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 Secretaría de esta Sala.

**TEMAS: TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES / EN CANTIDAD EXCESIVA RESPECTO DE LA QUE ADMITIDA COMO DOSIS PERSONAL / VALORACIÓN ADECUADA DE LA ÚLTIMA LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL TEMA.**

La sustancia estupefaciente incautada excede en 58,6 gramos los límites permitidos para la dosis personal, si partimos de la base consistente en que acorde con el ordinal “j” del artículo 2º de la Ley 30 de 1.986, la dosis personal para la cocaína es aquella que no excede de un (1) gramo.

Lo anterior, necesariamente debe ser confrontado la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia del 09 de marzo de 2.016. Rad. # 41760. SP2940-2016, en la cual se adujo que en aquellos eventos en los que el acusado de porte de estupefacientes incurra en un exceso en los límites tolerados para la dosis personal, se debería tener en cuenta la finalidad o el propósito que el sujeto agente pretenda darle a los narcóticos, lo que se constituía como una especie de ingrediente subjetivo del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de porte o de llevar consigo…

… esos intolerables excesos de los límites de la dosis personal, de aplicar la nueva línea jurisprudencial trazada por la Corte a partir de la aludida sentencia del 09 de marzo de 2.016. Rad. # 41760. SP2940-2016, conspiran en contra de la situación jurídica de los Procesados, porque no es lógico ni factible pensar que el propósito de transportar semejantes cantidades de narcóticos, tenga como única finalidad el consumo o el uso recreativo de los mismos por parte de los Procesados, o que se esté en presencia de una dosis de aprovisionamiento, máxime cuando la Defensa no hizo nada por demostrar tales hipótesis, lo cual era una obligación suya acorde con lo regulado por el principio de la incumbencia probatoria. (…)

… en el presente asunto el Juez A quo interpretó de manera errónea una revalidada línea jurisprudencial, que de haber entendido correctamente, seguro que habría llegado a la conclusión consistente en que el transporte de una sustancia estupefaciente que excedía en más de 50 veces los límites legales permitidos para la dosis personal de cocaína, si generaba de manera eficaz una amenaza o puesta en riesgo a la salud pública. Pues de haber aplicado en debida forma la nueva línea jurisprudencial, o sea aquella que establece que la intención o propósito del porte del sujeto agente funge como un ingrediente subjetivo del tipo, seguramente que también hubiera llegado a la conclusión que ante semejantes despropósitos o excesos, se podía inferir que el propósito de los Procesados al transportar las sustancias psicotrópicas que le fueron incautadas, era uno completamente diferente que el de su aprovisionamiento o su consumo personal.

**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 2ª INSTANCIA**

Aprobado por Acta # 1047 del 26 de noviembre de 2018. H: 10:30 a.m.

Pereira, veintiséis (26) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

Hora: 02:46 p.m.

Procesados: JORGE LEONARDO MAPURA PRADO y DEIMER ALEJANDRO SUÁREZ SÁNCHEZ

Radicado # 660886000062 2015 00264 01

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Procede: Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de Sentencia absolutoria

Decisión: Revoca fallo confutado y en su lugar condena

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Único Penal del Circuito de Belén de Umbría en las calendas del tres (03) de octubre de los corrientes, en virtud de la cual se absolvió a los Procesados **JORGE LEONARDO MAPURA PRADO** y **DEIMER ALEJANDRO SUÁREZ SÁNCHEZ** de los cargos endilgados en su contra por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de transportar.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos que concitan la atención de la Judicatura están relacionados con un operativo desplegado por efectivos de la Policía Nacional el 30 de septiembre del año 2.015, a eso de las 20:20 horas, en la vía que conduce desde Pereira hacia el municipio de Belén de Umbría, en inmediaciones del sector conocido como *“mate`guadua”,* y están relacionados con la captura en flagrancia de los ciudadanos JORGE LEONARDO MAPURA PRADO Y DEIMER ALEJANDRO SUÁREZ SÁNCHEZ, quienes se movilizaban por ese sector en una motocicleta de placas FUS – 92B, a los cuales unos policiales les practicaron una requisa, y como consecuencia de la misma, se encontró en poder del parrillero de la motocicleta, JORGE LEONARDO MAPURA, una envoltura plástica de color negro con un pequeño orificio, la cual contenía una sustancia pulverulenta de color habano con características similares a estupefaciente.

De igual forma, el conductor de la motocicleta, DEIMER ALEJANDRO SUÁREZ SÁNCHEZ, ante el hallazgo de los narcóticos, de manera espontánea le dijo a los policiales que *“era la primera vez que trabajaba con eso y que solo les habían pagado un dinero para traer dicha sustancia hasta el municipio”*, además de que *“pensó en evadir el pare y decidió parar por temor de la reacción de la Policía.”.*

La sustancia estupefaciente incautada posteriormente fue sometida a la prueba de identificación preliminar homologada (P.I.P.H), resultando ser compatible con cocaína y sus derivados, arrojando un peso neto de 59,6 gramos.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el día 01 de octubre del 2.015 ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Belén de Umbría, con Funciones de Control de Garantías, en dicha diligencia se le impartió legalidad a la captura de los entonces indiciados JORGE LEONARDO MAPURA PRADO Y DEIMER ALEJANDRO SUÁREZ SÁNCHEZ, a quienes se les endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de *transportar*, mismos que no fueran aceptados por los encartados. No se les impuso medida de aseguramiento, debido a que la Fiscalía declinó de impetrar petición alguna en tal sentido, razón por la que los Procesados fueron dejados en libertad.
2. El 20 de enero del 2.016, la Fiscalía presentó el escrito de acusación, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, una vez ese Despacho fijó la fecha para celebrar dicha vista pública, el Defensor solicitó el aplazamiento con miras a realizar a un preacuerdo, el cual no se llevó a cabo, razón por la que el 08 de junio de 2.016 se celebró la audiencia de acusación, en la que a los señores JORGE LEONARDO MAPURA PRADO Y DEIMER ALEJANDRO SUÁREZ SÁNCHEZ, se les endilgaron cargos por incurrir, a título de dolo y en calidad de coautores, en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes, tipificado en el inciso 2º del artículo 376 C.P.P. en la modalidad de transportar.
3. El 17 de enero del 2.017 se celebró la audiencia preparatoria, mientras que el juicio oral fue aplazado en varias oportunidades, ante solicitudes del Delegado Fiscal y de la Defensa, a fin de poder realizar posiblemente un preacuerdo. Finalmente dicha vista pública se efectuó el 06 de julio de 2.018. Luego de haber sido anunciado el sentido del fallo, el cual resultó ser de carácter absolutorio, el 03 de octubre del 2.018 se profirió la sentencia absolutoria, en contra de la cual se alzó la Fiscalía.

**LA SENTENCIA OPUGNADA:**

Como ya se dijo, se trata de la sentencia dictada por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, en las calendas del 03 de octubre de 2.018, en virtud de la cual se absolvió a los procesados JORGE LEONARDO MAPURA PRADO Y DEIMER ALEJANDRO SUÁREZ SÁNCHEZ de los cargos endilgados en su contra por incurrir presuntamente en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de transportar.

El Juez de primer nivel fundamentó su decisión indicando que acorde con la línea jurisprudencia actual, la que ha creado una diferenciación entre el tratamiento que deben recibir los consumidores adictos de sustancias estupefacientes por su uso recreativo u ocasional, frente a los verdaderos narcotraficantes. Señalando así, que en el presente asunto la conducta desplegada por los Procesados devino en atípica por antijuridicidad material, toda vez que la Fiscalía careció de elementos materiales probatorios que demostraran la lesividad al bien jurídico de la salud pública, situación que generó que ante la duda en la configuración de la tipicidad de la conducta, no se cumplían con los presupuestos establecidos en el artículo 381 del C.P.P., para proferir una sentencia de tipo condenatorio.

Asimismo indicó el *A quo* que las pruebas son el único medio para determinar la verdad procesal, aludiendo que en el presente asunto la actividad probatoria fue ejercida exclusivamente por la Fiscalía, toda vez que la Defensa solo optó por una posición de contradicción, sin embargo insistió que el Órgano Persecutor no demostró la afectiva lesión al bien jurídico que protege la salud pública, puesto que solo quedaron demostrados aspectos relativos a la naturaleza, peso de la sustancia, y las circunstancias en que se dio la captura en flagrancia de los dos encausados, para así concluir que debía acogerse a la actual línea jurisprudencial en materia de estupefacientes, la cual le exigía determinar que la conducta endilgada a JORGE LEONARDO MAPURA PRADO Y DEIMER ALEJANDRO SUÁREZ SÁNCHEZ debía considerarse “atípica por ausencia de antijuridicidad”, y en consecuencia, debían ser absueltos de los cargos por los cuales fueron llamados a Juicio.

**LA ALZADA:**

Para expresar su inconformidad con el fallo opugnado, el apelante propuso como tesis de su discrepancia la consistente en que no le asistía razón al *A quo* cuando expresó que como quiera que no se probó por parte de ese Delegado Fiscal que la sustancia que se encontraban transportando los encausados JORGE LEONARDO MAPURA PRADO Y DEIMER ALEJANDRO SUÁREZ SÁNCHEZ, era para su distribución y posterior venta, entonces la única hipótesis que tenía cabida era que probablemente era para su consumo, por lo que debiendo acogerse a lo basado en la reciente línea jurisprudencial, que determinó que ese tipo de conductas relativas al tráfico de estupefacientes devienen en atípicas por antijuridicidad material, cuando no se prueba la afectación al bien jurídico.

En efecto, el recurrente trajo a colación lo establecido en la Ley 30 de 1.986 en su artículo 2, literal J. En la sentencia C -221 de la Corte Constitucional del 05 de mayo de 1.994, expediente D-429.MP. Carlos Gaviria Díaz. Para con ello señalar que la dosis personal se encontraba regulada, y que en el precedente Constitucional citado se despenalizó la misma al haber considerado al consumidor como un adicto, que requiere atención especial por parte del Estado para lograr una rehabilitación. Haciendo hincapié que para ese momento -1994- las personas adictas a sustancias estupefacientes podrían consumirlas en forma libre, siempre y cuando acataran los límites establecidos en la Ley 30 de 1.986. Asimismo adujo el Delegado Fiscal que los verbos rectores como conservar, transportar o vender, habían quedado excluidos de tal consideración.

De otro lado señaló que los Jueces y Magistrados han venido modulando el tema, aceptando incluso cantidades superiores a la permitidas, y con ello determinando que procesos de la misma índole serían comportamientos atípicos cuando la Fiscalía no demuestra el fin de tráfico, puesto que se presume que las sustancias incautadas son para consumo personal, posición que adujo no compartir, porque en esos casos no le quedaba otra alternativa a la Fiscalía que archivar o precluir la investigación por antijuridicidad material. Ahora bien, esgrimió el apelante que la controversia frente a este tema se centra en determinar cuándo hay lugar a responsabilidad penal de una persona que es sorprendida con sustancia estupefaciente en cantidad superior a la permitida y no se le encuentren otros elementos de los cuales se pueda aseverar que no era para su consumo.

Frente a la posición optada por el Juez para aseverar que la conducta de los aquí Procesados fue “atípica por antijuridicidad material”, por no haberse demostrado finalidad diferente a la de transportar o llevar consigo, el apelante citó las siguientes jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia: Sentencia # 42.617 del 12 de noviembre de 2.014; Sentencia # 41.760 del 09 de marzo de 2.016; Sentencia # 44.997 del 11 de julio de 2.017; Sentencia # 50.512 del 28 de febrero de 2.018, para indicar que según esa línea jurisprudencial en los casos donde sean capturadas personas llevando consigo sustancias estupefacientes en cantidades razonablemente superiores a lo permitido como dosis personal, la Fiscalía es quien debe acreditar que existió dolo de expendio o comercialización de estupefacientes, pues de no ser así, no sería posible su judicialización, así la cantidad de la sustancia supere la dosis mínima permitida, máxime, cuando se acredite ser un adicto. Señaló entonces que según esa jurisprudencia, el peso de la sustancia no es suficiente para demostrar la responsabilidad penal, toda vez que deben ser valorados otros elementos, tales como dinero, grameras, bolsas plásticas, etcétera, para poder atribuir una actividad ilícita de venta. Ahora bien, se preguntó el apelante ¿Qué cantidad de sustancia estupefaciente es entonces la permitida como dosis de uso personal?

En consecuencia, adujo el apelante que en el caso que nos atañe la sustancia incautada tuvo un peso de 59.6 gramos para cocaína. Se preguntó entonces “¿59.6 gramos de cocaína y sus derivados es una cantidad ligera o razonablemente mayor a lo permitido como dosis para su uso personal?, pues en su sentir resultó lógico que al superar casi 60 veces la dosis establecida, se tenga que la sustancia, efectivamente, estaría destinada a la distribución y venta, aún sin habérsele encontrado a los Procesados otros elementos.

Con base en las anteriores manifestaciones, concluyó el Delegado Fiscal, que la conducta realizada por los señores JORGE LEONARDO MAPURA PRADO Y DEIMER ALEJANDRO SUÁREZ SÁNCHEZ si se encontraba enmarcada dentro de lo establecido en el artículo 9º del C.P., toda vez que el actuar de los Procesados, fue típico por encontrarse previsto en el Estatuto Penal, antijurídico porque si lesionó el bien jurídico de la salubridad pública, aún cuando no se demostró el consumo, no obstante, adujo que la cantidad fue suficiente para haber quedado probada su distribución y venta, y antijurídica porque fue a JORGE LEONARDO MAPURA PRADO Y DEIMER ALEJANDRO SUÁREZ SÁNCHEZ a quienes se les incautó la sustancia, no a otros, por lo cual, el apelante solicitó que se revoque la sentencia opugnada y en su lugar se condene a los Procesados por los cargos que les fueron endilgados.

**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 de 1ª instancia proferida por un Juzgado Promiscuo que hace parte de uno de los Circuitos que integran este Distrito Judicial.

De igual forma no se avizora mácula que de alguna u otra forma haya generado una irregularidad sustancial que incida en la nulidad de la actuación procesal.

**- Problema Jurídico:**

Acorde con los argumentos del disenso propuestos por el recurrente en la Alzada, considera la Sala que de los mismos se desprenden el siguiente problema jurídico:

¿Se cumplían en el proceso con los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir una sentencia condenatoria en contra de los Procesados JORGE LEONARDO MAPURA PRADO y DEIMER ALEJANDRO SUÁREZ SÁNCHEZ, acorde con los cargos por los cuales fueron llamados a juicio, o sea por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes, tipificado en el inciso 2º del artículo 376 C.P. en la modalidad de *transportar*?

**- Solución:**

De un análisis de las razones que motivaron la discrepancia del apelante con lo resuelto y decidido por el Juzgado de primer nivel, se tiene que las mismas giran en torno de cuestionar los cimentos con los que se edificó el fallo opugnado, en razón a que el *A quo*, escudándose en la nueva línea jurisprudencial trazada por la Corte frente al fenómeno del tráfico de estupefacientes,consideró que “no era típica, por ausencia de antijuridicidad material”, la conducta punible por la cual la Fiscalía convocó a juicio criminal a los Procesados JORGE LEONARDO MAPURA PRADO Y DEIMER ALEJANDRO SUÁREZ SÁNCHEZ.

Tesis que no es compartida por el apelante, quien expuso que la Fiscalía, con las pruebas aducidas al juicio, si logró demostrar la tipicidad de la conducta punible por la cual los encausados fueron acusados, ya que el propósito de la sustancia estupefaciente incautada a los Procesados era uno distinto del de su consumo personal.

Para poder resolver el problema jurídico propuesto por el apelante, la Sala tendrá como hechos ciertos e incuestionables, por estar plenamente acreditados en el proceso, los siguientes:

* Está demostrado que el día 30 de septiembre de 2.015, los Procesados JORGE LEONARDO MAPURA PRADO y DEIMER ALEJANDRO SUÁREZ SÁNCHEZ fueron capturados por uniformados de la Policía Nacional, cuando se desplazaban en una motocicleta por la vía que conduce desde Pereira hacia el municipio de Belén de Umbría, en el sector conocido como *“mate`guadua”*; y a quienes al momento de proceder los policiales a realizarles un registro personal, los sorprendieron portando una envoltura plástica de color negro, que contenía en su interior una sustancia con características propias de estupefaciente, la cual resultó ser cocaína, la que arrojó un peso neto de 59.6 gramos.
* A los procesados JORGE LEONARDO MAPURA PRADO y DEIMER ALEJANDRO SUÁREZ SÁNCHEZ les fueron endilgados cargos por incurrir a título de dolo y en calidad de coautores en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de transportar.
* En el proceso no existe prueba alguna que demuestre o que permita inferir que los Procesados detenten la condición o calidad de adictos o de consumidores de sustancias psicotrópicas.
* La sustancia estupefaciente incautada excede en 58,6 gramos los límites permitidos para la dosis personal, si partimos de la base consistente en que acorde con el ordinal “j” del artículo 2º de la Ley 30 de 1.986, la dosis personal para la cocaína es aquella que no excede de un (1) gramo.

Lo anterior, necesariamente debe ser confrontado la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia del 09 de marzo de 2.016. Rad. # 41760. SP2940-2016, en la cual se adujo que en aquellos eventos en los que el acusado de porte de estupefacientes incurra en un exceso en los límites tolerados para la dosis personal, se debería tener en cuenta la finalidad o el propósito que el sujeto agente pretenda darle a los narcóticos, lo que se constituía como una especie de ingrediente subjetivo del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de porte o de llevar consigo[[1]](#footnote-1).

Es de anotar que con esa línea jurisprudencial se le dio un vuelvo de 180º a la anterior línea de pensamiento que la Corte había trazado a partir de la sentencia del 12 de noviembre 2.014. Rad. # 42617, en la que se estableció que en aquellos eventos de porte de sustancias estupefacientes, con fines de consumo personal, cuando los narcóticos rebasaban en demasía los topes permitidos para la dosis personal, tales excesos ya no se erigían como una presunción de derecho respecto de la vulneración del interés jurídicamente protegido, sino que debían ser apreciados como una presunción legal que permitía prueba contrario, y por ende, cuando esa presunción era desvirtuada, porque se demostró que el Procesado iba a utilizar para su consumo personal una determinada cantidad de sustancias estupefacientes que rebasaban los topes permitidos para la dosis personal, tal comportamiento, por ausencia de antijuridicidad material, ya no que podía ser considerado como punible debido a que al incurrir en esa clase de procederes no se le estaría ocasionando daño alguno al interés jurídicamente protegido: la salud pública, ni a otros intereses jurídicos, ni derechos de terceras personas.

Pero, como ya se dijo, tal concepción varió a partir de sentencia del 09 de marzo de 2.016. Rad. # 41760. SP2940-2016, en la cual se pasó del escenario de la antijuridicidad hacia el de tipicidad, al establecerse que la finalidad que el sujeto agente pretenda darle a las sustancias psicotrópicas que porta, se constituía en una especie de ingrediente subjetivo del tipo penal, lo cual quiere decir que los eventos de excesos en los límites tolerados para la dosis personal, cuando la finalidad de los estupefacientes no sea otra diferente que la del consumo personal del acriminado, ya no se estaría ante una hipótesis de ausencia de antijuridicidad sino de atipicidad.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, pese a que de manera precaria se hicieron unas acotaciones sobre la tipicidad, observa la Sala que el fallo absolutorio proferido en contra de los acusados se fundamentó en una hipótesis de ausencia de antijuridicidad o de lesividad, lo cual quiere decir que el *A quo* se basó en la revalidada línea jurisprudencial que pregonaba la Corte a partir de la sentencia del 12 de noviembre 2014. Rad. # 42617, la cual de haber sido aplicada en su debido contexto conllevaría a la conclusión consistente en que la conducta enrostrada en contra de los acusados si era antijurídica, porque el transportar una sustancia estupefaciente que excede en 58,6 gramos los límites permitidos para la dosis personal, es obvio que dentro del escenario de la antijuridicidad material está generando una seria amenaza o puesta en riesgo del interés jurídicamente protegido: la salud pública.

Es más, esos intolerables excesos de los límites de la dosis personal, de aplicar la nueva línea jurisprudencial trazada por la Corte a partir de la aludida sentencia del 09 de marzo de 2.016. Rad. # 41760. SP2940-2016, conspiran en contra de la situación jurídica de los Procesados, porque no es lógico ni factible pensar que el propósito de transportar semejantes cantidades de narcóticos, tenga como única finalidad el consumo o el uso recreativo de los mismos por parte de los Procesados, o que se esté en presencia de una dosis de aprovisionamiento, máxime cuando la Defensa no hizo nada por demostrar tales hipótesis, lo cual era una obligación suya acorde con lo regulado por el principio de la incumbencia probatoria.

Frente a lo anterior, en aquellos eventos de porte de estupefacientes en los cuales las sustancias psicotrópicas exceden de manera intolerable los límites permitidos para la dosis personal, la Corte se ha expresado de la siguiente manera:

“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…».

(:::)

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….”[[2]](#footnote-2).

Lo antes expuesto no quiere decir que la Colegiatura desconozca, como bien se desprende de lo establecido en los artículos 29 y 250 de la Carta, en consonancia con el artículo 7º C.P.P., que la carga de la prueba le corresponda a la Fiscalía, por lo que es obvio que en aquellas hipótesis de tráfico de estupefacientes en las cuales el Ente Acusador no haya podido cumplir con esa carga probatoria de demostrar que el propósito o la intención del sujeto agente era uno diferente que aquel relacionado con el simple y mero consumo personal de los narcóticos o de su uso recreativo, se debía proferir una sentencia contraria a sus pretensiones punitivas[[3]](#footnote-3). Pero ello para nada releva a la Defensa de sus deberes y obligaciones probatorias, ya que acorde con el esquema adversarial que es propio del sistema penal acusatorio que nos rige y según los postulados que orientan el denominado principio de «l*a incumbencia probatoria»*[[4]](#footnote-4)*,* en aquellos eventos en los cuales la Defensa pretenda proponer una hipótesis tendiente a desvirtuar o a refutar la que ha sido propuesta por la Fiscalía, a fin de procurar el éxito de sus pretensiones es obvio que no se encuentra eximida de acreditar o de demostrar los supuestos de hecho en los que se fundamenta la tesis esgrimida en pro de sus intereses. Lo cual quiere decir que a pesar de que la carga de la prueba la tiene la Fiscalía, de igual forma la Defensa en aquellos eventos en los cuales pretenda refutar la teoría del caso propuesta por el Ente Acusador, si quiere salir avante en sus pretensiones, no debe quedarse de brazos cruzados, y más por el contrario le asiste el deber de suministrar las pruebas con las cuales pueda demostrar la hipótesis propuesta.

Lo dicho hasta ahora, es suficiente para que la Sala concluya que en el presente asunto el Juez *A quo* interpretó de manera errónea una revalidada línea jurisprudencial, que de haber entendido correctamente, seguro que habría llegado a la conclusión consistente en que el transporte de una sustancia estupefaciente que excedía en más de 50 veces los límites legales permitidos para la dosis personal de cocaína, si generaba de manera eficaz una amenaza o puesta en riesgo a la salud pública. Pues de haber aplicado en debida forma la nueva línea jurisprudencial, o sea aquella que establece que la intención o propósito del porte del sujeto agente funge como un ingrediente subjetivo del tipo, seguramente que también hubiera llegado a la conclusión que ante semejantes despropósitos o excesos, se podía inferir que el propósito de los Procesados al transportar las sustancias psicotrópicas que le fueron incautadas, era uno completamente diferente que el de su aprovisionamiento o su consumo personal.

Siendo así las cosas, la Sala es de la opinión que en el presente asunto, contrario a lo argumentado por el Juez *A quo*, si se satisfacían con todos los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para proferir una sentencia condenatoria, razón por la cual el fallo opugnado será revocado y en consecuencia se declarará la responsabilidad criminal de los Procesados JORGE LEONARDO MAPURA PRADO y DEIMER ALEJANDRO SUÁREZ SÁNCHEZ, por incurrir, en calidad de coautores en la comisión del delito de tráfico, fabricación de estupefacientes, en la modalidad de transportar.

Como consecuencia de la declaratoria del compromiso penal endilgado a los Procesados JORGE LEONARDO MAPURA PRADO y DEIMER ALEJANDRO SUÁREZ SÁNCHEZ, le corresponde ahora la Sala llevar a cabo las correspondientes operaciones de dosimetría punitiva para dosificar la pena a imponer, para lo cual tendrá en cuenta los siguientes criterios:

* El delito por el cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado, es el reato de tráfico de estupefacientes, tipificado en el inciso 2º del artículo 376 C.P. el que es sancionado con una pena de 64 a 108 meses de prisión, y el pago de una multa de 2 a 150 *smmlv*.
* Al aplicar el sistema de cuartos, como quiera que en contra de los Procesados no le fueron endilgados agravantes genéricos y ante la ausencia de antecedentes penales, acorde con lo establecido en el inciso 1º del artículo 61 C.P. la Sala acudiría al cuarto mínimo de punibilidad, el cual oscila entre 64 hasta <75 meses de prisión, y de 2 hasta <39 *smmlv*.
* Para individualizar la pena, acorde con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, la Sala tendrá en cuenta unos factores que generan un mayor juicio de reproche del comportamiento pregonado en contra de los procesados, entre los cuales descolla el consistente en transportar una sustancia estupefaciente que excedía en más de 50 veces los límites legales permitidos para la dosis personal de cocaína, razón por la que se no partirá de la pena mínima de 64 meses de prisión, la que se incrementara en 5,5 meses[[5]](#footnote-5), para de esa forma arrojar una pena efectiva a imponer de 69,5 meses de prisión que equivaldría a cinco (5) años, nueve (9) meses y 15 días de prisión.
* Los anteriores baremos serán aplicados para dosificar la pena de multa, por lo que a la pena mínima de 2 *smmlv* se le incrementará 18,5 *smmlv[[6]](#footnote-6),* para de esa forma arrojar una pena de multa equivalente a 20,5 *smmlv*.
* En lo que atañe con las penas accesorias, acorde con lo reglado en el inciso 3º del artículo 52 C.P., a los declarados penalmente responsables se les impondrá la pena de inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas por un término similar al de la pena de prisión, o sea de cinco (5) años, nueve (9) meses y 15 días.

Teniendo en cuenta que el monto de la pena de prisión impuesta a los Procesados excede los 4 años, es obvio que no se satisfacen con el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 63 C.P. para que Ellos puedan hacerse acreedores del disfrute del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. De igual manera, los Procesados no podrían hacerse merecedores de la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria, acorde con lo establecido en el artículo 38B C.P. debido a que el delito por el cual se declaró su responsabilidad criminal: Tráfico de estupefaciente, se encuentra dentro del listado de reatos consagrados en el inciso 2º del artículo 68A para los cuales está vedada la concesión de dicho sustituto.

Pese a que los Procesados no pueden hacerse merecedores de sustitutos ni de subrogados penales, en un principio se podría decir que la consecuencia lógica es que en su contra de manera inmediata se deban librar las correspondientes ordenes de captura a fin de hacer efectivo lo resuelto y decidido en el presente proveído, lo cual no ha de ser posible como corolario de lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia # C-342/17, por lo que si partimos de la base que en contra de los procesados, en el momento en el que se le definió la situación jurídica, no se impuso ningún tipo de medida de aseguramiento, acorde con el principio de *la afirmación de la libertad,* y de lo regulado en el artículo 188 de la Ley 600 de 2.000[[7]](#footnote-7), todo ello implicaría que solamente se deban expedir las órdenes de captura del caso una vez que se encuentre en firme la presente sentencia de 2ª instancia, por lo que en ese lapso los procesados seguirán disfrutando de la libertad.

Por otra parte, la Sala no puede parar por alto que en el devenir de las audiencias preliminares el vehículo en que se movilizaban los Procesados, o sea la motocicleta *Yamaha* de placas # FUS 92B, fue objeto de las medidas cautelares de suspensión del poder dispositivo con fines de comiso, pero la Sala no puede hacer un pronunciamiento de fondo respecto del comiso de dicha motocicleta porque no se dan los presupuestos exigidos por los artículos 100 C.P. y 83 C.P.P. para poder ordenar esa sanción, ya que pese a que está acreditado que ese rodante fue utilizado como instrumento para la comisión de un delito doloso, de igual forma no se demostró que la propiedad del mismo recayera sobre alguno de los Procesados.

De todos modos, y ante la eventualidad de encontrarnos en presencia de la causal de extinción de dominio consagrada en el # 5º del artículo 16 de la ley 1.708 de 2.014, lo acontecido no se erige como óbice alguno para que la Sala ordene que la motocicleta de placas # FUS 92B sea puesta a disposición de la Unidad de Extinción de Dominio de la Fiscalía General de la Nación.

Finalmente, en lo que tiene que ver con los recursos de los cuales seria susceptible esta sentencia de 2ª instancia, la Sala no puede desconocer que se está en presencia de la primera sentencia condenatoria, por lo que para que se cumpla con el requisito de la doble conformidad, acorde con lo ordenado por la Corte Constitucional en las sentencias C-792 de 2014 y SU-215 de 2016, en un principio se podría decir que el recurso que sería procedente es el de apelación en la modalidad de la impugnación excepcional. Pero, pese a ello la Colegiatura se inclinará por la posición asumida por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[[8]](#footnote-8), la que ha establecido que ante la ausencia de reglamentación legal del aludido principio de *“la doble conformidad”*, no es posible ni factible darle aplicación a las decisiones que en tal sentido ha proferido la Corte Constitucional, lo que implicaría que el único recurso que se podría interponer en contra del presente fallo de 2ª instancia sería el de casación.

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 el tres (03) de octubre de 2.018, por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, en virtud de la cual fueron absueltos los Procesados **JORGE LEONARDO MAPURA PRADO** y **DEIMER ALEJANDRO SUÁREZ SÁNCHEZ,** de los cargos relaciones con incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de transportar, para en su lugar declarar la responsabilidad penal de los aludidos Procesados, por incurrir, en calidad de coautores, en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de transportar.

**SEGUNDO:** **CONDENAR** a los Procesados **JORGE LEONARDO MAPURA PRADO** y **DEIMER ALEJANDRO SUÁREZ SÁNCHEZ** a purgar una pena de cinco (5) años, nueve (9) meses y 15 días de prisión, al pago de una multa equivalente a 20,5 smmlv[[9]](#footnote-9), y a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas por un término similar al de la pena de prisión.

**TERCERO: NEGAR** a los Procesados **JORGE LEONARDO MAPURA PRADO** y **DEIMER ALEJANDRO SUÁREZ SÁNCHEZ**, la concesión del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, así como la sustitución de la ejecución de la pena de prisión por prisión domiciliaria.

**CUARTO:** Una vez se encuentre en firme esta decisión, se libraran las correspondientes órdenes de captura en contra de los Procesados **JORGE LEONARDO MAPURA PRADO** y **DEIMER ALEJANDRO SUÁREZ SÁNCHEZ**, con el fin que se cumpla lo ordenado y decidido en el presente fallo de 2ª instancia.

**QUINTO:** **ABSTENERSE** de pronunciarse frente al comiso de la motocicleta identificada con las placas # FUS 92B, marca *Yamaha*, línea YD110, cilindraje 110, color negro, modelo 2007, motor número 5C91016710, Nº chasis 9FKKE098072016710, no obstante, se ordena dejar el citado vehículo a disposición de la Unidad de Extinción de Dominio adscrita a la Fiscalía General de la Nación, autoridad que definirá lo pertinente con respecto al destino que deba dársele a ese rodante.

**SEXTO:** Declarar que contra de la presente decisión de 2ª instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentando dentro de las oportunidades de Ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Dicha línea jurisprudencial ha sido ratificada y reiterado en otros fallos posteriores, entre los cuales se encuentran: La sentencia del 15 de marzo de 2017. SP3605-2017. Rad. # 43725; La sentencia del 28 de febrero de 2018. SP497-2018. Rad. # 50512; la sentencia del 14 de marzo de 2018. SP732-2018. Rad. # 46.848. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 13 de abril de 2.016. SP4498-2016. Rad. # 44718. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver entre otras: Sentencia del 15 de marzo de 2017. SP3605-2017. Rad. # 43725; Sentencia del 11 de julio de 2017. Rad. # 44997. SP9916-2017; Sentencia del 28 de febrero de 2018. SP497-2018. Rad. # 50512. [↑](#footnote-ref-3)
4. El cual según lo ha expuesto la Corte en la sentencia de 1ª instancia del 8 de septiembre de 2015. SP12772-2015. Rad. # 39419, en materia de la carga de la prueba «le corresponde al interesado probar el supuesto de hecho de las normas que establecen el efecto jurídico que persigue, sin que ello signifique trasladar la carga probatoria de responsabilidad o fijar cargas dinámicas en torno a ese tópico». [↑](#footnote-ref-4)
5. La que equivaldría al 50% del ámbito en el que se incrementa la punibilidad al aplicar el sistema de cuartos, el cual sería de 11 meses de prisión. [↑](#footnote-ref-5)
6. La que correspondería al 50% del ámbito en el que se incrementa la punibilidad al aplicar el sistema de cuartos, el cual sería de 37 smmlv. [↑](#footnote-ref-6)
7. Aplicable al presente asunto según los principios de coexistencia y de integración. [↑](#footnote-ref-7)
8. Al respecto se puede consultar, entre otras, las providencia del: a) 23 de mayo de 2018. SP1783-2018. Rad. # 46992, y b) 31 de octubre de 2018. AP4810-2018. Rad. # 53859, proferidas por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. [↑](#footnote-ref-8)
9. Lo cual correspondería al smml que estaba vigente para la fecha de la comisión del reato, o sea el 30 de septiembre del año 2.015. [↑](#footnote-ref-9)