**TRÁFICO – FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES /LLEVAR CONSIGO / ADICTO / IRRETRACTABILIDAD DEL ALLANAMIENTO / PROCESO ABREVIADO / EXCESO EN LOS TOPES LEGALMENTE PERMITIDOS – CAMBIOS JURISPRUDENCIALES -**

“… **en la actualidad a partir de la Sentencia del doce (12) de noviembre 2014. Rad. # 42617, dicha línea de pensamiento ha sufrido un vuelco de 180º,** en virtud del cual la Corte ha cambiado su modo de pensar al llegar a la conclusión consistente en que en las hipótesis de porte de sustancias estupefacientes para el consumo, cuando las mismas rebasan en demasía los topes permitidos para la dosis personal, tales excesos no se erigen como una presunción de derecho respecto de la vulneración del interés jurídicamente protegido, sino que deben ser apreciados como una presunción legal que permitiría prueba contrario; además el exceso ya no tendría la relevancia que se le estaba dando, porque lo que importa es la destinación que el sujeto agente pretenda darle a la sustancia estupefaciente, la cual tenía que estar relacionada su consumo personal.”

(…)

“Por ende, cuando esa presunción es desvirtuada porque fue posible demostrar que el Procesado iba a utilizar para su consumo personal una determinada cantidad de sustancia estupefaciente que rebasaba los excesos permitidos respecto de los limites considerados como dosis para uso personal, ya no sería posible considerar como punible, por ausencia de antijuridicidad material, la conducta endilgada en su contra en atención a que con la misma no se le estaría ocasionando daño alguno al interés jurídicamente protegido, la salud pública, ni a otros intereses jurídicos, ni derechos de terceras personas.”

“En la actualidad, la Corte le dio un nuevo giro a su línea de pensamiento al establecer que en los eventos de excesos de los límites tolerados para la dosis personal cuando la finalidad de los estupefacientes no sea otra diferente que la del consumo, no se estaría en una hipótesis de antijuridicidad sino de atipicidad. Como bien lo resaltó esa alta Corporación.”

(…)

“En este escenario jugarían como factores determinantes entre otros: el fenómeno de la dosis de aprovisionamiento, la cantidad de las sustancias estupefacientes incautadas, la condición de adicto del procesado y su grado de adicción, 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 válidamente le permitirán determinar al Juzgador de instancia si el destino de las sustancias psicotrópicas incautadas que excedían los limites 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…”

(…)

“Tomando lo antes enunciado como marco conceptual, al ser trasportado al caso en estudio, observa la Sala que en efecto la Defensa vanamente intentó retractarse del allanamiento a cargos, al pretender demostrar la condición de adicto del Procesado, en atención a que las sustancias estupefacientes que le fueron incautadas - las cuales excedían los topes legalmente permitidos para la dosis personal - iban a ser utilizadas para su consumo personal, para así poder argüir que el comportamiento endilgado al acusado no podía ser catalogado como delictivo. Pero en criterio de la Colegiatura todo lo dicho por la Defensa se quedó en el escenario de las buenas intenciones y de las especulaciones, ya que en la actuación procesal no existe prueba alguna que demuestre plenamente todo lo argüido en la alzada por el recurrente, ya que la cantidad de los estupefacientes incautados – más del doble de la dosis personal-, su forma de dosificación -36 cigarrillos distribuidos en 4 paquetes de a 9-, aunado al sitio en donde es capturado el señor HERNÁNDEZ MORENO - carrera novena con calle trece de esta ciudad- sector ampliamente conocido por la problemática social presentada en cuanto a distribución de sustancia psicoactivas, se puede inferir que el destino de esos estupefacientes era otro diferente que el del consumo del acriminado.”

**Citación jurisprudencial:** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del veinticinco (25) de marzo de 2015. AP1505-2015. Radicación # 40439. M. P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ. / Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del trece (13) de Febrero de 2.013. Rad. # 40053. M.P. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ. / Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del nueve (09) de marzo de dos mil dieciséis (2016). Radicación # 41760. SP2940-2016. M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. / Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del trece (13) de abril de 2016. SP4498-2016. Radicación # 44718. M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. / Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del seis (6) de abril de 2016. SP4131-2016. Radicación 43512. M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Aprobado mediante acta # 797 del 7 de septiembre de 2016**

Pereira, ocho (08) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Hora:08:20

Procesado: **ANDRÉS MAURICIO HERNÁNDEZ MORENO**

Delitos: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Rad. # 660016000035201401080-01

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria

Decisión: Confirma fallo confutado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Defensa del Procesado **ANDRÉS MAURICIO HERNÁNDEZ MORENO** en contra de la sentencia proferida en las calendas del CINCO (5) de agosto de 2016 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la ciudad de Pereira, en virtud de la cual fue declarada la responsabilidad criminal del Procesado de marras, quien fue condenado a la pena principal de Cincuenta y Seis (56) meses de prisión y multa equivalente a 1.75 SMLMV para 2014, por incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos tuvieron ocurrencia el día 6 de marzo del 2014, a las 09:20 horas aproximadamente en la vía pública de la carrera novena con calle trece de esta ciudad, lugar donde fue capturado el señor **ANDRÉS MAURICIO HERNÁNDEZ MORENO** por policiales que se encontraban realizando labores de patrullaje por el sector. Acorde con lo consignado en los informes policiales del caso, se tiene que una fuente anónima manifestó que dicha persona portaba estupefacientes, razón por la que los efectivos de la policía nacional procedieron a abordarlo, y mediante un registro voluntario se le encuentra dentro de su bolsillo derecho del pantalón: 4 bolsas plásticas, las que contenían cada una 9 cigarrillos elaborados en papel blanco cada una con una sustancia de características similares a estupefacientes, procediéndose a su incautación y la detención del ciudadano. Una vez realizada la prueba de PIPH sobre la sustancia arrojó positivo para cannabis sativa en un peso neto de cincuenta y dos (52) gramos.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

Las audiencias preliminares se llevaron a cabo ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira el día 7 de Marzo del 2014, en las cuales se le impartió legalidad al procedimiento de captura del señor **ANDRÉS MAURICIO HERNÁNDEZ MORENO**, se le realizó la imputación fáctica y jurídica como autor del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, verbo rector “Llevar Consigo”, descrito en el artículo 376 inciso 2 del C.P. el cual fue modificado por artículo 11 de la Ley 1453 de 2011[[1]](#footnote-1), cargo que fue ACEPTADO por el procesado de manera libre, consciente y voluntaria. Por último la Fiscalía retiró la solicitud de medida de aseguramiento, postura que es respaldada por la Defensa y por consiguiente se dispuso la libertad inmediata del imputado.

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira adelantó audiencia de individualización de pena y sentencia el día 15 de julio de 2016, -luego de reiterados aplazamientos de dicha audiencia por parte de la Defensora del procesado-, la cual inició con la verificación de ACEPTACIÓN de cargos por parte del procesado, acto seguido la Fiscalía manifestó que el procesado era habitante de la calle y estuvo detenido por hurto calificado, aunado a la condición de adicto que es sustentada por la defensa. Esta por su parte argumentó la condición de adicto de su prohijado aludiendo que la sustancia estupefaciente que llevaba consigo estaba destinada exclusivamente para el consumo personal y por ende no se estaba generando una afectación a la comunidad, ello sustentado en un informe de medicina legal que allegó en el desarrollo de la audiencia. Con fundamento en tales medios de conocimiento, la Defensa solicitó al juez reconsiderar el sentido sancionatorio del fallo para que se profiriera una sentencia absolutoria.

El día cinco (5) de agosto del año en curso se dio lectura a la sentencia condenatoria en contra del señor **ANDRÉS MAURICIO HERNÁNDEZ MORENO** y sobre la misma la defensa interpone recurso el cual es sustentado de manera legal.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Como ya se dijo, se trata de la sentencia condenatoria proferida en contra del señor **ANDRÉS MAURICIO HERNÁNDEZ MORENO** por el Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira el cinco (5) de agosto de 2016, en virtud de la cual se declaró penalmente responsable del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, motivo por el que se le impone una sanción de cincuenta y seis (56) meses de prisión y multa por valor de uno punto setentaicinco (1.75) SMLMV para 2014.

Los argumentos expuestos por el Juez *A quo* para poder proferir la correspondiente sentencia condenatoria, fueron sustentados con base en la tipicidad y antijuridicidad de la conducta desplegada por el señor **ANDRÉS MAURICIO HERNÁNDEZ MORENO**, sobre la cual expresó no existe duda alguna respecto de su participación ya que éste aceptó en forma libre, espontánea y consiente la imputación formulada. Producto de ello no prosperó el argumento de la Defensa, sobre el cual deja claro que la cantidad y presentación de la sustancia incautada tiene más asemejo a la sustancia que lleva un minorista o expendedor al detal que la que utiliza un adicto. Además que no era la audiencia del artículo 447 C.P.P. la adecuada para impetrar la absolución en tanto que dicha audiencia se ve precedida del sentido del fallo de carácter condenatorio, por lo cual la finalidad de la citada audiencia es precisamente la de conocer las circunstancias familiares, personales y profesionales del declarado penalmente responsable.

En lo que tiene que ver con la dosificación de la pena impuesta al procesado, el Juez *A quo* decidió ubicarse en el tope inferior del primer cuarto, debido a que al encausado no le fueron imputadas circunstancias de agravación*,* por lo cual estimó adecuado partir de la pena mínima establecida, misma que fluctúa entre 64 y 75 meses de prisión.

Así las cosas a la pena impuesta solo se le hizo el descuento punitivo del 12.5% por la aceptación de cargos, generando como resultado una sanción penal de 56 meses de prisión, no hubo pronunciamiento sobre el subrogado penal del artículo 268 del C. Penal.

Se excluyó la posibilidad de aplicar la suspensión condicional de la ejecución de la pena por tratarse de un delito relacionado con el “Tráfico de Estupefacientes y otras infracciones”, según los artículos 63 y 68A del C.P. que fue modificado por la Ley 1709 del 2014.

**LA ALZADA:**

En Contra del fallo condenatorio se interpuso recurso de apelación por parte de la Defensa, el mencionado recurso fue sustentado oralmente y en el acto.

Las razones de la inconformidad de la Defensa con el contenido de la decisión opugnada, radican en que el *A quo* no tuvo en cuenta que el señor **ANDRÉS MAURICIO HERNÁNDEZ MORENO** es un adicto al consumo de sustancias estupefacientes, por consiguiente la dosis que llevaba consigo era para su propio consumo y con ello sólo se estaba causando daño así mismo, de esa manera no se estaba vulnerando el bien jurídico tutelado, lo anterior en virtud de que no se probó el ánimo de comercialización y lucro con los estupefacientes decomisados.

Para demostrar la tesis de su inconformidad, la Defensa como argumento de su disenso sostuvo que la cantidad de estupefaciente que portaba su prohijado es de baja cantidad y que él mismo ha sido consumidor frecuente, ello se demostró en la audiencia en la cual obra declaración juramentada de la hermana del encausado, quien asegura que su hermano es adicto a esas sustancias desde hace más de 10 años y también en un informe de medicina legal en el que la conclusión a la que llega el perito es que al momento de la valoración el señor **ANDRÉS MAURICIO HERNÁNDEZ MORENO** presenta adicción a derivados de marihuana y bazuco.

Finalmente solicita se revoque la sentencia y se emita un fallo absolutorio en virtud de la condición de adicto a los estupefacientes que padece su representado.

**LA RÉPLICA:**

Al intervenir como no recurrente, el Fiscal Delegado se opuso a las pretensiones del apelante, razón por la que solicitó que la sentencia impugnada sea confirmada, puesto que el fallo condenatorio se ajusta a derecho en razón de que la conducta enrostrada en contra del procesado si es antijurídica, y a que también los adictos están obligados a actuar conforme a derecho y para el caso que en concreto se vislumbró que el querer del acusado no era el consumo sino la distribución, aunado al lugar en donde fue capturado en posesión de la sustancia, sitio de reconocida trayectoria en la distribución de estupefacientes .

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una sentencia proferida de primera instancia por un Juzgado Penal que hace parte de uno de los Circuitos que integran este Distrito Judicial.

De igual manera no se avizora la ocurrencia de irregularidad alguna que puede viciar de nulidad la actuación procesal.

**- PROBLEMA JURÍDICO:**

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura por parte de la apelante y del no recurrente, considera la Sala que se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Debió el Juez A quo haber proferido un fallo absolutorio en atención a que la conducta punible endilgada por el Ente Acusador en contra del Procesado **ANDRÉS MAURICIO HERNÁNDEZ MORENO**, por incurrir en la presunta comisión delito de tráfico de estupefacientes, de la cual se allanó a los cargos, no podía ser catalogada como punible por ausencia de antijuridicidad material?

**- SOLUCIÓN:**

Para poder solucionar el problema jurídico propuesto por el recurrente en la alzada, en un principio la Sala debe partir de la base consistente que en el presente asunto nos encontramos en presencia de un proceso abreviado generado por la decisión voluntaria del Procesado **ANDRÉS MAURICIO HERNÁNDEZ MORENO**, de allanarse a los cargos que por la presunta comisión del delito de Tráfico de estupefacientes tipificado en el inciso 2º del articulo 376 C.P.P. en la modalidad de llevar consigo o porte, le fueron enrostrados por parte del Ente Acusador en la audiencia de formulación de la imputación celebrada ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira el día 7 de Marzo del 2014.

Tal situación tiene una gran incidencia en el campo de los recursos que por parte de la Defensa procederían en contra de una sentencia proferida dentro de un proceso abreviado, más exactamente en el escenario de la legitimación del recurrente si partimos de la base que un allanamiento a cargos, previamente aprobado, conllevaría a que el Juez de la Causa necesariamente deba proferir un fallo condenatorio, lo que le cerraría las puertas a la unidad de defensa para impugnar una sentencia de ese talente en la cual se cuestioné la declaratoria de responsabilidad criminal, en atención a que el apelante carecería de interés para recurrir porque la sentencia confutada no le ha irrogado ningún perjuicio a la unidad de defensa debido a que ese binomio obtuvo la consecuencia jurídica de lo que quería cuando el Procesado decidió allanarse a los cargos: un fallo condenatorio.

Por ello se ha dicho, tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia, que acorde con los postulados de los principios de lealtad procesal, irretractabilidad y de la buena fe, el allanamiento a cargos tiene efectos vinculantes para las partes y demás intervinientes en el proceso, por lo que pretender desconocer tales efectos mediante el empleo de un recurso en el cual se pretenda cuestionar lo querido por el procesado y decido por la Judicatura de acuerdo a sus pretensiones, implicaría una indebida retractación de todo lo consignado en dicho acto procesal.

A fin de ofrecer mejor claridad y precisión de todo lo anterior, bien vale la pena acudir a lo que al respecto ha expuesto la Corte de la siguiente manera:

*“De igual modo, la jurisprudencia ha precisado que la existencia o inexistencia de interés para recurrir, aspecto que importa destacar en el presente asunto, se vincula con el concepto de agravio, de manera tal que si la parte procesal ha sufrido perjuicio con la decisión, porque es en todo o parte desfavorable a sus pretensiones, tendrá, en principio, derecho para impugnar; por el contrario, si no recibe perjuicio con la decisión, por ser en todo favorable a sus pretensiones, carecerá de interés para demandar su revisión.*

*De acuerdo a estas directrices, la doctrina y la jurisprudencia penal han sostenido que el sujeto procesal carece de interés para recurrir en casación cuando la sentencia impugnada satisface integralmente sus pretensiones, bien porque acoge sus posturas defensivas, o porque se dicta en total correspondencia con los acuerdos que ha realizado dentro de los marcos de la justicia consensuada, y que tampoco tiene interés para hacerlo cuando siendo la decisión desfavorable es consentida por el afectado.*

*Por ello, tiene establecido que la limitación al derecho a controvertir los aspectos aceptados o concertados con la Fiscalía se erige en garantía de seriedad del acto consensual y expresión del deber de lealtad que debe guiar las actuaciones de quienes intervienen en el proceso penal, única manera de que el sistema criminal pueda ser operable, pues de permitirse que el implicado continúe discutiendo ad infinitum su responsabilidad penal, no obstante haber aceptado los cargos imputados, el propósito político criminal de lograr la sostenibilidad del sistema de investigación y enjuiciamiento penal y obtener una rápida y recta impartición de justicia, que justifica el instituto de los preacuerdos y negociaciones y los beneficios derivados del acogimiento a ellos, se tornaría irrealizable.*

*La Corte ha indicado de tiempo atrás, que la limitación a la posibilidad de discutir o controvertir los términos de las aceptaciones o acuerdos, ha sido normativamente regulada por la ley a través de lo que la doctrina y la jurisprudencia ha denominado principio de irretractabilidad, que comporta, precisamente, la prohibición de desconocer el convenio realizado, ya en forma directa, como cuando se hace expresa manifestación de disolverlo, o de manera indirecta, como cuando a futuro se discuten expresa o veladamente sus términos.*

*De manera, que la aceptación del acuerdo resulta vinculante para la fiscalía, el implicado y el juez, pues este último debe dictar la sentencia respectiva, de conformidad con lo aceptado o convenido por las partes, a menos que advierta que el acto se encuentra afectado de nulidad por vicios del consentimiento, o que desconoce garantías fundamentales, eventos en los cuales está llamado anular el acto procesal respectivo para que el proceso retome los cauces de la legalidad, bien dentro del marco del procedimiento abreviado, o dentro del juzgamiento ordinario.*

*Y si bien es cierto que por estos mismos motivos, es decir, cuando el proceso abreviado se adelanta con fundamento en una aceptación o acuerdo ilegal, o con quebrantamiento de las garantías fundamentales, los sujetos procesales están legitimados para buscar su invalidación en las instancias o en casación, también resulta claro que estas nociones difieren sustancialmente del concepto de retractación, que implica, deshacer el acuerdo, arrepentirse de su realización, desconocer lo pactado, cuestionar sus términos, ejercicio que no es posible efectuar cuando su legalidad ha sido verificada y la sentencia dictada….”[[2]](#footnote-2).*

Al aplicar lo antes expuesto al caso *subexamine*, observa la Sala que lo pretendido por la Defensa en la alzada es cuestionar la declaratoria de responsabilidad criminal efectuada en contra del Procesado **ANDRÉS MAURICIO HERNÁNDEZ MORENO** como consecuencia de su deseo de haberse allanado a los cargos endilgados en su contra por parte del Ente Acusador en la audiencia de formulación de la imputación. Tal situación, en consonancia con lo aludido en los párrafos anteriores, en un principio conspiraría de manera negativa en lo que tiene que ver con la legitimidad de la apelante, por ausencia de interés para recurrir, debido a que, reiteramos, la Defensa no ha sufrido ningún tipo de desmedro con el contenido del fallo confutado en atención a que ese proveído se encuentra en congruencia con las pretensiones perseguidas por el Procesado cuando decidió aceptar los cargos; siendo por lo tanto lo único perseguido por la Defensa al alzarse en contra del fallo es el procurar una retractación del allanamiento a cargos.

Ahora, en torno al escenario del fenómeno de la retractación, considera la Sala que la Defensa acudió a una estrategia un tanto malsana porque de manera incorrecta con sus pretensiones lo que perseguía era la absolución del Procesado al arroparlo bajo la cobija de la tesis de la ausencia de lesividad de su comportamiento, lo que, como bien lo pudimos demostrar en párrafos anteriores no es viable en los procesos abreviados, los cuales necesariamente deben finiquitar con un fallo condenatorio.

Por ello, en aquellas hipótesis en las cuales la Defensa en un proceso abreviado pretenda perseguir con cualquier tipo de argumentos la absolución del procesado, el Juzgador de instancia debe interpretar las aspiraciones de la Defensa como una solicitud de revocatoria o de retractación del deseo del procesado de allanarse a los cargos, y actuar en consecuencia, según las voces del articulo 293 C.P.P. a fin de determinar sobre la viabilidad de dicha petición.

En el caso *subexamine*, lo acontecido por parte de la Defensa ante la *A quo* debe interpretarse como una especie de petición de retractación de la aceptación de cargos que tendría su fundamento en una eventual hipótesis de vulneración de garantías fundamentales en atención a que la Defensa con su estrategia tácitamente se ha opuesto a la aprobación del allanamiento a cargos, cuando al momento de presentársele ese cuestionamiento al acusado ella misma se encontraba presente y asesoró al señor HERNANDEZ **MORENO** para que tomada una decisión en uno u otro sentido, y ahora esa retractación se realiza aduciendo que el comportamiento enrostrado en contra del Procesado **ANDRÉS MAURICIO HERNÁNDEZ MORENO** no podía ser considerado como punible por ausencia de antijuridicidad material en atención a que el acusado, por su condición de adicto a los estupefacientes, no transgredió el interés jurídicamente protegido por el delito de tráfico de estupefacientes, debido a que las sustancias que le fueron incautadas eran para su propio consumo.

Siendo así las cosas, acorde con la tesis de la discrepancia propuesta por el recurrente, eventualmente estaríamos en presencia de una de las hipótesis de vulneración de garantías fundamentales que conllevaría al quebrantamiento del debido proceso por desconocimiento del principio de presunción de inocencia, si partimos de la base que una de las obligaciones que le asisten a los Jueces de la causa al momento de ejercer controles en los allanamientos a cargos es la de verificar si existía algún quebrantamiento de los derechos del procesado que le impidieran tomar una decisión de forma libre, consciente y voluntaria sobre su aceptación o no de la responsabilidad penal que la fiscalía le endilgaba en ese momento, ya que se puede incurrir en una vulneración de los derechos y garantías fundamentales de un Procesado, que implicaría un avasallamiento del debido proceso, cuando el encausado se ha visto avocado a allanarse a los cargos que le han sido proferidos en su contra por incurrir en una conducta que en esencia no podía ser catalogada como punible, ya sea por ausencia de antijuridicidad, por atipicidad, etc…

Tal situación relacionada con el desconocimiento de garantías fundamentales, habilitaría a la Defensa para que acorde con las voces del parágrafo del artículo 293 C.P.P. válidamente pueda de manera excepcional retractase de una aceptación de cargos, como bien lo ha admitido la Corte de la siguiente manera:

*“Conforme lo consignado en la ley y la necesaria contextualización de las normas regulatorias del tema, advierte la Corte que en la práctica se pueden presentar dos escenarios diferentes respecto del tema de la aceptación unilateral de cargos operada en la audiencia de formulación de imputación: (i) la retractación en su estricto sentido, entendida cuando unilateralmente la persona, por su solo querer, desdice de lo aceptado previamente; (ii) los casos en que esa aceptación de cargos estuvo viciada o refleja vulneración de garantías fundamentales.*

*i) En el primer evento, se reitera, si la persona acepta voluntariamente y de forma unilateral los cargos consignados en la formulación de imputación, ya después no puede desdecirse de ello, porque la ley no permite que el simple deseo o querer afecte la legitimidad y efectos del allanamiento.*

***ii) En el segundo, si la persona acepta unilateralmente cargos en la audiencia de formulación de imputación y posteriormente aduce que su consentimiento fue viciado o le fueron violadas garantías fundamentales, el juez de conocimiento (o cualquiera de las instancias, incluida la Corte en casación), puede invalidar ese acto y sus efectos.***

***Desde luego, si de lo que se trata es de dar plena operatividad material al parágrafo del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, el juez de conocimiento, al momento de adelantar la audiencia de individualización de pena y sentencia, debe permitir que el imputado o su defensor, si así lo alegan allí o presentan previamente escrito en dicho sentido, accedan a la posibilidad de anular la aceptación de responsabilidad penal, para lo cual, además, ha de abrir un espacio previo a su pronunciamiento de fondo, en el cual se discuta el tópico y, más importante aún, el imputado y su defensor efectivamente prueben que lo aducido sucedió, pues, expresamente la norma demanda del postulante demostrar que el vicio o la violación sucedieron…….”[[3]](#footnote-3).***

Luego, al estar demostrado que la tesis propuesta por la Defensa en la alzada está relacionada con la vulneración de derechos y garantías fundamentales, tal situación, en opinión de la Sala, válidamente le abriría las puertas de la segunda instancia, dejando de esa forma en la vera del camino cualquier tipo de dudas respecto de su legitimación para actuar como recurrente.

Regresando al caso en estudio, observa la Sala que la tesis de la discrepancia de la ausencia de antijuridicidad propuesta por la recurrente en contra del fallo confutado, para deprecar la retractación del allanamiento a cargos, cabalga en las siguientes premisas: a) La condición de adicto del procesado; b) Los narcóticos incautados estaban destinados para el consumo personal del acriminado; c) La cantidad de sustancia estupefaciente, a pesar de desbordar los topes permitidos para la dosis personal, no generaban un atentado en contra del interés jurídicamente protegido.

Con base en las anteriores premisas, para la Sala, la Defensa llega a la conclusión consistente en que el comportamiento endilgado en contra del Procesado **ANDRÉS MAURICIO HERNÁNDEZ MORENO** carecía de la relevancia necesaria y suficiente como para poner efectivamente en riesgo el interés jurídicamente protegido, por lo que el mismo, según las voces de los artículos 9º y 11 C.P. no podía ser considerado como punible por ausencia de antijuridicidad material.

Es de anotar que la línea jurisprudencial que había trazado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, era del criterio de establecer que en aquellas hipótesis de porte de sustancias estupefacientes, aun cuando sea para el consumo del propio Procesado, el exceso ostensible de los narcóticos respecto de los límites permitidos para la dosis personal, incidía para que se presumiera, al parecer de derecho, que con tal comportamiento se vulneraba de manera eficaz el interés jurídicamente protegido[[4]](#footnote-4); dicha línea de pensamiento fue en su momento acatada por esta Corporación, como bien se desprende del siguiente precedente:

*“Nos preguntábamos qué alcance tenía esa expresión: “sutil franja de lo importante a lo insignificante” con referencia al tope máximo de la dosis personal, o en otras palabras ¿hasta qué monto de exceso se puede considerar como algo realmente insignificante?, y la respuesta que nos surgía era que necesariamente debería referirse a una cantidad mínima que en verdad tuviera esa connotación de insignificante, como decir, por ejemplo: 0.1 gramos para el caso de la cocaína, que es el exceso menor en relación con la cifra que se encuentra establecida como dosis personal para esa clase de sustancia.*

*Así lo entendimos, porque haciendo un seguimiento a los precedentes de la Sala de Casación Penal, resultaba fácil advertir que la Alta Corporación no era partidaria de exonerar de pena aquellos portes excesivos, como sería por caso el que duplicara la dosis personal. De haber sido así, el asunto que se conoció precisamente de este Tribunal por el porte de 2 gramos de sustancia a base de cocaína -nos referimos a la sentencia de casación del 20-10-05, M.P. Mauro Solarte Portilla, radicación 24026-, debió seguir indeclinablemente la ruta del delito bagatelar, pero muy por el contrario hubo una condena efectiva en contraposición de lo que se había indicado por la señora Juez de primer grado quien absolvió con fundamento en la no antijuridicidad material.*

*(…)*

*Con fundamento en este nuevo parámetro de referencia, el Tribunal dejó sentado su criterio en el sentido que de todas formas la declaración de no antijuridicidad material sólo tendría cabida tratándose de portes de estupefacientes destinados al personal consumo para cantidades* ***que no alcancen el doble de la establecida por el legislador****, porque si como se ha dicho desde siempre: “el tope superior normativamente establecido, marca la pauta para definir lo que corresponde a la antijuridicidad de la conducta”, entonces no sería razonable que se llegare a duplicar el monto definido por el legislador como dosis personal, que, se repite, fue fijado con holgura en aplicación de su exclusivo poder de configuración….”[[5]](#footnote-5).*

Pero, pese a lo anterior, bien vale anotar que en la actualidad a partir de la **Sentencia del doce (12) de noviembre 2014. Rad. # 42617**, dicha línea de pensamiento ha sufrido un vuelco de 180º, en virtud del cual la Corte ha cambiado su modo de pensar al llegar a la conclusión consistente en que en las hipótesis de porte de sustancias estupefacientes para el consumo, cuando las mismas rebasan en demasía los topes permitidos para la dosis personal, tales excesos no se erigen como una presunción de derecho respecto de la vulneración del interés jurídicamente protegido, sino que deben ser apreciados como una presunción legal que permitiría prueba contrario; además el exceso ya no tendría la relevancia que se le estaba dando, porque lo que importa es la destinación que el sujeto agente pretenda darle a la sustancia estupefaciente, la cual tenía que estar relacionada su consumo personal.

Por ende, cuando esa presunción es desvirtuada porque fue posible demostrar que el Procesado iba a utilizar para su consumo personal una determinada cantidad de sustancia estupefaciente que rebasaba los excesos permitidos respecto de los limites considerados como dosis para uso personal, ya no sería posible considerar como punible, por ausencia de antijuridicidad material, la conducta endilgada en su contra en atención a que con la misma no se le estaría ocasionando daño alguno al interés jurídicamente protegido, la salud pública, ni a otros intereses jurídicos, ni derechos de terceras personas.

En la actualidad, la Corte le dio un nuevo giro a su línea de pensamiento al establecer que en los eventos de excesos de los límites tolerados para la dosis personal cuando la finalidad de los estupefacientes no sea otra diferente que la del consumo, no se estaría en una hipótesis de antijuridicidad sino de atipicidad. Como bien lo resaltó esa alta Corporación en los siguientes términos:

*“Para solucionar el presente asunto en el que YESID ALEXANDER ARIAS PINTO, como adicto a sustancias estupefacientes, quien cumplía con el servicio militar y se aprestaba a salir del batallón para realizar patrullajes, llevaba consigo 50.2 gramos de marihuana, superando así más del doble la considerada como dosis personal, la Corte considera que ha de ser resuelto dogmáticamente en el ámbito de la tipicidad y no en el de la antijuridicidad, pues a partir de las modificaciones introducidas al ordenamiento jurídico por el Acto Legislativo 02 de 2009 ha de sopesarse en todo caso el ánimo de ingesta de las sustancias, como ingrediente subjetivo o finalidad, de ahí que el porte de una cantidad de droga compatible exclusivamente con ese propósito de consumo será una conducta atípica, en los términos que se explican en esta providencia.*

*(…)*

*Por tanto, la 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…….”[[6]](#footnote-6).*

Como se podrá colegir, según la nueva línea de pensamiento trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos eventos en los cuales se exceda los limites tolerados para la dosis personal, dicha conducta sería atípica siempre y cuando se logre demostrar que el destino de la sustancia estupefaciente no era otro diferente que para el consumo del sujeto agente. Pero es de anotar que no todos los excesos de las sustancias psicotrópicas, a pesar de que se digan que han de ser utilizados para el consumo, se erigen como presupuesto que permita escudar en dicha causal de atipicidad el comportamiento endilgado al sujeto agente, puesto que los mismos deben ser analizados 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 se pueden considerar como necesarios y suficientes para poder satisfacer la adicción del drogadicto, ya que las demás excusas, como la simple y llana adicción en contraposición al embalaje que presenta la sustancia y al lugar en que la persona sea capturada con los estupefacientes, deberá ser analizado y ponderado por el Juez de la Causa para efectos de identificar si se trata de un simple consumidor o es una persona que además de su adicción sirve en los tentáculos de la red de micro distribución.

En este escenario jugarían como factores determinantes entre otros: el fenómeno de la dosis de aprovisionamiento, la cantidad de las sustancias estupefacientes incautadas, la condición de adicto del procesado y su grado de adicción, 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 válidamente le permitirán determinar al Juzgador de instancia si el destino de las sustancias psicotrópicas incautadas que excedían los limites 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…

Frente a lo anterior, la Corte se ha expresado en los siguientes términos:

*“Para terminar, debe advertir la Sala que en la situación fáctica y procesal aquí debatida no tiene cabida o aplicación la reciente tesis jurisprudencial expuesta en SP2940-2016, rad. 41760, del pasado 9 de marzo, de acuerdo con la cual en tratándose de la modalidad comportamental “llevar consigo” del artículo 376 de la Ley 599 de 2000 «…ha de sopesarse en todo caso el ánimo de ingesta de las sustancias, como ingrediente subjetivo o finalidad, [y] de ahí que el porte de una cantidad de droga compatible exclusivamente con ese propósito de consumo será una conducta atípica…» (subrayado ajeno al texto).*

*(…)*

*Las consideraciones que anteceden no son aplicables en el asunto analizado, habida cuenta que, en primer lugar, el procesado se allanó o aceptó su responsabilidad a la conducta punible imputada, lo que equivale a decir que confesó o reconoció que la sustancia alucinógena que llevaba consigo, esto es, marihuana en cantidad de cuatrocientos noventa y cinco (495) gramos, la conservaba con una finalidad distinta al consumo personal.*

*En segundo término, el enjuiciado nunca, bien sea en el instante en que fue capturado, en la audiencia de formulación de imputación, o en la de individualización de pena, en las que contó con la asistencia de un abogado de confianza, expresó o aludió tener la condición de adicto a la droga incautada.*

*Por otra parte, en tercer lugar, si bien es cierto en el expediente obra una declaración ante Notario Público en la que quien refiere ser el progenitor del encausado asegura que éste “es adicto al consumo de marihuana, el cual no lo dijo en la audiencia por pena con la familia”, también es verdad que tal manifestación no puede ser valorada por la potísima razón de que se allegó de manera informal cuando la actuación se encontraba al despacho del juez a-quo para la redacción de la sentencia y al parecer con el memorial con el que el procesado confirió poder a otro profesional del derecho, lo cual implica que ese documento no fue conocido ni controvertido por la parte que regentó la pretensión punitiva del Estado en este asunto, dentro de las oportunidades legales para el respectivo debate.*

*Finalmente, en cuarto lugar, si en gracia de discusión la aludida condición de adicto pudiese ser objeto de alguna valoración, en ausencia de otros elementos de conocimiento válidos y de acuerdo con los contornos fácticos del caso, esto es, atendida la forma en que el procesado llevaba dispuesta la sustancia alucinógena (compactada y debidamente embalada), el lugar en el que fue aprehendido (un sector urbano, en vía pública), así como la cantidad de droga (cuatrocientos noventa y cinco gramos de marihuana), la Sala no encuentra asidero cierto y admisible para deducir razonablemente que ese considerable volumen de estupefaciente era el que el acusado necesitaba atendida su condición personal por el presunto grado de adicción, con sujeción a los lineamientos de la sentencia atrás rememorada……”[[7]](#footnote-7).*

Tomando lo antes enunciado como marco conceptual, al ser trasportado al caso en estudio, observa la Sala que en efecto la Defensa vanamente intentó retractarse del allanamiento a cargos, al pretender demostrar la condición de adicto del Procesado, en atención a que las sustancias estupefacientes que le fueron incautadas - las cuales excedían los topes legalmente permitidos para la dosis personal - iban a ser utilizadas para su consumo personal, para así poder argüir que el comportamiento endilgado al acusado no podía ser catalogado como delictivo. Pero en criterio de la Colegiatura todo lo dicho por la Defensa se quedó en el escenario de las buenas intenciones y de las especulaciones, ya que en la actuación procesal no existe prueba alguna que demuestre plenamente todo lo argüido en la alzada por el recurrente, ya que la cantidad de los estupefacientes incautados – más del doble de la dosis personal-, su forma de dosificación -36 cigarrillos distribuidos en 4 paquetes de a 9-, aunado al sitio en donde es capturado el señor HERNÁNDEZ MORENO - carrera novena con calle trece de esta ciudad- sector ampliamente conocido por la problemática social presentada en cuanto a distribución de sustancia psicoactivas, se puede inferir que el destino de esos estupefacientes era otro diferente que el del consumo del acriminado.

Tal situación de orfandad probatoria de la representante del encausado, aunada con el juicio de inferencia que hemos realizado, nos permite concluir que en el presente asunto por parte de la Defensa no ha sido posible desvirtuar la presunción legal de antijuridicidad que gravitaba en contra del acusado respecto a que con su comportamiento si se generaba o le ocasionaba de manera efectiva un riesgo o una amenaza a la salud pública, que en el presente asunto vendría siendo el interés jurídicamente protegido, lo cual traduce que al acusado no se le está sancionando por el simple hecho de tener la condición de adicto, sino por arriesgarse a llevar consigo una cantidad que supera en grado sumo la dosis permitida, y en circunstancias que dan a indicar que no la llevaba exclusivamente para saciar su personal dependencia.

No desconoce la Sala las pruebas que de una u otra forma demuestran la condición de adicto del Procesado, pero las mismas en nada se contraponen con las evidencias habidas en la actuación procesal que son indicativas que el destino de las sustancias estupefacientes incautadas al encausado era otro completamente diferente que el consumo personal, Vg. El expendio, la distribución, etc… lo cual nos hace concluir que en el presente asunto estamos en presencia de una de las hipótesis en la cual confluyen al mismo tiempo las condiciones de adicto y de distribuidor o expendedor de sustancias psicoactivas, lo cual no liberaría de responsabilidad criminal al encausado.

Frente a lo anterior, la Corte se ha expresado de la siguiente manera:

“En asuntos como este en el que pueden coexistir las dos calidades tanto la de adicto como de distribuidor o comerciante de la droga, la Corte y la justicia no pueden cohonestar que precisamente la enfermedad se utilice como mampara o pretexto para delinquir, esto es, que bajo el supuesto de portar dosis compatibles con el propósito o necesidad de consumo, también queden amparadas cantidades destinadas con fines de comercialización, porque éstos últimos procederes han de ser perseguidos penalmente con la consecuente sanción, dada la efectiva lesión de los bienes jurídicos protegidos.

En este sentido, la Corte avala la consideración del fallador que no es lo mismo una cantidad de sustancia estupefacientes así sea mínima en manos de un consumidor o fármaco dependiente para su propio uso, que esa sustancia en la misma cantidad y proporción en poder de una persona que la conserva o porta con fines de venta, ámbito último que se demostró ante el hallazgo de elementos propios utilizados para su distribución, como las bolsas plásticas pequeñas, así como el dinero hallado en la cama del procesado.

Utilizando el argumento a simili, si un alcohólico es un enfermo, a nadie se le ocurriría judicializarlo como delincuente por esa conducta, pero, cuando en ese estado de salud adultera licor y comercia con el producto, habrá traspasado con su obrar las prohibiciones del Código Penal y se le deberá procesar por alterar bebidas alcohólicas en los términos del artículo 5° de la Ley 1222 de 2008. Lo propio ocurre con el adicto o consumidor de drogas, pues si su comportamiento desborda ese problema personal, por más enfermo que sea deberá ser juzgado penalmente por tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

En otras palabras concluyentes, en el proceso penal se debe establecer si se está ante un enfermo o un criminal, pero no se trata de condenar o de absolver a un enfermo con argumentos caprichosos o arbitrarios. De la conducta del primero se deben ocupar las autoridades de salud, pero para ello no solamente se debe demostrar que es un consumidor, también ha de probarse que la sustancia es para el consumo personal y en una cantidad que solamente sea compatible con ese propósito y su necesidad, pues si no se dan estrictamente estos supuestos, su proceder, a pesar de ser un enfermo, adicto o un consumidor, infringirá la ley penal y deberá ser juzgado por los jueces de la República, como cuando la droga portada (en su totalidad o parte de ella) la destina a la venta, distribución, comercio o tráfico, o también cuando la almacena en cantidades no requeridas, por citar algunos ejemplos……..”[[8]](#footnote-8).

Con base en todo lo anterior, la Sala concluye que no le asiste la razón a los reproches que el recurrente ha formulado en contra del fallo confutado y por el contrario -acorde con todo lo dicho-, la conducta endilgada en contra del Procesado ANDRÉS MAURICIO HERNÁNDEZ debe ser considerada como típica y antijurídica porque, reiteramos, con tal comportamiento si se generó una amenaza eficaz y efectiva en contra del interés jurídicamente protegido, lo que conlleva a la Sala a confirmar lo decidido por el *A quo* en el fallo opugnado.

En mérito de todo lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión 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 adiada el veintiocho (28) de enero de 2.016, proferida por el Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira, en virtud de la cual fue declarada la responsabilidad penal del Procesado ANDRÉS MAURICIO HERNÁNDEZ MORENO, por incurrir en la comisión del delito de Tráfico de Estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo.

**SEGUNDO:** Declarar que en contra del fallo de segunda instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de los términos de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Acta de audiencias preliminares del 7 de marzo de 2014 Juzgado 6º Penal Municipal de Garantías. Fl. 5 del encuadernado. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del veinticinco (25) de marzo de 2015. AP1505-2015. Radicación # 40439. M. P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del trece (13) de Febrero de 2.013. Rad. # 40053. M.P. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ver entre otras la sentencia de agosto diecisiete (17) de 2011. Proceso # 35978. M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. [↑](#footnote-ref-4)
5. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal: Sentencia de 2ª instancia del dieciséis (16) de junio de 2014. Rad. # 66045600006120130004301. M.P. JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del nueve (09) de marzo de dos mil dieciséis (2016). Radicación # 41760. SP2940-2016. M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del trece (13) de abril de 2016. SP4498-2016. Radicación # 44718. M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del seis (6) de abril de 2016. SP4131-2016. Radicación 43512. M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. [↑](#footnote-ref-8)