**TRÁFICO – FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES / DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO / ANTIJURIDICIDAD / ATIPICIDAD / EXCESO EN LOS TOPES LEGALMENTE PERMITIDOS – CAMBIOS JURISPRUDENCIALES / ADICTA /**

“De lo antes expuesto se desprenderían dos (2) hipótesis que en un principio se podían catalogar como diversas e incompatibles: por la cantidad de sustancias estupefacientes incautadas, la que excedía en más de tres veces los límites tolerados para la dosis de uso personal, y la forma en que las mismas estaban presentadas: en 40 papeletas, válidamente se podría inferir que el destino de esos narcóticos era otro diferente que el consumo personal de la Procesada. Pero si a ello le adicionamos la acreditada condición de consumidora de sustancias sicoactivas que aqueja a la acusada, quien para satisfacer su adicción y así poder ejercer su profesión de trabajadora sexual en horas de la noche consume entre 15 a 30 papeletas de bazuco, de igual forma también se podría inferir que la sustancia estupefaciente encontrada en poder de la acriminada CPA, a pesar de exceder los topes legalmente permitidos para la dosis personal, su destino no era otro diferente que su consumo personal, o sea para satisfacer su adicción a esa clase de narcóticos, lo que acorde con los dicho en párrafos anteriores tornaría en atípica la conducta por la cual la Procesada de marras fue llamada a juicio.

Por lo tanto, para la Sala, contrario a lo aludido por el Juez A quo en el fallo confutado, del acervo probatorio habido en la actuación no se acreditaba plena e indubitablemente que las sustancias psicotrópicas incautadas a la Procesada CPA tenían una destinación diferente que la del consumo, puesto que del caudal probatorio también afloraba válidamente la hipótesis consistente en que probablemente dichos narcóticos iban a ser utilizados para el consumo de la encausada como consecuencia de su condición de adicta.

Tal situación de incertidumbres respecto del verdadero destino que la Procesada pretendía darle a la sustancia estupefaciente que le fue incautada, generaba un estado de dudas razonables que acorde con los postulados del apotegma del in dubio pro reo, consagrado en el artículo 7º C.P.P. debían repercutir en favor de los intereses de la acusada.

Siendo así las cosas, considera la Colegiatura que contrario a lo aludido por el Juez de primer nivel, ante la presencia de dudas razonables que conspiraban de manera negativa respecto de la tipicidad de la conducta enrostrada en contra de la Procesada CPA, en el presente asunto no se cumplirían con los presupuestos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena.

Por lo tanto, se concluye que le asiste la razón al principal de los reproches que la apelante ha formulado en contra del fallo opugnado, razón por la que la Sala procederá a revocar dicho proveído y en consecuencia se absolverá a la Procesada CPA de los cargos por los cuales fue llamada a juicio por parte del Ente Acusador.”

**Citación jurisprudencial:** Como bien lo ha destacado la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia de Casación del 15 de septiembre de 2004. Rad. # 21.064, la cual ha sido reiterado en otros fallos, entre los cuales bien vale la pena destacar los siguientes: a) Sentencia del 13 de mayo de 2009. Rad. # 31362.; b) Sentencia del 9 de marzo de 2016. Radicación # 41760; c) Sentencia del 13 de abril 2016. Radicación # 44718; d) Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Radicación # 42617.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del cinco (05) de marzo de dos mil catorce (2014). SP2649-2014. Radicación # 36337. M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER.

Ver entre otras la Sentencia de julio ocho (8) de 2009. Rad. # 31531. M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

Sentencia del doce (12) de noviembre 2014. Rad. # 42617, en la cual la Corte cambió su línea de pensamiento al establecer que en las hipótesis de porte de sustancias estupefacientes con fines de consumo.

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.

**-----------------------------------------------------------------**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Aprobado por Acta # 779 del 31 de agosto de 2016

Pereira, viernes dos (2) de septiembre de 2016

Hora: 08:29

Acusada: CPA

Radicado: # 6600160000352014-03155-01

Delito: Trafico, Fabricación o Porte de Estupefacientes

Procede: Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de Sentencia Condenatoria

Decisión: Revoca 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 de la señora **CPA** en contra de la sentencia proferida en las calendas del primero de Julio de 2015 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la ciudad de Pereira, en virtud de la cual fue declarada la responsabilidad criminal de la Procesada de marras, quien fue condenada a la pena principal de 64 meses de prisión por incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos que concitan la atención de la Colegiatura tuvieron ocurrencia el día 22 de Julio de 2014, cuando siendo aproximadamente las 21:50 horas en inmediaciones de la calle 10º Avenida el Ferrocarril de esta ciudad, cuando efectivos de la Policía Nacional le solicitaron una requisa a la Sra. CPA, quien ante la presencia de los Policiales había asumido una actitud sospechosa. Como consecuencia del cacheo a la que la susodicha ciudadana fue sometida, se le encontró en la pretina de la sudadera una bolsa transparente con 10 sobres de papel blanco con rayas negras y en el bolsillo derecho de la sudadera una bolsa transparente con 30 sobres de papel color blanco con rayas negras. Dichas bolsas de papel contenían una sustancia pulverulenta que al ser sometida a la prueba P.I.P.H. resultó ser positivo para cocaína y sus derivados, arrojando un peso neto de 4.1 gramos.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

Las audiencias preliminares se llevaron a cabo ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira el día 23 de Julio del 2014, en las cuales se le impartió legalidad al procedimiento de captura de la señora CPA, se le realizó la imputación fáctica y jurídica como autora del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, verbo rector “llevar consigo” descrito en el artículo 376 inc. 2º C.P.[[1]](#footnote-1), cargos que no fueron aceptados por la imputada. Finalmente en lo que tiene que ver con la medida de aseguramiento, ésta fue retirada por la Fiscalía y en consecuencia de ello el Despacho ordenó la libertad inmediata de la procesada.

El día 16 de enero de 2015 ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira se llevó a cabo Audiencia de Formulación de Acusación, donde formalmente se acusó a la señora CPA por el cargo de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, verbo rector “Llevar consigo”. Tras declarada formalmente la Acusación, la Fiscalía enunció los elementos materiales probatorios que presentará, la Defensa por su parte mencionó el no contar con elemento material de prueba alguno y resaltó que su prohijada le manifestó ser habitante de la calle.

La Audiencia preparatoria se realizó el 13 de Marzo de 2015 en la cual se efectuó el pedimento probatorio, la Fiscalía enuncia los mismos elementos materiales probatorios mencionados en la audiencia de acusación, la Defensa expresó que ya cuenta con elementos materiales de prueba para presentar, aclara que son 2 entrevistas y 1 valoración psicológica-psiquiátrica la cuales fueron obtenidas de otro proceso, en razón de que no fue posible localizar a su representada. Acto seguido se fijó la fecha para la audiencia de juicio oral, la que es llevada a cabo el 21 de Mayo de 2015, en la cual la Fiscalía únicamente presentó el testimonio de la patrullera de la Policía MAILEN JOHANNA MARTÍNEZ CASTRO, mientras que los elementos materiales probatorios ofrecidos por la Defensa fueron objeto de estipulación probatoria. Una vez agotada la etapa probatoria y de alegaciones, fue anunciado el sentido del fallo de carácter Condenatorio.

Posteriormente el fallo fue leído en audiencia celebrada el 1º de Julio de 2015, en contra del cual la Defensa interpuso recurso de apelación, el cual fue sustentado de forma escritural dentro del término legal.

**LA SENTENCIA IMPUGNADA:**

Como ya se dijo se trata de la sentencia condenatoria proferida en contra de la señora CPA por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira el primero (1) de Julio de 2015, en virtud de la cual se declaró penalmente responsable a la susodicha del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, motivo por el que se le impuso una sanción de sesenta y cuatro (64) meses de prisión y multa de dos (2) SMMLV para 2014.

Los argumentos expuestos por el Juez *A quo* para poder proferir la correspondiente sentencia condenatoria, fueron sustentados con base en la antijuridicidad y culpabilidad de la conducta desplegada por la señora PESCADOR ARICAPA. En el concepto del Juez de instancia, la cantidad de sustancia estupefaciente que llevaba consigo la procesada excedía relevantemente la dosis personal prevista para la mencionada sustancia. De igual manera, arguyó el *A quo* que los estupefacientes se encontraban ordenados y divididos en bolsas, por lo que el Juez de primer nivel concluyo que no estaban destinadas para su propio y exclusivo consumo, por cuanto el precio de una de las 40 bolsas de papel con estupefaciente decomisadas es de $2.000 pesos, según lo manifestó la procesada, y ello excede la totalidad del dinero recaudado en el día por la procesada, el cual oscila entre los $30.000 o $40.000 pesos diarios.

Por otra parte, el A *quo* se pronunció sobre el informe psicológico-psiquiátrico objeto de estipulación probatoria, en el cual consta que la procesada no muestra signos de intoxicación ni abstinencia, dando a entender que el grado de adicción que padece no es significativo.

En cuanto al argumento de la carencia de escolaridad como factor contribuyente a la materialización de la circunstancia de marginalidad y al desconocimiento de la cantidad en que encuadra la dosis personal de la sustancia estupefaciente, ello no encuentra eco en el proceso y más por el contrario del contenido del testimonio de la patrullera MAILEN JOHANNA MARTÍNEZ CASTRO, quien manifestó que la procesada fue interceptada por tornarse nerviosa y aligerar el paso cuando percibió a los policiales, está demostrando el conocimiento y conciencia de la ilicitud de su comportamiento.

Finalmente, el Juez de conocimiento aclaró que la procesada fue capturada y judicializada anteriormente bajo una imputación similar, de la cual se obtuvieron las entrevistas y la valoración psicológica-psiquiátrica por parte de la Defensa, las cuales ingresaron como estipulación probatoria.

No se otorgó el diminuente invocado por la Fiscalía y la Defensa, por no existir fundamento para otorgarse, ya que no se evidenció el nexo causal entre la circunstancia en que se hallaba la procesada y la conducta punible objeto del proceso.

**LA ALZADA:**

Las razones de la inconformidad de la Defensa con el contenido de la decisión opugnada, radican en no haberse dictado un fallo absolutorio por ausencia de antijuridicidad del comportamiento endilgado a la procesada, y subsidiariamente en el no reconocimiento de la circunstancia de marginalidad extrema invocada en favor de su defendida.

Para demostrar la tesis de su inconformidad, la Defensa como argumento de su disenso sostiene que a la par con la Fiscalía se solicitó y estipuló la circunstancia de marginalidad y condición de adicta de su representada, la cual no fue reconocida por el Juez de instancia. Alega que en la valoración psicológica-psiquiátrica de medicina legal que fue estipulada, se resaltó que la procesada tiene un retardo mental leve a moderado, presenta rasgos de personalidad y comportamiento indicativos de ser consumidora y adicta a sustancias psicoactivas, al igual que padece de un trastorno mental por consumo y abuso de sustancias psicoactivas.

Agrega que no se consideró el hecho de que siendo su prohijada una persona con problemas de adicción fuera razón suficiente para que esta decidiera llevar consigo la sustancia incautada al momento de la captura, teniendo en cuenta que los 4.1 gramos de peso neto de cocaína que arrojó el análisis de las 40 papeletas incautadas estaban destinados a 4 dosis para consumo personal. Por lo anterior concluye que no hubo una correcta valoración de las estipulaciones probatoria, de haber sido así se hubiera reconocido la situación de marginalidad y condición de adicta de la procesada.

Menciona la Defensora que al momento de la captura de su representada esta quedó plenamente identificada como consumidora de estupefacientes y en situación de extrema pobreza, según los documentos aportados y estipulados, enfatiza en que los citados documentos habían sido valorados en otro proceso donde su representada fue absuelta por determinársele la condición de adicta a sustancias estupefacientes y condiciones de extrema pobreza.

Finalmente solicita se revoque la sentencia opugnada y en su lugar se profiera una sentencia absolutoria por la condición de adicta a las sustancias estupefacientes que presenta su prohijada, y de manera subsidiaria solicita se conceda el diminuente punitivo de que trata el artículo 56 del C.P. por las circunstancias de marginalidad extremas de su representada.

**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 del disenso expuestos por el recurrente en la Alzada, considera la Sala que de los mismos se desprenden los siguientes problemas jurídicos:

¿La conducta enrostrada en contra de la Procesada CPA no podía ser catalogada como delictiva por ausencia de antijuridicidad, razón por la que en su favor se debió dictar una sentencia absolutoria por no cumplirse con los requisitos exigidos por parte del artículo 381 C.P.P.?

¿Se cumplía con los presupuestos para considerar que la Procesada al momento de la comisión del delito, lo hizo bajo el influjo de un estado de marginalidad extrema que ameritaba que se le reconocieran los descuentos punitivos del artículo 56 C.P.?

**- Solución:**

Teniendo en cuenta que la principal de las discrepancias propuestas por la recurrente en la alzada radica en la afirmación de que la cantidad de la sustancia estupefaciente que se le decomisó a la procesada estaba destinada única y exclusivamente para su propio consumo, razón por la que en su sentir la conducta de la Procesada no podía ser catalogada como punible por ausencia de antijuridicidad, a fin de ofrecer una solución al problema jurídico que nos ha sido propuesto, inicialmente la Sala procederá a hacer un breve y somero análisis del principio de la antijuridicidad material frente al delito de tráfico de estupefacientes, en especial respecto de aquellos eventos en los cuales los incriminados resulten ser consumidores o adictos a las sustancias psicoactivas, para así determinar si estas personas con su proceder ponen en riesgo o se constituyen en una amenaza al interés jurídicamente protegido, el cual en los delitos de tráfico de estupefacientes vendría siendo la Salud Publica.

Como punto de partida se debe tener en cuenta que el principio de la antijuridicidad se encuentra consagrado en el artículo 11 C.P. en cuya virtud se exige que el comportamiento típico, además de contravenir el ordenamiento jurídico, también debe lesionar o poner *efectivamente* en riesgo o en peligro el interés jurídicamente tutelado por la ley penal.

Pero para determinar cuándo una conducta ha lesionado o amenazado *eficazmente* el objeto jurídico de un delito, es importante tener en cuenta cual es la naturaleza jurídica del reato, los que en tal sentido han sido clasificados en delitos de lesión y delitos de peligro. Respecto de los delitos de lesión no existe duda alguna de la aplicación clara y plena del principio de la antijuridicidad, puesto que en los mismos se requiere para su consumación que el interés jurídico sufra un daño, menoscabo o deterioro, lo cual no acontece en los delitos de peligro, en los que por la importancia o relevancia del interés protegido, el legislador no exige la ocurrencia de daño alguno porque solo basta para su consumación que la conducta haya generado una puesta en riesgo o una amenaza sobre el bien jurídico, la que puede ser en concreto o en abstracto; razón por la que los denominados delitos de peligro a su vez se subdividen en delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto.

En los denominados delitos de peligro concreto, el riesgo o la amenaza se torna en un elemento integrante del tipo objetivo[[2]](#footnote-2), mientras que en los reatos de peligro abstracto no lo es en atención a que esa puesta en riesgo o amenaza por razones de política criminal se presume por el Legislador, pero es de anotar que dicha presunción por no ser de derecho admite prueba en contrario[[3]](#footnote-3), por lo que en caso de ser desvirtuada, ello tendría amplias repercusiones en el escenario de la antijuridicidad.

Sobre las características de los delitos de peligro, a fin de ofrecer una mejor ilustración, considera la Sala de utilidad traer a colación lo que la Corte ha expuesto de la siguiente manera:

“El carácter lesivo del acto delictivo en los delitos de peligro, acorde con un carácter de prevención en el que el Derecho Penal se anticipa y protege el bien de un futuro daño, se toma como algo potencialmente dañoso. La lesión adquiere un sentido figurado, pues su afectación no está en el bien jurídico materialmente, sino en la relación que sobre él tienen sus titulares.

La conducta se castiga por desafiar la normatividad pero según el grado de proximidad de la conducta respecto del bien jurídico será de *peligro concreto* si como exigencia típica se debe crear una situación de riesgo, en cambio, cuando esa relación es lejana y no se exige la probabilidad de lesión, será un *peligro abstracto*.

Se les denomina también de peligro presunto por el concepto de riesgo que el mismo legislador considera derivado de determinadas situaciones con lo que pretende no dejar al arbitrio particular el juicio de peligrosidad de una acción……”[[4]](#footnote-4).

En materia de los delitos de tráfico de estupefacientes, se tiene que acorde con la naturaleza del interés jurídicamente protegido: la salud pública, los mismos hacen parte de esa modalidad de reatos conocidos como delitos de peligro abstracto, por lo que acorde con lo dicho en párrafos anteriores, en aquellos eventos en los cuales la conducta de portar o llevar consigo una cantidad de sustancias estupefacientes que excedan los límites propios de la dosis personal, el legislador presume la amenaza o puesta en riesgo de dicho objeto jurídico.

Pero es de anotar que como quiera que dicha presunción, por no ser de derecho, admite prueba en contrario, se tiene que en aquellas hipótesis en las cuales la misma haya sido desvirtuada, válidamente se puede concluir que aunque la cantidad de estupefacientes exceda los topes de la dosis personal, la conducta no sería antijurídica y de contera no podría ser catalogada como delictiva.

Ahora bien, a pesar de que lo antes expuesto en un plano teórico sea cierto, se torna necesario hacer una serie de precisiones, puesto que si nos remitimos a la línea jurisprudencial que en un principio trazó la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia[[5]](#footnote-5), podemos observar que en aquellos eventos en los cuales a pesar de que la conducta enrostrada al sujeto agente relacionada con el porte de estupefacientes exceda los límites permitidos de la dosis personal, para que la misma no debe ser considerada como delictiva por ausencia de antijuridicidad, se exigió el cumplimiento de dos requisitos: 1) Que la cantidad de sustancia estupefaciente exceda levemente en un mínimo los topes legalmente considerados como dosis de uso personal. 2) Que el destino de los narcóticos no sea otro diferente que para el consumo del sujeto agente.

Pero como quiera que esas reglas jurisprudenciales generaron la controversia relacionada sobre cuáles serían los montos admisibles en los que la sustancia estupefaciente incautada mínimamente debería exceder los topes de la dosis personal para que de esa forma la conducta no pueda ser considerada como punible por ausencia de antijuridicidad material, la Corte trazó una nueva regla jurisprudencial en virtud de la cual cuando la cantidad de estupefacientes excedía ostensiblemente los límites permitidos para la dosis personal, se presumía de derecho que el destino de los narcóticos era otro diferente que el de su consumo[[6]](#footnote-6). Razón por la que en muchos Distritos Judiciales estuvo en boga la tesis consistente en que un exceso admisible y por ende tolerable de la dosis personal vendría siendo aquel que no rebasará el doble de lo legalmente permitido.

Dichas subreglas jurisprudenciales sufrieron un vuelco a partir de la **Sentencia del doce (12) de noviembre 2014. Rad. # 42617**, en la cual la Corte cambió su línea de pensamiento al establecer que en las hipótesis de porte de sustancias estupefacientes con fines de 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 admitiría prueba en contrario. Igualmente en ese precedente se dijo que el exceso ya no tendría la relevancia que se le estaba dando, porque lo que en verdad importaba 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 estaba ocasionando daño alguno al interés jurídicamente protegido, la salud pública, ni a otros intereses jurídicos, ni derechos de terceras personas.

Posteriormente 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…….”[[7]](#footnote-7).

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 no 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 erigirían 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 serían admisibles aquellos excesos que racionalmente se pueden considerar como necesarios y suficientes para poder satisfacer la adicción del drogadicto.

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 permitirían 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……”[[8]](#footnote-8).

Al aplicar lo anterior al caso que concita nuestra atención, se tiene que acorde lo estipulado entre las partes y lo acreditado en el juicio, en la actuación procesal se logró demostrar de manera indubitable los siguientes aspectos:

* La captura en flagrancia de la Procesada CPA en el momento en el que llevaba consigo 40 sobres de papel blanco que contenían una sustancia pulverulenta que al ser sometida a la prueba P.I.P.H. resultó ser positiva para cocaína y sus derivados, arrojando un peso neto de 4.1 gramos.

Si a lo anterior le aunamos que acorde con el inciso 2º del artículo 2º de la Ley 30 de 1.986, la dosis personal para la cocaína es aquella que no exceda de un gramo, válidamente se puede concluir que la Procesada al momento de su captura portaba una sustancia estupefaciente que rebasaba en más de tres veces los límites tolerados para la dosis de uso personal.

* Según lo dicho en unas entrevistas absueltas por las Sras. LUZ MARÍA MARTÍNEZ MONTOYA y MARÍA BERTHA PARRA, la Procesada es madre de dos niños menores de edad que se encuentran bajo su cuidado y que para su manutención como la de sus hijos se dedica a la prostitución, actividad que ejerce en horas de la noche. Asimismo dichas declarantes al unisonó aseveraron que saben y por ende que les consta que la Procesada CPA es consumidora de vieja data de toda clase de estupefacientes, en especial de la marihuana, lo cual en sentir de MARÍA BERTHA PARRA lo hace para poder ejercer la prostitución.
* Acorde con lo consignado en el dictamen pericial # DSR-5163-2014 del 15 de julio de 2.014, signado por el psicólogo forense JOSÉ OLMEDO CARDONA, se llegó a la conclusión consistente en que la Procesada CPA padecía un retardo mental leve a moderado y un trastorno mental generado como consecuencia del consumo y el abuso de sustancias sicoactivas.
* Según la entrevista que la Procesada CPA absolvió ante el psicólogo forense JOSÉ OLMEDO CARDONA, afirmó ser una consumidora de marihuana, perico y bazuco, y que cuando sale a trabajar en horas de la noche, consume entre 15 a 30 papeletas de bazuco, mientras que en el día consume como unos 10 cigarrillos de marihuana.

De lo antes expuesto se desprenderían dos (2) hipótesis que en un principio se podían catalogar como diversas e incompatibles: por la cantidad de sustancias estupefacientes incautadas, la que excedía en más de tres veces los límites tolerados para la dosis de uso personal, y la forma en que las mismas estaban presentadas: en 40 papeletas, válidamente se podría inferir que el destino de esos narcóticos era otro diferente que el consumo personal de la Procesada. Pero si a ello le adicionamos la acreditada condición de consumidora de sustancias sicoactivas que aqueja a la acusada, quien para satisfacer su adicción y así poder ejercer su profesión de *trabajadora sexual* en horas de la noche consume entre 15 a 30 papeletas de bazuco[[9]](#footnote-9), de igual forma también se podría inferir que la sustancia estupefaciente encontrada en poder de la acriminada CPA, a pesar de exceder los topes legalmente permitidos para la dosis personal, su destino no era otro diferente que su consumo personal, o sea para satisfacer su adicción a esa clase de narcóticos, lo que acorde con los dicho en párrafos anteriores tornaría en atípica la conducta por la cual la Procesada de marras fue llamada a juicio.

Por lo tanto, para la Sala, contrario a lo aludido por el Juez *A quo* en el fallo confutado, del acervo probatorio habido en la actuación no se acreditaba plena e indubitablemente que las sustancias psicotrópicas incautadas a la Procesada CPA tenían una destinación diferente que la del consumo, puesto que del caudal probatorio también afloraba válidamente la hipótesis consistente en que probablemente dichos narcóticos iban a ser utilizados para el consumo de la encausada como consecuencia de su condición de adicta.

Tal situación de incertidumbres respecto del verdadero destino que la Procesada pretendía darle a la sustancia estupefaciente que le fue incautada, generaba un estado de dudas razonables que acorde con los postulados del apotegma del *in dubio pro reo,* consagrado en el artículo 7º C.P.P. debían repercutir en favor de los intereses de la acusada.

Siendo así las cosas, considera la Colegiatura que contrario a lo aludido por el Juez de primer nivel, ante la presencia de dudas razonables que conspiraban de manera negativa respecto de la tipicidad de la conducta enrostrada en contra de la Procesada CPA, en el presente asunto no se cumplirían con los presupuestos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena.

Por lo tanto, se concluye que le asiste la razón al principal de los reproches que la apelante ha formulado en contra del fallo opugnado, razón por la que la Sala procederá a revocar dicho proveído y en consecuencia se absolverá a la Procesada CPA de los cargos por los cuales fue llamada a juicio por parte del Ente Acusador.

Finalmente, como quiera que en contra de la encausada se libraron las correspondientes ordenes de captura a fin de hacer efectivo lo resuelto y decidido en el fallo opugnado, como consecuencia de la decisión tomada en sede de 2ª instancia, se ordenará la revocatoria de las ordenes de capturas libradas en tales términos en contra de la Procesada CPA.

En mérito de todo lo antes lo 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:** Revocar la sentencia proferida en las calendas del primero (1) de Julio del 2015 por parte del Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira, en la cual se declaró la responsabilidad criminal de la Procesada CPA por incurrir en la comisión del delito de Tráfico de estupefacientes.

**SEGUNDO:** En consecuencia de lo anterior, se absolverá a la Procesada CPA de los cargos por los cuales fue llamada a juicio por parte del Ente Acusador.

**TERCERO:** Revocar las ordenes de capturas libradas en el fallo de 1ª instancia en contra de la Procesada CPA.

**CUARTO:** Declarar que en contra del presente fallo de segunda instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Acta de audiencias concentradas del 23 de julio de 2014 Juzgado 1º Penal Municipal de Garantías. Fl. 6 del encuadernado. [↑](#footnote-ref-1)
2. Como acontece en el delito de incendio para el cual se requiere de la creación de un peligro común, por lo que si el accionar del incendiario no genera u ocasiona ese peligro común dicho comportamiento vendría siendo atípico. [↑](#footnote-ref-2)
3. Como bien lo ha destacado la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia de Casación del 15 de septiembre de 2004. Rad. # 21.064, la cual ha sido reiterado en otros fallos, entre los cuales bien vale la pena destacar los siguientes: a) Sentencia del 13 de mayo de 2009. Rad. # 31362.; b) Sentencia del 9 de marzo de 2016. Radicación # 41760; c) Sentencia del 13 de abril 2016. Radicación # 44718; d) Sentencia del 12 de noviembre de 2014.Radicación # 42617. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del cinco (05) de marzo de dos mil catorce (2014). SP2649-2014. Radicación # 36337. M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ver entre otras la Sentencia de julio ocho (8) de 2009. Rad. # 31531. M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ver entre otras la sentencia de agosto diecisiete (17) de 2011. Proceso # 35978. M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. [↑](#footnote-ref-6)
7. 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-7)
8. 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-8)
9. La cual, como es de público conocimiento es una sustancia química a base de cocaína. [↑](#footnote-ref-9)