El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

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

“El propósito de la acción de revisión, como insistentemente lo ha dicho la jurisprudencia de esta Corporación, es remover la intangibilidad de la cosa juzgada cuando se establece que una decisión con esa connotación comporta un contenido de injusticia material, por cuanto la verdad procesal allí declarada se opone a la verdad histórica de lo acontecido.

En el evento materia de análisis, la pretensión revisora se fundamenta en la causal 7ª del artículo 192 del Código de Procedimiento Penal de 2004, conforme a la cual dicha acción procede «Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya variado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad». (…)

“Si bien el precedente que invoca el demandante no era novedoso para la fecha de los correspondientes fallos, ya que data del mes de mayo de 2012 y la sentencia de segundo grado fue emitida en el mes de septiembre siguiente, ello no impide la prosperidad de la acción, como ha tenido de explicar la Sala:

«El cambio de la postura jurisprudencial, de otra parte, no necesariamente debe sobrevenir a la decisión confutada, pues puede darse el supuesto de que, siendo anterior, por alguna razón el funcionario lo dejó de aplicar, circunstancia que no obstruye su procedencia, como así se precisó recientemente (CJS SP, 20 ago. 2014, rad. 43624). (…)

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Proyecto aprobado mediante acta Nro. Cinco (5) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

Pereira, once (11) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Hora: 08:00 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001220400020180015300 |
| Accionante | Jennifer Ospina Osorio |
| Delito | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes |
| Juzgado Accionado | Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas (Risaralda) |
| Asunto | Declara fundada la acción de revisión interpuesta |

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a proferir el correspondiente fallo en el cual se resuelve lo relacionado con la acción de revisión impetrada por el Procurador 150 Judicial II Penal, en favor de la señora Jennifer Ospina Osorio y en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas (Risaralda); en la cual se declaró la responsabilidad de la citada ciudadana como autora del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

1. ANTECEDENTES
   1. Según el escrito de acusación[[1]](#footnote-1), los hechos que dieron origen a la acción tuvieron ocurrencia el día 10 de mayo de 2017 en la calle 11 frente al número 22ª-75 del barrio el Japón en Dosquebradas (Risaralda); cuando agentes del orden le solicitaron una requisa a la ciudadana Jennifer Ospina Osorio y le hallaron 78 papeletas que contenían sustancia pulverulenta color beige, que al ser sometida a la P.I.P.H. arrojó como resultado positivo para cocaína y sus derivados en un peso neto de 6.6 gramos.
   2. Por lo anterior, el 11 de mayo del 2017 se realizó audiencia ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con función de control de garantías de Dosquebradas (Risaralda)[[2]](#footnote-2); en la cual se legalizó la captura de la incriminada, se le formuló imputación por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad ´llevar consigo´ y se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en el lugar de residencia. En dicha diligencia la señora Ospina Osorio no aceptó los cargos comunicados por la FGN.
   3. El escrito de acusación fue presentado el 05 de julio de 2017 y su conocimiento fue asignado al Juzgado Primero Penal del circuito de Dosquebradas (Risaralda). El día 02 de agosto de 2017 se llevó a cabo diligencia en la que las partes manifestaron que habían llegado a un preacuerdo[[3]](#footnote-3).
   4. El 31 de octubre de 2017 se dictó el fallo, en la cual se condenó a la señora Jennifer Ospina Osorio a la pena principal de 32 meses de prisión y multa de 1SMLMV; por hallarla responsable en calidad de cómplice a título de dolo del injusto penal de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes previsto en el artículo 376 del C.P., bajo el verbo rector “llevar consigo”.
2. SOBRE LA SUSTENTACIÓN DE LA ACCIÓN DE REVISIÓN PROPUESTA

En la audiencia adelantada el 25 de octubre de 2018, se presentaron las siguientes intervenciones:

* 1. AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO
* Manifestó que mediante sentencia del 31 de octubre de 2017, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas (Risaralda) condenó a la señora Jennifer Ospina Osorio a la pena principal de 32 meses de prisión; por haber sido capturada el día 10 de mayo de 2017 llevando consigo 6.6 gramos de cocaína, sin que se hubiese demostrado el contexto de distribución.
* Señaló que se acudía a la causal de revisión consagrada en el numeral 7 del artículo 192 del C.P.P. referente a que la C.S.J. haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria; toda vez que en la fecha en que se profirió la sentencia antedicha se encontraba vigente un criterio mediante el cual la procesada necesariamente iba a ser condenada.
* Indicó que posteriormente por medio de la sentencia proferida dentro del radicado 44997 del 11 de julio de 2017, dicha situación cambió y si fuera a juzgarse en este momento no habría forma de condenar a la señora Ospina Osorio; por ausencia del elemento subjetivo tácito, es decir, el contexto de tráfico de droga o la intención de distribución.
* Resaltó que el presente caso además de cumplir con el anterior requisito, también lo hacía con la sub regla planteada por este Tribunal; relativa a que cuando se tratara de terminaciones anticipadas, solo sería procedente la revisión cuando existieran datos que permitieran razonablemente afirmar que se trataba de un consumidor. Advirtió que en efecto, si se observaba la visita socio familiar que realizó el Juzgado de Ejecución de Penas a la señora Ospina Osorio, se podía ver que los residentes afirmaban que en efecto se trataba de una consumidora de drogas, por lo cual consideraba que había un elemento material de prueba para aplicar el criterio de la Corporación.
* Por lo anterior, solicitó que se decretara la prosperidad de la acción y se dictara sentencia de reemplazo absolviendo a la procesada.
  1. DELEGADO DE LA F.G.N
* Mencionó que la sentencia del 31 de octubre de 2017 proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas (Risaralda) se derivó de un preacuerdo antes de la audiencia de formulación de acusación, mediante el cual la procesada aceptó la imputación en calidad de cómplice y obtuvo con ello el correspondiente beneficio.
* Precisó que por cuanto se trataba de un preacuerdo, la FGN había quedado relevada de su obligación de probar el tráfico de la sustancia psicoactiva, por ende no se podría alegar tal situación en este caso y por tanto no debía prosperar la acción.
  1. DEFENSOR
* Afirmó que coadyuvaba lo solicitado por el Ministerio Público, porque para la fecha en que se adelantó el preacuerdo el precedente jurisprudencial vigente iba dirigido a proferir un fallo condenatorio; resaltando que aun cuando se hubiera presentado un dictamen médico-legal que demostrara la adicción de la señora Ospina Osorio, igualmente se dictaría una sentencia condenatoria. Sostuvo que debido a ello, se aceptó un preacuerdo para una ciudadana que según el arraigo era una consumidora de estupefacientes.
* Puntualizó que por no haberse demostrado el ánimo de distribución y atendiendo a que se cumplía la sub regla de ostentar la condición de consumidora, debía aplicarse la causal 7 del artículo 192 del C.P.P. y modificarse la sentencia revisada para dictar decisión absolutoria en favor de la procesada.

1. CONSIDERACIONES DE LA SALA
   1. Esta Colegiatura es competente para decidir la presente acción, con base en lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 34 del C.P.P.; ya que la sentencia cuya revisión se solicita fue dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas (Risaralda) el 31 de octubre de 2017.
   2. En consecuencia, se debe decidir si en el caso *sub lite* se demostraron los presupuestos de procedencia de la causal establecida en el numeral 7 del artículo 192 C.P.P. y por tanto sería viable dejar sin efecto la sentencia objeto de revisión.
   3. En el caso *sub examen,* se parte de que la señora Jennifer Ospina Osorio fue condenada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas (Risaralda) el 31 de Octubre de 2017 a la pena principal de 32 meses de prisión y multa de 1 SMLMV[[4]](#footnote-4); como responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes por ‘llevar consigo’ un peso neto total de 6.6 gramos positivo para cocaína y sus derivados.
   4. La causal de revisión por cambio de jurisprudencia favorable, se encuentra establecida en el numeral 7 del del artículo 192 C.P.P. En providencia dentro del radicado 47682 de la CSJ SP del 11 de octubre de 2017, se recuerdan los requisitos para su procedencia, así:

*“El propósito de la acción de revisión, como insistentemente lo ha dicho la jurisprudencia de esta Corporación, es remover la intangibilidad de la cosa juzgada cuando se establece que una decisión con esa connotación comporta un contenido de injusticia material, por cuanto la verdad procesal allí declarada se opone a la verdad histórica de lo acontecido.*

*En el evento materia de análisis, la pretensión revisora se fundamenta en la causal 7ª del artículo 192 del Código de Procedimiento Penal de 2004, conforme a la cual dicha acción procede «Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya variado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad».*

*Sobre el mencionado motivo de revisión, la Sala tiene dicho que para su configuración es indispensable que el actor no solamente demuestre cómo el fundamento de la sentencia cuya remoción se persigue es entendido por la jurisprudencia de modo diferente, sino que, de mantenerse, comportaría una clara situación de injusticia, pues la nueva solución ofrecida por la doctrina de la Corte conduciría a la sustitución del fallo.*

*Así mismo, ha sido insistente en señalar que para su demostración no basta invocar de forma abstracta la existencia de un pronunciamiento de la Corte, o de señalar uno concreto pero desconectado de la solución del caso, sino que resulta indispensable, además, demostrar cómo de haberse conocido oportunamente por los juzgadores la nueva doctrina sobre el punto, el fallo cuya rescisión se persigue habría sido distinto. (CSJ AP, 11 de mzo. de 2003, rad. 19252)*

*De la misma manera, la Sala ha precisado que el pronunciamiento judicial con sustento en el cual se apoya la solicitud sólo debe provenir de la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia, por ser esta Corporación el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, atendiendo la función que cumple de unificar la jurisprudencia nacional como tribunal de casación, de conformidad con lo establecido en el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal. (CSJ AP, 5 de dic. de 2002, rad. 18572).*

*En tal virtud, de conformidad con la previsión normativa y los precedentes jurisprudenciales de la Corte, se tiene que los presupuestos sustanciales de la causal 7ª de revisión son: (i) que la acción se dirija contra una sentencia condenatoria ejecutoriada, (ii) que el fallo sea proferido por un juez o Corporación Judicial, (iii) que la Sala Penal de la Corte, en decisión posterior, haya variado la concepción normativa aplicada en el fallo cuya revisión se pide, y (iv) que el nuevo criterio jurídico expresado por la Sala sea favorable, en cuanto de mantenerse el anterior comportaría una clara situación de injusticia.”*

* 1. Ahora bien, con respecto al entendimiento de la posterioridad del lineamiento jurisprudencial con respecto a la decisión revisada, precisó la Corte Suprema de Justicia en SP215-2017 dentro del radicado 46519 del 18 de enero de 2017 que:

*“Si bien el precedente que invoca el demandante no era novedoso para la fecha de los correspondientes fallos, ya que data del mes de mayo de 2012 y la sentencia de segundo grado fue emitida en el mes de septiembre siguiente, ello no impide la prosperidad de la acción, como ha tenido de explicar la Sala:*

*«El cambio de la postura jurisprudencial, de otra parte, no necesariamente debe sobrevenir a la decisión confutada, pues puede darse el supuesto de que, siendo anterior, por alguna razón el funcionario lo dejó de aplicar, circunstancia que no obstruye su procedencia, como así se precisó recientemente (CJS SP, 20 ago. 2014, rad. 43624):*

*El entendimiento normal de la disposición apuntaría a que el pronunciamiento favorable de la Corte deba darse con posterioridad a los fallos de instancia. No obstante, puede suceder que los jueces de conocimiento no se hubiesen enterado, no estuvieren al tanto, no supieran de la existencia de la nueva jurisprudencia y que, como consecuencia de ello, su decisión se hubiese adoptado con fundamento en criterios anteriores de la Sala de Casación Penal.*

*En esas eventualidades, así el criterio favorable de la Corte sea posterior en el tiempo a la emisión de los fallos por revisar, para esos casos concretos se muestra como ‘nuevo’, porque, en efecto, la novedad de lo dicho por la Corte radica, no en su ubicación en el tiempo siguiente a las decisiones de los jueces, sino en relación con la época del criterio adoptado en ellas.*

*Por mejor decir, la inteligencia de la posterioridad del lineamiento jurisprudencial de la Sala de Casación Penal, apunta no a las fechas de las decisiones, sino a las épocas en que la Corte adoptó los dos criterios: el que sirvió de soporte a las sentencias por revisar y el aducido como nuevo y favorable. Así, el argumento benéfico debe haberse producido luego de aquel que fue el fundamento de los fallos demandados en revisión».*

* 1. Así las cosas, se observa que en este asunto se cumplen a cabalidad los requisitos antes señalados, en razón a que: (i) La acción se dirige contra una sentencia proferida el 31 de octubre de 2017, la cual se encuentra ejecutoriada y fue proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas (Risaralda); (ii) La CSJ cambió el criterio jurídico aplicable al caso, a partir de la SP 9916 del 11 de julio de 2017, dentro del radicado 44997 y (iv) el nuevo criterio jurídico expresado por la sala, resulta favorable; por cuanto de aplicarse la procesada que fue condenada mediante el criterio anterior, en el nuevo escenario resultaría absuelta.
  2. Sobre el tema objeto de decisión se tiene en primer lugar, que mediante la sentencia C 221 de 1994 la Corte Constitucional con el fin de reivindicar el derecho al libre desarrollo de la personalidad despenalizó el porte para el consumo en proporciones equivalentes a la dosis personal, así se expuso en aquella providencia:

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

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

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

* 1. Con respecto a lo sostenido de tiempo atrás por esta Corporación, se había trazado una línea jurisprudencial con fundamento en precedentes de la C.S.J. según los cuales lo de ser o no consumidor de estupefacientes era algo que únicamente interesaba para aquellos casos en que se estaba ante la incautación de una cantidad que no superaba la dosis personal o de aprovisionamiento, y por tanto, *contrario sensu*, cuando esa cantidad fuera superior a la dosis permitida, se presumía de pleno derecho que con tal comportamiento se vulneraba de manera eficaz y efectiva el interés jurídicamente protegido.
  2. Posteriormente, la H. Corte Suprema de Justicia varió su precedente para determinar que las conductas en las que se superaba la cantidad establecida como dosis personal o la concebida como dosis de aprovisionamiento, debían analizarse en sede de antijuridicidad material en aras de establecer si se afectaba realmente el bien jurídico tutelado -Rad. 33409 (SP11726 del 03 de septiembre de 2014) y Rad. 42617 (SP15519 del 12 de noviembre de 2014), entre otras-, e incluso, que en los eventos en los que se excediera el límite de lo permitido, como delito de peligro abstracto la presunción era legal -iuris tantum- y no de derecho -iuris et de iure- y como consecuencia de ello admitía prueba en contrario; por tanto, la cantidad de estupefaciente incautado no sería el único elemento para definir ese aspecto, sino uno más de los que el fallador debía valorar a efectos de resolver lo pertinente.
  3. Con base en lo anterior, se profirió el fallo objeto de revisión; en el cual se mencionó que “(…) *se tiene que Jennifer Ospina Osorio, fue sorprendida llevando consigo sustancia estupefaciente que fuera incautada y catalogada como droga que produce dependencia -78 papeletas positivo para cocaína y sus derivados en un peso neto de 6.6 gramos-, sustancia que portaba en cantidad superior a la dosis destinada para consumo personal, con ello puso en riesgo el bien jurídico de la salud pública, acción que siendo un delito de mera conducta, no requiere consecuencia alguna, basta que se configure cualquiera de los comportamientos que describe la norma para que se dé la trasgresión a ese bien tan caro a la comunidad, en especial por consecuencias que el flagelo de los estupefacientes representa para la juventud y la población en general*”[[5]](#footnote-5).
  4. Sin embargo, toda vez que con posterioridad a las sentencias antedichas la Corte Suprema de Justicia varió nuevamente su jurisprudencia, se tendrá en cuenta esta última línea sobre la materia por encontrarse vigente actualmente. Así, la decisión que se adopta en la presente acción de revisión se fundamenta en el precedente CSJ de 11 de julio de 2017, radicado 44997, donde se expuso lo siguiente en sus apartes más relevantes :
     1. Se hizo referencia a las sentencias C-221 de 1994, C- 689 de 2002, C- 574 y C- 582 de 2011 y C- 491 de 2012, a efectos de distinguir el tratamiento que se debía dar a los casos de conductas dirigidas al consumo de lo que se ha definido como dosis para uso individual según el artículo 2º, literal j) de la Ley 30 de 1986 y aquellas dirigidas al tráfico o comercialización de estupefacientes, que debían ser penalizadas por tener un propósito de lucro.
     2. Se hizo alusión a la posición de la SP de la CSJ en relación con la libertad de configuración legislativa, y se dijo:

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

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

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

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

*Así se sostuvo por parte de esta Corporación:*

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

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

* + 1. En el mismo precedente que se viene citando (CSJ SP del 11 de julio de 2017, radicado 44997), se hicieron una serie de consideraciones que resultan determinantes para la decisión que se debe adoptar en el presente caso así: i) el tipo del artículo 376 del C.P. contiene un “ingrediente subjetivo tácito” derivado del propósito de quien realiza las conducta de “llevar consigo”, que hace parte del supuesto de hecho de esa norma, por lo cual lo determinante no viene a ser la cantidad de sustancia controlada que porte el infractor; ii) se debe establecer si el propósito del autor de la conducta es el uso personal de la sustancia o si es portada con fines de distribución o de tráfico y iii) en atención a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 7º de la Ley 906 de 2004, la corresponde a la FGN la carga de la prueba de los fines del porte del material estupefaciente.

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

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

*[P]ara la tipicidad de la conducta del porte de sustancias estupefacientes se debe tener en cuenta el ingrediente subjetivo tácito que plasmó el legislador al excluir de la previsión legal la conducta de quien tenga la finalidad exclusiva de su uso personal por razón de la dependencia como consumidor, adicto o enfermo… [[6]](#footnote-6)*

*Llegados a este punto, debe destacarse que la evolución del tema relacionado con el porte de estupefacientes –alusivo al verbo rector llevar*

*consigo-, ha consolidado las siguientes tesis:*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

* + 1. Con base en los precedentes reseñados, se considera que en el caso *sub examen*, se puede llegar a las siguientes conclusiones, que fueron consignadas en decisión de este Sala del 28 de agosto de 2018, dentro de la acción de revisión propuesta en favor de Julio Cesar Arango Cabezas, radicación 66001 2204000 201 800096-00. M.P. Manuel Yarzagaray Bandera:

“ (…)

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

1. SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PROPUESTO
   1. En este orden de ideas, se establece que en el caso: i) se profirió sentencia el 31 de octubre del 2017 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas (Risaralda), mediante la cual se declaró la responsabilidad de la entonces procesada Jennifer Ospina Osorio por la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de llevar consigo; ii) dicha responsabilidad fue declarada por cuanto la procesada llevaba consigo una cantidad que superaba significativamente la legalmente considerada como dosis personal de cocaína y iii) no se aportó por parte de la FGN prueba de la intención de distribución.
   2. Debe advertirse que tal sentencia condenatoria se fundamentó en la línea jurisprudencial según la cual en aquellos casos en que se superaba significativamente la dosis mínima o de aprovisionamiento, se presumía la vulneración al bien jurídico, así lo sostuvo el a quo: “(…) *se tiene que Jennifer Ospina Osorio, fue sorprendida llevando consigo sustancia estupefaciente que fuera incautada y catalogada como droga que produce dependencia -78 papeletas positivo para cocaína y sus derivados en un peso neto de 6.6 gramos-, sustancia que portaba en cantidad superior a la dosis destinada para consumo personal, con ello puso en riesgo el bien jurídico de la salud pública, acción que siendo un delito de mera conducta, no requiere consecuencia alguna, basta que se configure cualquiera de los comportamientos que describe la norma para que se dé la trasgresión a ese bien tan caro a la comunidad, en especial por consecuencias que el flagelo de los estupefacientes representa para la juventud y la población en general*”[[7]](#footnote-7).
   3. Sin embargo, a la luz de la jurisprudencia actual –antes reseñada- no se configura el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes consagrado en el artículo 376 del Código Penal cuando no se hubiese demostrado por parte de la FGN el ingrediente subjetivo del tipo consistente en la intención o propósito del sujeto agente de destinarla a su distribución o comercialización y la ausencia de tal elemento conduciría a que la conducta se tornara atípica.

Por lo tanto, es menester resaltar que en este caso, el estudio socio familiar[[8]](#footnote-8) realizado por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira (Risaralda) se describe a la procesada como adicta a los estupefacientes. Así las cosas, no podría configurarse el ilícito referido por cuanto no existe prueba alguna del ánimo de distribución en la conducta atribuida a la señora Jennifer Ospina Osorio, máxime cuando en el proceso se encuentra acreditada su condición de consumidora y con ello la intención de destinar dicha sustancia estupefaciente al uso personal.

* 1. En consecuencia, por estar en presencia de la causal 7 de la acción de revisión, de acuerdo con lo reglado en el numeral 1 del artículo 196 C.P.P. la Sala declarará fundada la causal, procederá a dejar sin valor la providencia motivo de esta acción y dictará la correspondiente sentencia de reemplazo; la cual consistirá en la absolución de la señora Jennifer Ospina Osorio, por motivos de atipicidad, con respecto de la conducta contemplada en el artículo 376 del C.P. por la que había sido sentenciada.
  2. Finalmente, en caso de que la señora Jennifer Ospina Osorio se encuentre privada de su libertad por cuenta de este proceso; se ordenará su libertad inmediata, siempre que no tenga otro requerimiento judicial.
  3. Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Administrando Justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la acción de revisión impetrada el Procurador 150 Judicial II Penal en favor de la señora JENNIFER OSPINA OSORIO, con base en la causal 7 del artículo 192 del C.P.P.

SEGUNDO: En consecuencia, se deja sin efectos la sentencia dictada el 31 de octubre de 2017 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas (Risaralda), en la cual se declaró penalmente responsable a la señora JENNIFER OSPINA OSORIO por incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 C.P.).

TERCERO: En su lugar, dictar como sentencia de reemplazo la absolución de la otrora procesada JENNIFER OSPINA OSORIO de los cargos por los cuales fue llamado a juicio en el presente asunto por parte de la FGN. Como consecuencia de lo anterior, en caso de que la señora Jennifer Ospina Osorio se encuentre privada de su libertad por cuenta de este proceso; se ordenará su libertad inmediata, siempre que no presente asuntos pendientes con ninguna autoridad.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

1. Folios 1-4 del cuaderno de conocimiento. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 5-6 del cuaderno de conocimiento. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 10 del cuaderno de conocimiento. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 28 del cuaderno de conocimiento. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 12 del cuaderno de conocimiento. [↑](#footnote-ref-5)
6. CSJ SP 2940, 9 marzo de 2016, radicado 41760 [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 12 del cuaderno de conocimiento. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 24 al 27 del cuaderno de conocimiento. [↑](#footnote-ref-8)