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: TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES / EN CANTIDAD QUE EXCEDE LOS LÍMITES LEGALES / INTENCIÓN DE DISTRIBUIR / QUEDO PROBADA / SE CONFIRMA LA CONDENA.**

… esta Colegiatura con base en las consideraciones realizadas dentro de los procesos radicados 66001 60 00 035 2017 00736 01 y 66001 60 00 035 2016 04559 01, adelantados en contra de los señores ESGM y OAG, respectivamente, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, debe advertir que si bien es cierto el acusado manifestó que es consumidor habitual de sustancia estupefaciente perico, así quedó consignado en el informe de individualización y arraigo que fue estipulado (fls. 28-30), con lo cual la defensa pretende demostrar que el procesado es un adicto o un consumidor de alucinógenos, no resultaba suficiente para desvirtuar la antijuridicidad del comportamiento atribuido al procesado, más si se tiene en cuenta que en el mismo documento, acápite VI., la compañera informó que el ciudadano no consume estupefacientes.

Sumado a lo anterior, y conforme a lo señalado por la a quo, la cantidad de sustancia estupefaciente decomisada al señor RO, excedía en más de 5 veces los límites legales permitidos para la dosis personal de cocaína, ya que la misma arrojó un peso neto de 6 gramos, aunado al hecho de que la misma se encontraba contenida en 20 bolsas transparentes, lo que agregado al escenario en el cual fue capturado (evento deportivo de alta asistencia de personas), son indicativos de que ese alcaloide podía tener un propósito diferente al consumo personal o recreativo. (…)

Frente a este aspecto puntual, la SP de la CSJ mediante providencia con radicado 29183 del 18 de noviembre de 2008 indicó lo siguiente: (…)

“… cuando se trata de cantidades de drogas ilegales, comprendidas inclusive dentro del concepto de la dosis personal, destinadas no al propio consumo sino a la comercialización o, por qué no, a la distribución gratuita, la conducta será antijurídica pues afecta los bienes que el tipo penal protege; lo que no acontece cuando la sustancia (atendiendo obviamente cantidades insignificantes o no desproporcionadas), está destinada exclusivamente al consumo propio de la persona, adicta o sin problemas de dependencia, evento en el que no existe tal incidencia sobre las categorías jurídicas que el legislador pretende proteger.”

**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. 153 del diecinueve (19) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Pereira, veintiuno (21) de febrero de dos mi diecinueve (2019)

Hora: 2:24 p.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 60 00 035 2014 04849 01 |
| Accionante  | RO |
| Delito | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes |
| Juzgado de Conocimiento  | Cuarto Penal del Circuito de Pereira |
| Asunto  | Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia de primera instancia. |

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, en contra de la sentencia dictada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira, mediante la cual se condenó al señor RO por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (Art. 376-2 C.P).

**2. ANTECEDENTES**

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

*“Cuando la patrulla de la Policía Nacional conformada por los policiales CARLOS PÉREZ HENAO y EDUARDO CÁRDENAS realzaban actividades de control y registro a las personas que ingresaban al estadio “Hernán Ramírez Villegas” de esta ciudad a un evento deportivo el 24 de noviembre del año pasado, aproximadamente a las 17:45 horas, capturaron a quien dijo llamarse JULIÁN ANDRÉS FRANCO PEREA pero se estableció su verdadera identidad como RO, por cuanto llevaba consigo sin permiso de autoridad competente, veinte (20) bolsas con sustancia estupefaciente cocaína con un peso neto total de seis (6) gramos”.*

2.2 El 25 de noviembre de 2014, ante el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira, se adelantaron las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación y de medida de aseguramiento. La F.G.N. le imputó al señor RO la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, descrita en el artículo 376 inciso 2º, del C.P. bajo la inflexión verbal “llevar consigo”. El señor RO no aceptó los cargos (fl. 5).

2.3 El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira asumió el conocimiento de la presente causa (fl.1). La audiencia de formulación de acusación se llevó a cabo el 23 de junio de 2015 (fl. 8). La audiencia preparatoria se celebró el 5 de abril de 2016 (fl. 16). El juicio oral tuvo lugar el 19 de agosto de 2016 (fl. 19). La sentencia fue proferida el 20 de septiembre de 2016 (fls. 49-61).

2.4 La defensa del procesado apeló el fallo de primer nivel.

**3. IDENTIFICACIÓN**

Se trata de RO, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 16.943.759, nació el 18 de marzo de 1982 en Cali – Valle, de ocupación cotero.

**4. FUNDAMENTOS DEL FALLO**

(Síntesis)

* El haber probatorio aportado por la fiscalía permite determinar que el acusado fue la persona sorprendida en las circunstancias descritas, hecho que no fue materia de discusión en el juicio. Lo que el ciudadano portaba no fue nada distinto que material en polvo distribuido en 20 bolsas con apariencia de estupefaciente.
* Cuestionó la certeza de que toda la sustancia contenida en las 20 bolsas correspondiera a cocaína porque se pesó y analizó después de haberla homogeneizado y puede ser posible que el contenido de alguna o algunas bolsas no fuera igual sino que la mezcla que se hizo llevó a ese resultado lo que genera duda en favor del procesado. Además porque el químico forense no dictaminó que se tratara de cocaína pura. Por último dijo que si se tratara de cocaína, el peso de seis gramos excede en mínima parte la dosis de uso personal y, tratándose de un adicto, no vulnera ni lesiona el bien jurídico que se tutela.
* Si bien el perito manifestó que la muestra para analizar la tomó de la mezcla de las 20 que llegaron porque el protocolo dice que se debe homogenizar la sustancia por las características de las bolsitas y explicó que homogenizar consiste en extraerlas del contenedor, revolver y luego tomar una pequeña cantidad para estudiarla. Entonces no incurrió en irregularidad alguna porque así están diseñados los protocolos y se trata de una persona con experiencia en su actividad lo que permite concluir que no exista duda al respecto.
* En cuanto al dictamen de química forense en el mismo se concluyó que la muestra analizada contiene cocaína lo que confirma el resultado preliminar sin que sea necesario que se determine si la sustancia es pura puesto que la norma que sanciona el tráfico de estupefacientes lo hace no en relación con quien tenga cocaína pura, sino cocaína o sustancia estupefaciente a base cocaína.
* Ahora en lo que tiene que ver con el consumo de estupefacientes por parte del procesado, tuvo en cuenta la estipulación que hicieron de los arraigos donde él manifestó que usa perico pero solo podía portar la cantidad de uso personal que es de hasta un gramo o el doble atendiendo la tesis de la Sala Penal del Tribunal Superior de esta ciudad, pero se excedieron esas cantidades hasta los seis gramos.
* Resaltó que en el contexto de ocurrencia de los hechos resulta lógico pensar que ese material no era exclusivamente para su uso personal teniendo en cuenta que la sustancia estaba contenida en veinte bolsas plásticas y el investigado se encontraba a la entrada de un estadio de fútbol. Además que al encontrarse con la presencia policiva quiso esquivarla lo que es indicativo que ese material estaba destinado para el consumo de otros porque ningún otro sentido tiene que se desplazara desde la ciudad de Cali Valle, que no estuviera en pos de entrar a disfrutar la contienda deportiva y que la puerta de ingreso fuera el punto por donde él se movilizaba. Criterio soportado en pronunciamiento de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia dictada en el radicado 43512 del 16 de abril de 2016.
* A lo antedicho sumó la forma como estaba distribuido el estupefaciente que hace evidente y clara la intención que tenía de afectar el bien jurídico tutelado y logró ponerlo en riesgo.
* Adujo que en el caso no está demostrado que el procesado sea consumidor. Aunque fue un asunto estipulado por las partes, porque la persona con quien confirmaron los datos de arraigos, supuestamente la compañera sentimental del procesado, dijo que llevan conviviendo 17 años y que él no consume.
* En cambio la intención de causar la afrenta fue tal que la sola presencia de la policía lo turbó puesto que el subintendente expresó que cuando los vio dio la espalda y dirigió su mirada a otra parte, comportamiento que lo delató. Aunado a ello conocía que su actuar era contrario a la ley y así lo reafirmó cuando, entregada la sustancia que tenía en sus manos a los gendarmes, pasó a mentir sobre su identidad.
* No accedió al reconocimiento de la causal de marginalidad porque no se probó que el acusado hubiera obrado movido por ella ni se acreditó que sus condiciones personales sean determinantes de ello. Además que los arraigos son los que él declaró cuando se hizo su captura, porque así fue estipulado, es una persona que por lo menos alcanzó noveno grado de escolaridad, que trabaja como cotero y que tiene un lugar de residencia; que habita en un apartamento donde paga arrendamiento y que ese es de material y cuenta con los servicios públicos básicos.
* Resaltó que una persona desposeída no estaría en condiciones de trasladarse desde otra ciudad a acompañar las barras que animan determinado un equipo y, por si fuera poco, pudiera portar 20 bolsas de sustancia estupefaciente que tienen un costo no tan precario en el mercado.
* Agregó que el argumento defensivo en tal sentido se cae de su peso porque no se conoce cuál es su grado de consumo como tampoco las consecuencias que ello le ha dejado. En todo caso, se advierte de la información que él mismo brindó, que no está sumido en la vida del vicio y hasta ahora éste no ha doblegado su voluntad pues convive con su grupo familiar. Discurso soportado en las consideraciones de la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira, contenidas en pronunciamiento en caso radicado bajo el No. 660016000035201203593 con ponencia del Magistrado Jorge Arturo Castaño Duque, en decisión del seis (6) junio de dos mil trece (2013).
* Declaró a RO penalmente responsable de la conducta punible imputada y lo condenó a la pena de 64 meses de prisión.

**5. DEL RECURSO INTERPUESTO**

* 1. **Defensa (Recurrente)**
* El artículo 381 del C.P.P. establece que para fundar un juicio de responsabilidad penal se requiere por parte del operador judicial, el conocimiento más allá de toda duda de la existencia de la conducta punible y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.
* Se presenta incertidumbre frente a la materialidad de la conducta punible, toda vez que no se conoció de manera cierta la cantidad y calidad de la sustancia que le fue incautada al acusado para el momento de la captura atendiendo que el informe policivo de captura da cuenta de un procedimiento en el cual se incautaron 20 papeletas de material en polvo, distribuido en 20 bolsas pequeñas y esa evidencia fue sometida a procedimiento de PIPH para identificar el tipo y la cantidad de sustancia. Sin embargo, cuestiona que el proceso se hizo de manera irregular ya que el respectivo funcionario no identifico el polvo o sustancia que iba en cada una de las 20 bolsas, sino que homogenizó toda la sustancia para posteriormente identificarla.
* Ese procedimiento afectó la certeza en cuanto a la cantidad y calidad del elemento material, indispensable para la existencia de la conducta penal, toda vez que al juntarla puede haber sustancia que no contengan estupefaciente o alcaloides, y entonces la otra sustancia se ve contaminada por las que si lo pueden tener, dando un dudable resultado en torno a la cantidad y calidad de la sustancia.
* Pese a que es ese el protocolo para la prueba de PIPH, la formalidad no puede estar por encima de lo evidente, máxime cuando afecta el factor de la responsabilidad y existencia de la conducta penal puesto que el operador judicial debe hacer un análisis en cuanto a la veracidad y certeza de la evidencia material.
* La prueba de análisis químico dice que la muestra enviada para el análisis de verificación de la sustancia contiene cocaína, lo que de plano niega que esa muestra fuera cocaína pura, hecho que magnifica la tesis que en el proceso de homogenización una sustancia que podía no contener cocaína se pudo contaminar con otra que si tenía, lo cual crea absoluta incertidumbre en cuanto a la cantidad y tipo de sustancia incautada, situación que afecta directamente el aspecto de la responsabilidad penal del acusado y pone en duda la existencia de la conducta penal.
* Es precisamente la duda, el no tener la certeza sobre si la sustancia que contenían las 20 papeletas era estupefaciente y por lo tanto, no tener la certeza de la cantidad de sustancia, lo que impone el ordenamiento penal es que se debe resolver en favor del procesado como lo indica el artículo 7º del C.P.P.
* De acuerdo a los lineamientos del artículo del 9º del C.P. para que se dé un delito, la conducta debe ser típica, antijurídica y culpable, pero con sustento en la prueba debatida y estipulada en juicio se deduce que la acción penal que se le imputo al defendido carece de antijuridicidad material porque el verbo rector imputado fue el de llevar consigo aunado a la poca cantidad de sustancia incautada de la que se infiere escasas tres dosis, si se asume que por lo menos por un principio de igualdad habrá que hacerse el análisis que esta dosis ha sido desarrollada de manera jurisprudencial para personas consumidoras y adictas a la sustancias estupefacientes.
* Se debe tener en cuenta que en el informe de arraigos de la FGN, estipulado en juicio, se advierte la manifestación del procesado en el sentido que consume sustancias estupefacientes, particularmente la incautada y la antijuridicidad de la conducta del consumidor depende de que trascienda el fuero interno y llegue a afectar derechos ajenos, pero se ve en la modalidad y circunstancias de la captura que posiblemente esta sustancia era para el consumo personal.
* Es pretensión de la recurrente que sea revocada la sentencia de primera instancia y se absuelva de todo cargo al señor RO.

**6. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

6.1 Esta Colegiatura es competente para decidir la presente acción, con base en lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 34 del C.P.P.

6.2 En el caso *sub judice* esta Sala debe determinar si concurrían los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para poder proferir una sentencia condenatoria en contra del señor RO por el delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de “llevar consigo”.

6.3 En el caso *sub examen,* el señor RO fue condenado por el Juzgado 4º Penal del Circuito de esta ciudad a la pena de 64 meses prisión y multa de 2 smlmv, por considerar que era responsable de la violación del artículo 376 del CP, en la modalidad de “llevar consigo” la cantidad de 6 gramos de una sustancia que fue identificada como positiva para cocaína y sus derivados.

6.4 De conformidad con los hechos estipulados y las pruebas practicadas durante el juicio, se pudo establecer lo siguiente: i) los uniformados Carlos Pérez Erazo y Eduardo Cárdenas capturaron al señor RO el 24 de noviembre de 2014 por el sector de la puerta norte del estadio Hernán Ramírez Villegas de esta ciudad, cuando observaron que el ciudadano se notó nervioso con su presencia y le solicitaron una requisa frente a lo cual él voluntariamente entregó una bolsa que contenía 20 papeletas con sustancia con características de estupefaciente; y ii) en el informe de investigador de laboratorio se estableció que ese material era positivo para cocaína y sus derivados con un peso neto de seis (6) gramos.

6.5 En este caso se estipuló[[1]](#footnote-1); i) que la muestra incautada, sometida a análisis físico y químico de verificación y confirmación corresponde a cocaína. Resultados contenidos en el informe de laboratorio de fecha 2015/01/20; y, ii) el contenido del formato de individualización y arraigo del procesado donde se da cuenta que tiene 35 años de edad, cursó hasta 9º grado, de ocupación cotero, vive en la ciudad de Cali y es adicto a sustancias estupefacientes “perico”, que fueron aceptadas por la juez de conocimiento.

6.6 Se debe tener en cuenta que en la audiencia del juicio oral se escucharon las declaraciones del perito en la Prueba de Identificación Preliminar Homologada, en adelante -PIPH- y uno de los agentes que realizaron el procedimiento de captura del señor RO, de los cuales se desprende lo siguiente:

6.6.1 El perito Sebastián Giraldo Guerrero fue convocado al juicio, quien respecto a los hechos materia de investigación adujo lo siguiente: i) es técnico perito PIPH con siete años de experiencia y en un mes realiza más o menos entre 30 y 40 análisis; ii) en cuanto al informe dijo que le dieron traslado de 20 bolsas con polvo amarillento y utilizó una balanza de capacidad de 210 gr y 2 tubos de ensayo para hacer la PIPH; iii) indicó que el procedimiento es tomar una pequeña cantidad de la muestra, 3 gotas de agua, 3 gotas de reactivo se vuelve blanco, azul y rosado, positiva para cocaína y sus derivados, con peso bruto 14,5 gramos y neto 6 gramos positivos para cocaína y derivados; iv) la cantidad muestra fue de un gramo que se tomó de la sustancia que había en las 20 bolsas homogeneizada debido a las características de las papeletas; v) aclaró que homogenizar es revolver, y se saca una pequeña cantidad y que la muestra no se sacó de cada una de las bolsas sino que revolvió todo y allí sacó la muestra; y vi) el resto de la muestra se envió para análisis químico.

6.6.2 Por su parte el SI Carlos Mario Pérez Erazo en su calidad de agente captor expuso lo siguiente sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que aconteció el procedimiento de captura del señor RO: i) el 24/11/2014 se encontraba de servicios en el estadio Hernán Ramírez Villegas en la tribuna norte, ese día había partido de fútbol; ii) el mismo día como a las 17:45 se encontraba de servicios en la puerta de entrada tribuna norte del estadio con el PT CÁRDENAS CRIOLLO, cuando observó a una persona que vestía camiseta azul a rayas negras y pantaloneta, y cachucha, de inmediato esta persona cuando los vio se puso nervioso, les quitó la mirada y dio la espalda; iii) por lo anterior le solicitaron un registro y él voluntariamente entregó a los policiales 20 bolsas de plástico trasparente en su interior con un polvo blanco, similar con características a estupefaciente, las tenía en la mano derecha y dijo que era para su consumo personal y que viajaba de Cali con la barra del América de Cali; iv) no vio nada que indicara que estaba vendiendo droga; v) le dieron a conocer sus derechos como capturado, lo trasladaron a la URI para judicialización y elevó acta de incautación de la sustancia.

6.6.3 En este caso de lo manifestado por el SI Pérez Erazo se deduce claramente que el señor RO fue capturado porque al ser intimado para una entregó voluntariamente a personal de la Policía Nacional una bolsa que contenía veinte bolsas plásticas transparentes con sustancia característica a estupefaciente.

6.6.4 En ese sentido hay que manifestar que en la audiencia preliminar se le formularon cargos a RO, por el *contra jus* de violación del artículo 376 del CP, en la modalidad de “llevar consigo” [[2]](#footnote-2) y que en el escrito de acusación se hizo referencia al mismo contexto fáctico[[3]](#footnote-3).

6.7 Según las argumentaciones realizadas por la abogada que representa los intereses del acusado, dentro de la presente causa la FGN a través del perito en PIPH incurrió en error al momento de identificar y pesar la sustancia por cuanto debió tomar una muestra de cada una de las 20 bolsas plásticas antes de homogeneizar la sustancia y con esas muestras llevar a cabo el correspondiente análisis, por el contrario el haber revuelto toda la sustancia para luego sacar una muestra conllevó a que se pudiera contaminar sustancia estupefaciente con otra que no lo era y así obtener un resultado distante a la realidad de modo que se genera duda sobre la antijuridicidad material de la conducta que debe favorecer al procesado. Además que el mismo ente acusador había acreditado la condición de adicto del procesado, ello en consideración a que así se consignó en el informe de arraigo que fue estipulado por las partes. En consecuencia, según su criterio, como el órgano investigador no había demostrado en debida forma la cantidad de sustancia estupefaciente incautada al encartado y que la misma, tenía un fin diferente que el de su consumo, de conformidad con la jurisprudencia vigente, no se podía emitir una sentencia condenatoria en contra del señor RO.

6.8 En este caso los hechos referidos en el apartado 6.5 de esta providencia se encuentran plenamente acreditados a través de las estipulaciones realizadas por las partes y por lo tanto resultan ser hechos ciertos e incuestionables.

6.9 Se enfoca entonces la Sala en el debate respecto de la antijuridicidad material de la conducta en el entendido que de conformidad con la teoría del caso de la defensa la prueba de PIPH llevaba a cabo por el perito induce a la duda sobre si la totalidad de la sustancia contenida en las 20 bolsas que entregó voluntariamente el procesado correspondía a cocaína o sus derivados debido a que no se hizo un análisis de cada una de las bolsas sino que se homogeneizó la sustancia para extraer del total una muestra a la cual se hizo análisis PIPH posiblemente contaminado con sustancia que no era estupefaciente lo que generó que del análisis químico se concluyera que la muestra contenía cocaína pero no que se trataba de cocaína pura.

Así, si bien en principio se podría considerar que le asiste razón a la recurrente porque al homogeneizar las sustancias aparentemente no se cumple con el protocolo aprobado por el INMLCF en junio 8 de 2009, que en el aparte 2 (muestreo), cuadro No.1 (muestras a tomar) establece que cuando el número de EMP sea de 1 a 25 se deben tomar tomas las muestras, es necesario resaltar que en el último párrafo de ese acápite del instructivo está previsto que: *“Cuando el Funcionario de Policía Judicial realice las Pruebas de Identificación Preliminar a muestras sólidas y vegetales contenidas en papeletas que presenten similares características y/o apariencia física, puede aplicar la tabla de muestreo anterior. Luego homogeneizar y sobre una mínima cantidad de la muestra realizar las P.I.P.H. y enviar al Laboratorio autorizado las muestras para su análisis definitivo.”[[4]](#footnote-4)*

De ese modo la teoría defensiva carece de sustento probatorio alguno en el entendido que más allá de la disquisición acerca de una posible contaminación de la muestra a la cual se le hizo prueba de PIPH, no existió, y así lo aceptó la censora en el recurso propuesto[[5]](#footnote-5), ninguna omisión a los protocolos establecidos para tal fin puesto que como explicó el perito al rendir testimonio, por tratarse de sustancia con las mismas características, sin rasgos que indicaran que difería una de la otra entre las 20 bolsas, era del caso homogeneizar la sustancia para el análisis respectivo de identificación y pesaje sin que fuese necesario practicar prueba de PIPH a cada una de las muestras.

El argumento central de la defensa es que el resultado del análisis de química forense concluyó que la muestra contenía cocaína lo que presuntamente quiere decir que no toda la sustancia era estupefaciente sino que estaba contaminada con el elemento de las bolsas restantes, no obstante hay que resaltar que del análisis de ese resultado es dable concluir que se trata de sustancia estupefaciente a base de cocaína, lo cual sigue siendo una conducta penalizada en el artículo 376 inciso 2º en su parte pertinente toda vez que no se requiere la pureza del alcaloide como reclama la recurrente.

A lo ya discurrido se suma que en caso de contrariar los protocolos del caso para llevar a cabo la prueba de PIPH lo que procedía era que la defensa solicitara la exclusión de ese EMP por considerarlo ilegal, sin embargo, la censora no pidió su exclusión en las oportunidades del caso y, contrario a ello, convalidó la actuación al estipular probatoriamente los resultados de la prueba de PIPH sin hacer las salvedades o reservas que tenía frente a la misma.

Aunado a lo antedicho existen elementos que permiten inferir que toda la sustancia que el señor RO llevaba correspondía a la misma toda vez que se trataba de una bolsa plástica que contenía veinte bolsas transparentes con sustancia pulverulenta, es decir, las características de embalaje y contenido eran similares por lo que según los protocolos de PIPH para llevar a cabo el procedimiento era del caso su homogenización por tratarse de muestras solidas contenidas en papeletas que presentaban similares características y apariencia física.

6.10 Ahora bien, de conformidad con los parámetros jurisprudenciales establecidos por la SP de la CSJ, a la FGN le asiste la carga probatoria de acreditar en aquello asuntos relacionados con el porte de sustancias estupefacientes, si el propósito o la intención del procesado era uno diferente al relacionado con el consumo personal o el uso recreativo de las sustancias estupefacientes, tal es el caso de la comercialización y/o distribución de las sustancias ilícitas, y en consecuencia en aquellos eventos en los cuales el ente investigador no haya podido cumplir con esa carga probatoria, se debía proferir una sentencia absolutoria.

6.11 En principio se podría pensar que en el presente asunto le asiste razón a la defensa ya que la FGN le comunicó cargos al procesado por el delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de “llevar consigo”, además de no haber comprobado de manera fehaciente que el destino que pretendía darle a la sustancia que le fue decomisada era uno diferente al de su propio consumo o su uso recreativo.

Sin embargo, esta Colegiatura con base en las consideraciones realizadas dentro de los procesos radicados 66001 60 00 035 2017 00736 01 y 66001 60 00 035 2016 04559 01, adelantados en contra de los señores ESGM y OAG[[6]](#footnote-6), respectivamente, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, debe advertir que si bien es cierto el acusado manifestó que es consumidor habitual de sustancia estupefaciente perico, así quedó consignado en el informe de individualización y arraigo que fue estipulado (fls. 28-30), con lo cual la defensa pretende demostrar que el procesado es un adicto o un consumidor de alucinógenos, no resultaba suficiente para desvirtuar la antijuridicidad del comportamiento atribuido al procesado, más si se tiene en cuenta que en el mismo documento, acápite VI., la compañera informó que el ciudadano no consume estupefacientes.

6.12 Sumado a lo anterior, y conforme a lo señalado por la *a quo*, la cantidad de sustancia estupefaciente decomisada al señor RO, excedía en más de 5 veces los límites legales permitidos para la dosis personal de cocaína, ya que la misma arrojó un peso neto de 6 gramos, aunado al hecho de que la misma se encontraba contenida en 20 bolsas transparentes, lo que agregado al escenario en el cual fue capturado (evento deportivo de alta asistencia de personas), son indicativos de que ese alcaloide podía tener un propósito diferente al consumo personal o recreativo.

6.13 Adicionalmente es preciso señalar que tampoco se allegó prueba alguna que permitiera establecer que el monto de la sustancia incautada era “razonable”, máxime cuando la condición de adicto del procesado no fue verificada con la prueba conducente como podría ser un dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses u otra evidencia que demostrara que el incriminado era adicto a esa sustancia.

Frente a este aspecto puntual, la SP de la CSJ mediante providencia con radicado 29183 del 18 de noviembre de 2008 indicó lo siguiente:

*“Lo anterior no significa que en todos los casos en que a una persona se la encuentre en posesión de cantidades ligeramente superiores a la dosis personal o, inclusive, dentro de los límites de ésta, deba considerarse que no realiza conducta típica y antijurídica, eventualmente culpable y, por consiguiente, punible. Lo que quiere significar la Corte es que cada asunto debe examinarse en forma particular en orden a verificar la demostración de tales presupuestos, de manera que las decisiones de la justicia penal consulten verdaderamente los principios rectores que la orientan, como el de antijuridicidad que aquí se analiza.*

***Con ello ratifica que, cuando se trata de cantidades de drogas ilegales, comprendidas inclusive dentro del concepto de la dosis personal, destinadas no al propio consumo sino a la comercialización o, por qué no, a la distribución gratuita, la conducta será antijurídica pues afecta los bienes que el tipo penal protege; lo que no acontece cuando la sustancia (atendiendo obviamente cantidades insignificantes o no desproporcionadas), está destinada exclusivamente al consumo propio de la persona, adicta o sin problemas de dependencia, evento en el que no existe tal incidencia sobre las categorías jurídicas que el legislador pretende proteger****.”.*(Negrilla y subrayado fuera de texto)

6.14 En consecuencia de lo anterior, la Sala considera que le asistió razón a la *a quo* al condenar al señor RO por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, ya que no se acreditaron los supuestos facticos para despojar de antijuridicidad la conducta investigada.

6.15 Con base en las razones antes expuestas se impartirá confirmación a la sentencia recurrida, por considerar que en el caso sub lite se reunían los requisitos del artículo 381 de CPP para dictar una sentencia de condena contra el acusado.

6.16 En aplicación del principio de limitación de la segunda instancia, esta colegiatura no hará ningún pronunciamiento sobre la pena impuesta al procesado, ya que ese acápite de la sentencia no fue objeto del recurso de apelación.

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: CONFIRMAR** la sentencia dictada el 20 de septiembre de 2016, por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Risaralda), en la cual se declaró penalmente responsable al señor RO por incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 C.P.).

**SEGUNDO:** Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

1. Folio 19, acta de audiencia de juicio oral. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 5 [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 2 [↑](#footnote-ref-3)
4. Al respecto se puede consultar el “Instructivo para la diligencia judicial de sustancias Fiscalizadas” de la página web: https://www.fiscalia.gov.co/colombia//wp-content/uploads/policiajudicial/DOCPJFISCALIA/Instructivo%20%28PIPH%29.pdf [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 64. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencias del 28 de septiembre de 2018 y 5 de diciembre de 2018, con ponencia de los Magistrados Manuel Yarzagaray Bandera y Jorge Arturo Castaño Duque, respectivamente. [↑](#footnote-ref-6)