marzo de 2016, a las 21:10 horas, cuando miembros de la Policía Nacional que realizaban labores de patrullaje por el sector del Barrio Plan Carvajal Ciudadela CUBA de esta ciudad, observando frente a la Casa 24 a varios sujetos, entre ellos un joven que vestía camiseta amarilla con azul, jean azul oscuro y zapatos de color gris, quien al notar la presencia policial arroja al suelo un maletín color gris y emprende la huida; tres metros más adelante se logra su detención. Verificado el contenido del maletín se encuentra una bolsa transparente contentiva de 37 bolsitas transparentes que alojan sustancia vegetal color verde con características a estupefaciente, la cual se Incauta. Por ello se le dan a conocer los derechos como persona capturada, manifestando llamarse JRGS y es trasladado a las instalaciones de la URI para ser dejado a disposición de autoridad competente.*

*Se allegó Informe de Investigador de Campo de Prueba Preliminar para Identificación de Sustancias, suscrito por el Perito PIPH LUIS FERNANDO REYES MOLINA, con el siguiente resultado: Muestra 1: PESO NETO DE CIENTO CINCUENTA PUNTO DOS (150.2) GRAMOS POSITIVO PARA CANNABIS Y SUS DERIVADOS…”*

2.2 El 13 de marzo de 2016 ante el Juzgado Tercero 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 FGN le imputó a JRGS la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, descrita en el artículo 376 inciso 2º, del C.P. bajo la inflexión verbal “llevar consigo”. El señor JRGS no aceptó los cargos (fl. 5).

2.3 El Juzgado Tercero 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 julio de 2016 (fl. 7). La audiencia preparatoria se celebró el 30 de agosto de 2016 (fl. 8). El juicio oral tuvo lugar el 9 de mayo de 2017 (fls. 33-34). La sentencia fue proferida el 30 de agosto de 2017 (fls. 36-38).

2.4 La defensa del procesado y el delegado del Ministerio Público apelaron el fallo de primer nivel.

**3. IDENTIFICACIÓN**

Se trata de JRGS, identificado con cédula de ciudadanía Nro…, ciudad donde nació el 29 de mayo de 1981, hijo de Gloria Amparo Gómez, soltero, ocupación oficios varios, sin más datos (fls. 31-32).

**4. FUNDAMENTOS DEL FALLO**

(Síntesis)

* Se obtuvo el convencimiento más allá de toda duda razonable, tanto sobre la existencia del hecho, como de la responsabilidad del acusado respecto de la conducta por la cual fue investigado. Lo anterior porque al valorar de manera conjunta todas las pruebas practicadas, de cara a las circunstancias que rodearon el hecho, se comprobó que JRGS, fue capturado portando una sustancia estupefaciente, que llevaba en un maletín, que se encontraba dosificada en 37 bolsas, que al ser sometida a la prueba preliminar homologada arrojó resultados positivos par Cannabis y sus derivados, con un peso neto de 150.2 gramos, superando con ello la cantidad permitida, según lo previsto en el artículo 2o literal j) de la Ley 30 de 1986, donde se establecieron los límites para uso personal para este tipo de sustancias que no puede exceder de veinte (20) gramos.
* La finalidad del acusado al llevar la sustancia estupefaciente el día en que se produjo su captura, no era la de usarla para satisfacer sus necesidades de consumo, como manifiesta la defensa, dado que no existe prueba alguna a partir de la cual se pueda siquiera suponer, que se trate de una persona adicta a este tipo de sustancias. Para el efecto se debe analizar: i) la forma en que ocurrieron los hechos; ii) la actitud asumida por el procesado al advertir la presencia de los uniformados en el sector donde se encontraba, quien luego de arrojar el maletín que llevaba consigo emprendió la huida, a diferencia de los otros jóvenes que se encontraban con él; y iii) la cantidad de sustancia que portaba que superaba con creces la dosis mínima y la manera en que estaba dosificada la sustancia vegetal. Lo anterior lleva a descartar de plano que se tratara de una dosis de aprovisionamiento.
* Esas situaciones fueron confirmadas con el testimonio de los urbanos Darwin Johan Agudelo y Andrés González Ramírez, quienes afirmaron que ese día vieron a un grupo de jóvenes y que al acercarse uno de ellos se puso nervioso y arrojó un bolso pudiendo advertir que contenía una bolsa con sustancia estupefaciente, indicando además que el sector donde se produjo la captura es conocido por el expendio y consumo de alucinógenos.
* El capturado fue requerido para que indicara su lugar de residencia, pero manifestó que era habitante de la calle. Sin embargo el patrullero Darwin Johan Agudelo, en su declaración al referirse al aspecto del acusado, indicó que se veía limpio, pulcro, normal, como una persona de clase media, quien indicó que vivía en el sector de Cuba, pero se negó la informar sobre su lugar de residencia buscando confundir a los uniformados, lo que denotaba la capacidad de engaño y maquinación del procesado.
* Todo lo anterior permite inferir que la sustancia no estaba destinada al propio consumo del procesado y si bien es cierto que este no fue visto vendiendo la sustancia, ni desarrollando ninguna actividad tendiente a su distribución, o por lo menos nada pudo probar la FGN sobre el tema, no es posible afirmar por ese solo hecho que se trataba de un adicto al uso de esa sustancia, y que por lo tanto su situación se podía enmarcar dentro de las hipótesis señaladas por la SP de la CSJ en la línea de jurisprudencia establecida en las sentencias radicadas bajo el N. 43725 del 15 de marzo de 2017 y 44997 del 11 de julio de 2017, donde se analizó el tema referente a la atipicidad de la conducta, cuando la finalidad de la droga que lleva un ciudadano es para atender su adicción, fuera de que esta Sala en la decisión con radicado 66001 60000 352016-04348-00 consideró que se debía diferenciar entre el porte, conservación o consumo requerido por un adicto conforme a sus necesidades y la distribución o venta a cualquier título de drogas, cuando se hacía con ánimo de lucro.
* Así, solamente en los casos en que la finalidad del porte de la sustancia sea para el consumo personal o el aprovisionamiento de un adicto de conformidad con sus necesidades, independientemente de la cantidad portada, se estaría frente a una conducta atípica, De manera contraria, si el propósito es otro y está relacionado con la distribución a cualquier título o la venta de material sicoactivo, de manera independiente a la cantidad y calidad de sustancia estupefaciente, estaríamos frente a una infracción penal, como se dijo en CSJ SP del 6 de abril de 2016, radicado 43512.
* La calidad de adicto debe estar mínimamente acreditada en el proceso, para considerar hablar de una atipicidad subjetiva, derivada del hecho de que la sustancia no estaba destinada para ser suministrada a terceros, lo cual en este caso concreto no cuenta con respaldo alguno, pues a pesar de los ingentes esfuerzos realizados por la Defensa por demostrar la calidad de adicto del acusado, librando para ello una misión de trabajo al investigador de la Defensoría del Pueblo, no fue posible cumplirla dado que no pudo localizar al procesado y tampoco se dio a conocer por parte de los familiares esa condición, pese a que se entrevistó a su madre y su abuela.
* En tal sentido, pese a la falta de evidencia que acreditara la intención de comercializar o distribuir la sustancia a cualquier título, no se podía absolver a una persona que ha sido capturada en posesión de una sustancia estupefaciente, que excedió sustancialmente las dosis permitidas, sin que exista el más mínimo indicio que nos lleve a suponer que se trata de un adicto, como ocurrió en este caso, ni de aceptar que el acusado es un “habitante de la calle”, como se lo dijo el procesado a los agentes captores, pues de ser cierto ese hecho no se entiende cómo fue que pudo proveerse de los recursos económicos para adquirir la sustancia sicoactiva en esa cantidad para su presunto aprovisionamiento, por lo cual no se comparte al argumento de la defensa según el cual no se desvirtuó que el material que portaba el procesado estuviera destinado para su consumo pues el procesado no esgrimió ninguna razón que justificara porque llevaba consigo esa cantidad de estupefacientes, ni indicó que los portara con el propósito de proveer a su ingesta individual .
* Por lo tanto consideró que en el presente caso estaba acreditada: i) la tipicidad objetiva de la conducta descrita en el artículo 376 del CP; ii) la tipicidad subjetiva de ese comportamiento; iii) el componente de antijuridicidad, por el riesgo que se generó para los destinatarios de la sustancia; y iv) la culpabilidad del procesado al estar demostrado que se trata de una persona que gozaba de todas sus facultades mentales y aun así decidió de forma libre y voluntaria, llevar consigo la sustancia estupefaciente, sin que obrara en su caso alguna causal excluyente de responsabilidad .
* En consecuencia se dictó sentencia contra el procesado como responsable de la violación del artículo 376 del CP y se le impuso una pena de pena de 64 meses de prisión y multa de 2 SMLMV. Como pena accesoria se impuso la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal y la inhabilitación para contratar con el Estado a perpetuidad conforme a lo previsto en el artículo 122 Constitucional.

**5. SOBRE LOS RECURSOS INTERPUESTOS**

* 1. Defensora del procesado (Recurrente)
* Se solicitó la absolución del procesado bajo las premisas establecidas en las sentencias de la SP CSJ radicados 42617 de 2014, y las subsiguientes 41760 y 43512 de 2016, donde se ha morigerado el tema del porte de estupefacientes cuando el producto es exclusivo para su ingesta, tal como quedó establecido en las diligencias de arraigo derivadas de la captura del procesado.
* En este caso el alcaloide hallado en su poder no tenía otro destino que su uso individual, máxime si el incriminado se encontraba en un sitio conocido como de consumo de estupefacientes.
* La *A quo* fundamentó la decisión en una tesis totalmente adversa y se apartó del pedimento de la defensa, en el entendido de que en el juicio no se probó que el estupefaciente que se le halló al incriminado iba a ser utilizado para un fin diferente al de su consumo, y en cambio adujo que no se había probado que era para su uso particular, como lo expuso en su sentencia, lo que significa que le está atribuyendo al acusado una responsabilidad que no se probó en el juicio, en el sentido de que tenía el estupefaciente para la venta u otra actividad, pese a que desde los documentos de arraigo se había informado que era adicto a los estupefacientes, es decir que trataba de un enfermo, conforme lo han dicho la OMS, la Corte Constitucional y la SP de la CSJ.
* Aunque pueda aducirse que la cantidad 150.2 gramos de marihuana es relativamente exagerada para un consumidor, su tenencia no vulneró el bien jurídico tutelado ya que estaba destinada para el consumo del procesado y su porte no trascendió la esfera vital de ninguna otra persona ni causó ninguna perturbación a la sociedad, máxime si no se puede presumir una situación diversa a un evento de porte de la sustancia para su uso individual.
* El procesado no presentaba antecedentes penales al momento de la captura y desde su aprehensión y con la reseña realizada y los actos dirigidos a su individualización, se estableció que el señor JRGS era un consumidor de sustancias estupefacientes como consta en el expediente y como lo leyó en audiencia pública la fiscal.
* Solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia, por no reunirse las exigencias del artículo 381 del CPP.
	1. Representante del Ministerio Público (Recurrente)
* El artículo 122 de la CP, modificado por el artículo 4º del A.L. 01 de 2009, dispone lo siguiente: *“Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior”.*
* La palabra narcotráfico es la denominación delictiva genérica de la conducta que comete quien posee o destina estupefacientes para fines distintos del propio consumo. Así se define en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 y así lo entendió la Corte Constitucional desde la sentencia C-176 de 1994.
* La jueza de instancia declaró la inhabilidad intemporal consagrada en el artículo 122 de la CP, en contra del procesado, sin tener en cuenta que este fue sentenciado por llevar consigo el material sicoactivo, lo que conduce a descartar actos de narcotráfico.
* Citó para el efecto la providencia de esta Colegiatura del 31 de mayo de 2017 MP. Jorge Arturo Castaño Duque donde se dijo que en los casos de porte de drogas para satisfacer la adicción, no operaba la citada inhabilidad, que solo era aplicable en casos de distribución, venta, expendio o suministro de narcóticos, por lo cual se debía revocar el aparte atinente a esa sanción contenido en el numeral 2º de la parte resolutiva del fallo de primer grado.

**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 JRGS…, quien condenado a la pena de 64 meses prisión y multa de 2 smlmv, por considerar que era responsable de la violación del artículo 376 del CP, en la modalidad de “llevar consigo” la cantidad de 150.2 gramos de una sustancia que fue identificada como positiva para cannabis sativa que venía empacada en 37 bolsas. La identificación y peso de la sustancia no se discute, por tratarse de hechos estipulados.

6.3 Con los testimonios de los urbanos PT. Darwin Johan Agudelo y SI Yezid Andrés González Ramírez se estableció en el juicio lo siguiente: i) el 16 de marzo de 2016 a las 21.10 horas estaban en sus labores ordinarias en el barrio “Plan Carvajal”; ii) observaron un grupo de 5 o 6 jóvenes que estaban frente a la casa No. 24 de ese barrio; iii) entre ellos se hallaba un joven trigueño que vestía una camiseta amarilla y un jean; iii) al ir a solicitar una requisa esta persona se puso nerviosa y arrojó un bolso gris al piso; iv) luego le dieron captura; v) el maletín contenía una sustancia vegetal verde con características propias de la marihuana “cripi” que venía distribuida en cerca de 30 bolsas plásticas; vi) el procedimiento se hizo en un lugar donde es común el uso y el consumo de estupefacientes; vii) a esa persona no se le incautaron otro tipo de elementos; viii) por los rasgos y vestimenta del aprehendido se podía inferir que vestía bien y que era de clase media; ix) el retenido informo que vivía en el sector de “Cuba”, pero se negó dar detalles sobre su residencia; y x) al acusado le hallaron un “grinder” que es un aparato usan los consumidores para trillar la marihuana .

6.4 En el presente caso, en la audiencia preliminar se le formularon cargos a JRGS, por el *contra jus* de violación del artículo 376 del CP, en la modalidad de “llevar consigo”[[1]](#footnote-1) y en el escrito de acusación se hizo referencia al mismo contexto fáctico[[2]](#footnote-2).

6.5 Para dar respuesta a los argumentos de la defensora del procesado, la Sala se centrará en el análisis de la responsabilidad de JRGS por la conducta sobre la cual versó la acusación, ya que la impugnante aduce que su representado era usuario habitual de estupefacientes y que de acuerdo con los precedentes de la SP de la CSJ que invocó, a la FGN le asistía la carga probatoria de acreditar que su representado transportaba la marihuana que le incautada con un propósito diferente al de proveer a su consumo individual y al no haberlo hecho se debió haber proferido una sentencia absolutoria.

6.6 Inicialmente hay que manifestar que conforme al contexto factico de la acusación, la FGN convoco a juicio al procesado por violación del artículo 376 del CP, por “llevar consigo”, 150.2 gramos de marihuana, porcionadas en 37 papeletas. De la narrativa de ese escrito y del testimonio de los uniformados que intervinieron en su captura, no se deduce que el procesado hubiera sido sorprendido efectuando actos de comercio de la sustancia que le fue incautada, pero la juez de conocimiento consideró: i) que el procesado trató de engañar a los agentes diciendo que era un “habitante de la calle”, lo cual no se deducía de su presentación personal y se negó a dar los datos sobre su lugar de su lugar de residencia, situación de la que se podía inferir su capacidad de engaño y maquinación; ii) era deducible que la sustancia que portaba JRGS no estaba destinada para su consumo individual, ya que no se acreditó que el acusado tuviera la condición de adicto al uso de estupefacientes ya que esa condición no pudo ser comprobada por el investigador del Sistema de Defensoría Pública ya que no pudo localizar al procesado, pese a que se entrevistó con su abuela y con su madre; iii) el porte de la significativa cantidad de marihuana que se le encontró a JRGS no se podía justificar con el argumento de que estaba destinada a su consumo personal; y iv) al estar demostrados los componentes de tipicidad objetiva y subjetiva de su conducta, antijuridicidad , culpabilidad y no existir prueba de alguna causal de exoneración de responsabilidad penal, se imponía dictar una sentencia de condena en su contra.

6.7 En este evento la Sala se centrará en lo relativo a la responsabilidad del acusado toda vez que de conformidad con los parámetros jurisprudenciales establecidos por la SP de la CSJ, a la FGN le asiste la carga probatoria de acreditar en aquellos asuntos relacionados con el porte de sustancias 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 sería la comercialización y/o distribución de las sustancias ilícitas.

6.8 De los testimonios entregados por los miembros de la fuerza pública, que participaron en su captura se desprende la existencia de una situación de flagrancia derivada del hecho de haber sorprendido a JRGS en posesión 150.2 gramos de marihuana, distribuidos en 37 bolsas, más no se alude a la realización de actos de venta de ese material por parte del acusado.

6.9 Sobre el tema se debe tener en cuenta que en la sentencia del 29 de enero de 2020, con radicado 56574, la SP de la CSJ, hizo una serie de precisiones sobre la conducta descrita en el artículo 376 del CP, que se pueden sintetizar así: i) desde la sentencia CSJ SP 41760 del 9 de marzo de 2016 se dijo que la norma citada demanda un elemento subjetivo especial; ii) en estos casos según CS SP del 15 de marzo de 2017, radicado 43725, la tipicidad está determinada por el fin del sujeto que es sorprendido en posesión del material sicoactivo; ii) el adicto al uso de sustancias estupefacientes es un sujeto de especial protección; iii) se reiteró lo expuesto en CSJ SP del 11 de julio de 2017, radicado 44997 en el sentido de que la FGN tiene la carga probatoria de acreditar cuál es el propósito que anima a la persona que lleva consigo la sustancia controlada; iv) se citó lo expuesto en CSJ SP del 10 de diciembre de 2019, radicado 50784 para indicar que el peso del material no era el elemento determinante para establecer el ánimo de tráfico que era necesario para subsumir el acto en la regla 376 del CP; v) la presentación o empaque del material tampoco era un factor determinante, porque la venta de droga en porciones era lo habitual en los eventos de microtráfico; vi) el hecho de que una persona que portara ese tipo de sustancias se mostrara nerviosa ante un requerimiento policial, no era algo inusual ya que esa precisamente es la reacción que presenta quien es sorprendido en posesión de ese tipo de material; viii) en aplicación de los principios de presunción de inocencia e *In dubio Pro Reo,* y el apotegma del *onus probando incumbit autori,* no se podía invertir la carga de la prueba para obligar a la defensa a probar que al acusado era adicto al uso de sustancias psicoactivas, por lo cual en caso de duda, se debía absolver al acusador; y ix) el sorprendimiento de una persona en posesión de drogas podía ser indicativo que de las portaba para su dosis de aprovisionamiento o para su comercio o distribución.

6.10 En ese sentido en los apartes más relevantes de la sentencia antes citada, se dijo lo siguiente:

*“En resumen, según la jurisprudencia de casación desarrollada a partir de la SP2940-2016, mar. 9, rad. 41760, y vigente en la actualidad: La tipicidad de la conducta de «llevar consigo» sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas, incluye un elemento subjetivo especial: la finalidad de tráfico o distribución. En consecuencia, la inexistencia de este ánimo, como ocurre cuando se porta droga para el consumo personal, genera atipicidad. Tal postura apareja dos precisiones de orden probatorio:*

*(i) La cantidad de alucinógenos no es el factor determinante del juicio de tipicidad de la modalidad conductual «llevar consigo», pero ese dato sí debe valorarse como un indicador, junto a los otros que se encuentren demostrados, de la finalidad del agente. Así, por ejemplo, una cuantía exagerada o superlativa hace razonable la inferencia de direccionamiento de la conducta al tráfico o distribución.*

*(ii) La carga de la prueba del referido ingrediente subjetivo, al igual que ocurre frente a los demás presupuestos de la tipicidad y de la responsabilidad penal en general, corresponde a la Fiscalía General de la Nación, según lo establecido en el inciso 2 del artículo 7 del C.P.P.*

*A ese respecto, ya se precisó que el dato cuantitativo no es un elemento definidor del tipo básico de porte de estupefacientes, aunque sí constituye un hecho indicador de la finalidad del agente a valorarse en conjunto con las demás pruebas obrantes. Y no es cierto, como lo dio a entender el Tribunal, que la sentencia SP4498-2016, abr. 13, rad. 44718, excepcionó dicha regla pues, por el contrario, esta reiteró, de manera expresa en la página 13, la postura interpretativa iniciada con la SP2940-2016, mar. 9, rad. 41760, sin introducirle variación alguna. (…)*

*Podría argumentarse que la forma como se encontraba organizada la cocaína y sus derivados, es decir, distribuida en 47 envolturas de papel, es indicativa de la finalidad de venta o distribución. Sin embargo, esa situación, como lo indicó el juez de primera instancia, podría obedecer, en igual grado de probabilidad, a otra hipótesis plausible: que la procesada acababa de comprar la droga en la presentación dosificada en que, normalmente, es vendida por los microtraficantes.*

*En la sentencia SP497-2018, feb. 28, rad. 50512, se juzgó un caso en el que, casualmente, el acusado portaba la misma clase de estupefaciente y en igual número de papeletas (47), frente a lo cual la Corte indicó como uno de los argumentos de la absolución allí decidida:*

*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 J. F. D. 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’.*

*En lo concerniente a la actitud «evasiva y nerviosa» que manifestó FLOR ALBA CORTÉS NAÑAZA cuando fue abordada por miembros de la Policía Nacional; la misma pudo evidenciar, ciertamente, el temor de ser descubierta en la ejecución de una conducta punible y de sufrir las consecuentes sanciones, o, también, en un grado de razonabilidad no menos considerable, el impacto psicológico que le generó esa intervención de la autoridad, como puede sucederle a cualquier persona inocente, debido a la naturaleza coercitiva de la actuación y a lo inédito que le podía resultar, más aún cuando sabía que portaba sustancias estupefacientes y que, aun si estaban destinadas a su propio consumo, esa sola conducta objetiva podía convertirla en sospechosa de ser traficante de aquéllas, como en efecto ocurrió.*

*(…) Así las cosas, el único hecho probado durante el juicio oral es que FLOR ALBA CORTÉS NAÑAZA portaba 29.6 gramos de cocaína y sus derivados en un lugar público al mediodía. Como lo afirmó el Tribunal, es cierto que ninguna prueba acreditó que aquélla fuese consumidora de estupefacientes, habitual u ocasional; pero también lo es que en el proceso no se demostró, más allá de duda razonable, que su finalidad fuere la distribución, expendio o tráfico de las sustancias que llevaba consigo.*

*En efecto, si bien es cierto la cantidad de la droga excede la dosis legal en 28.6 gramos, su presentación fraccionada y la naturaleza pública del lugar donde fue incautada, pueden indicar que el objetivo de la acusada era venderla; también lo es que no se descartó la plausibilidad de la hipótesis consistente en que aquélla acababa de adquirir o comprar el estupefaciente para su propio consumo, inclusive en el mismo parque donde fue sorprendida por la Policía si es que allí se comercializa dicha sustancia, y que el exceso en la dosis mínima admisible obedeciera a una necesidad de aprovisionamiento determinada, verbigracia, por su residencia en una zona alejada del casco urbano municipal, como lo alegó la defensora.*

*Sea del caso advertir que la duda sobre el fin que perseguía FLOR ALBA CORTÉS NAÑAZA con el estupefaciente, pudo ser superada, con relativa facilidad, mediante la ejecución de una mínima investigación adecuada. Así, por ejemplo, el policía, después de enterarse de la declaración anónima, bien pudo observar o seguir a la mujer por cierto tiempo para verificar el motivo y fines de su presencia en el parque municipal, así como la intervención de otros eventuales partícipes. Además, la más mínima diligencia aconsejaba que debió identificar a su informante para que, después, este pudiese ser ubicado y rindiera una entrevista y, de ser posible, su testimonio en juicio.*

*Esa desidia investigativa también es atribuible a la Fiscalía porque sus actos de averiguación, por lo menos los que tuvieron trascendencia probatoria, se limitaron a establecer la identidad de la acusada, las circunstancias en que fue capturada y las características de la sustancia incautada (naturaleza y cantidad). Ni siquiera se verificó si el parque principal de Belén de Umbría era lugar común de venta y/o de consumo de estupefacientes, tampoco se adelantaron labores de vecindario que permitieran identificar otros potenciales testigos del suceso ocurrido el 4 de julio de 2015; es más, ni siquiera consta que se haya indagado sobre eventuales antecedentes de la procesada relacionados con el narcotráfico y/o con su adicción a las drogas, que pudieran corroborar o, por el contrario, desvirtuar un propósito de venta o distribución de aquéllas.*

*Por último, debe advertirse que las mínimas actividades de investigación que ahora se reclaman, son exigibles a la Policía Judicial y a la Fiscalía General de la Nación, aun cuando aquella fecha fuese anterior al precedente tantas veces citado, porque habrían permitido identificar a un testigo importante de los hechos que revestían características de delito y otras pruebas que soportaran mejor la acusación, esclarecer mayores circunstancias de la conducta de FLOR ALBA CORTÉS NAÑAZA y, por qué no, la individualización y captura de otros miembros de la red o banda de narcotraficantes que estuviese detrás de los pequeños expendedores, si es que esta fuese la hipótesis demostrada en el caso.*

*4.4 Conclusión.*

*El delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376) exige, para esta última modalidad conductual, la concurrencia del fin de comercio o distribución, elemento subjetivo este que no fue objeto de imputación fáctica en la acusación –ni en la audiencia preliminar respectiva-, menos aún fue probado más allá de toda duda razonable.*

*Por estas razones, con base en lo previsto en los artículos 7.2 y 381.1 del C.P.P., se revocará la decisión de condenar a FLOR ALBA CORTÉS NAÑAZA y, en consecuencia, se restablecerá la absolutoria de primera instancia…”*

6.11 En atención a las consideraciones de la decisión antes referida, debe señalarse que en este caso la recurrente considera que en las sentencias CSJ SP con radicado 46217 de 2014, y 41760 y 43512 de 2016 se morigero la posición frente al caso de los usuarios que portaban drogas para su consumo y que precisamente en las diligencias de arraigo se estableció que JRGS era consumidor de estupefacientes. Sin embargo esta manifestación de la recurrente queda desvirtuada con lo consignado en el formato de “Individualizacion y arraigo”, donde se menciona: *Consumidor habitual: NO: Ha estado en tratamiento N/A”.*

A su vez y pese a la actividad desplegada por el Sistema de Defensoría Pública para ubicar al señor GS con el fin que fuera valorado por un psicólogo a efectos de establecer su grado de adicción a los estupefacientes y si presentaba algún trastorno mental por uso o abuso de sustancias sicoactivas, lo real es que esos esfuerzos resultaron infructuosos, de acuerdo a los informes incorporados al proceso, ya ni la abuela ni la madre del procesado entregaron información que permitiera ubicarlo[[3]](#footnote-3).

6.12 Sin embargo y con base en la decisión CSJ SP 56547 del 29 de enero de 2020, debe decirse que en este caso lo que probó la FGN fue lo siguiente: i) JRGS fue capturado en un sector que era frecuentado por consumidores y vendedores minoristas de estupefacientes por llevar consigo la cantidad de 150.2 gramos de marihuana que se encontraba empacada en 37 bolsas y por ello en la audiencia de formulación de imputación y en la acusación se circunscribió la conducta del acusado a la inflexión verbal “llevar consigo”, prevista dentro del componente descriptivo del artículo 376 del CP; iii) de las declaraciones de los urbanos Darwin Giovanny Agudelo y Yesid Andrés González Ramírez, se desprende que el acusado intentó aligerarse de la bolsa que contenía el material sicoactivo; iii) JRGS no fue aprehendido por vender marihuana sino por portarla; y iv) según el SI González Ramírez, en poder del acusado se halló un artefacto conocido como un “grinder” que según lo que explicó este oficial, consistía en dos “cocas”, en una de las cuales se coloca la marihuana, mientras que la otra tiene unos chuzos con los cuales se trilla en vegetal, artefacto que suelen usar los consumidores de cannabis.

6.13 Frente a la situación o puntual que se presenta en este caso, derivado de la captura del procesado por posesión de 150.2 gramos de marihuana y no por venta de ese material, se citan apartes de lo decidido en CSJ SP del 6 de 6 de marzo de 2019, radicado 53157, donde se dijo:

*“…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. (…)*

*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)*

6.14 Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, se considera que en este caso se presentan dudas sobre la prueba del componente subjetivo del artículo 376 del CP, que ha sido deducido por vía de la jurisprudencia de la SP de la CSJ, ya que finalmente no se logró establecer con el grado de convicción que exige el artículo 381 del CPP que JRGS portaba la sustancia que le fue incautada, con ánimo de distribución o de venta y las circunstancias en que se produjo su captura pueden llevar a inferir dos tipos de situaciones: i) que fuera un expendedor minorista de marihuana, lo cual no se corresponde con el contexto fáctico de la acusación; o ii) que hubiera adquirido la sustancia que portaba para proveer a su consumo como dosis de aprovisionamiento.

En consecuencia las deficiencias de la labor policiva posterior a la captura del procesado (que fueron puestas de presente como factor común de las obligaciones de las autoridades en casos de decomiso de drogas según la decisión CSJ SP del 29 de enero de 2020, radicado 56574 en la que se basa esta providencia), llevan a concluir que existen dudas sobre el componente subjetivo del fin de comercio o tráfico al menudeo, que determina la posibilidad de subsumir la conducta del acusado en la norma de prohibición, contenida en el artículo 376 del CP, pues finalmente no se sabe si portaba el material vegetal para distribuirlo o para consumirlo y sobre ese tema el fiel de la balanza se podría inclinar hacia la segunda tesis, en la medida en que uno de los agentes que intervinieron en el procedimiento dijo que JRGS llevaba consigo un “grinder”, que es un artefacto que usan los consumidores de marihuana para trillarla, lo cual puede constituir un hecho indicante sobre el fin que animaba al procesado para portar la sustancia, lo que tornaría su conducta en un acto atípico ante la ausencia de demostración del ingrediente subjetivo especial deducido en la jurisprudencia de la SP de la CSJ para distinguir entre casos de porte de drogas para consumo o para distribución.

6.15 En consecuencia y en atención a lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 7º del CPP, por existir dudas de suficiente entidad sobre el propósito que animaba al procesado para portar la citada sustancia, se revocará la decisión recurrida, por considerar que en el caso *sub lite* no se reunían los requisitos del artículo 381 de CPP para dictar una sentencia de condena contra el acusado.

Finalmente debe decirse que como consecuencia de esta decisión, no es necesario pronunciarse sobre el recurso propuesto por el delegado del Ministerio Publico, a efectos de que se revocara el acápite de la sentencia que le impuso al acusado la inhabilidad especial prevista en el artículo 122 de CP.

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 30 de agosto de 2017 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira (Risaralda), en la cual se declaró penalmente responsable a JRGS por incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 C.P.).

SEGUNDO: Como el señor JRGS se encuentra detenido actualmente en razón de la pena que le fue impuesta, se ordena librar la respectiva orden de libertad, que será firmada por medio digital o escaneada, conforme a lo previsto en el artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TERCERO: Contra la presente decisión procede el recurso de casación.

CUARTO: DISPONER que en atención a lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, no se realizará audiencia de lectura de la presente determinación, y por ende esta decisión se le notificará por la Secretaría de esta Sala vía correo electrónico a las partes e intervinientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

1. Folio 5 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 2 [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 21 a 234 [↑](#footnote-ref-3)