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: PORTE DE ESTUPEFACIENTES / CUANDO LA CANTIDAD EXCEDE EL LÍMITE LEGAL / ES POSIBLE DISCERNIR LA EXISTENCIA DE UN PROPÓSITO DIFERENTE AL CONSUMO PERSONAL O RECREATIVO / CARGA PROBATORIA DE LA DEFENSA.**

… esta Sala se debe enfocar en el debate respecto de la antijuridicidad material de la conducta en el entendido que de conformidad con el criterio de la defensa la sustancia estupefaciente que le fue incautada al procesado estaba destinada a su propio consumo del procesado, por ser adicto a los alucinógenos.

Al respecto se debe establecer que de conformidad con los parámetros jurisprudenciales establecidos por la SP de la CSJ, a la FGN le asiste el deber 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, como sería la comercialización y/o distribución de las sustancias ilícitas, y que en consecuencia en aquellos eventos en los cuales el ente investigador no cumpla con esa carga probatoria, se debe proferir una sentencia absolutoria.

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… por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, considera que si bien es cierto en el presente asunto la progenitora del acusado expuso en el juicio oral que su hijo era un consumidor habitual de marihuana desde muy temprana edad, esa manifestación no resulta suficiente para desvirtuar la antijuridicidad del comportamiento atribuido al procesado.

En ese sentido es preciso advertir que la cantidad de sustancia estupefaciente decomisada al señor AFTN, excedía en más de 20 veces los límites legales permitidos para la dosis personal de marihuana, ya que la misma arrojó un peso neto de 426.1 gramos, aunado al hecho de que la misma se encontraba contenida en 6 bolsas, lo que agregado al sector en el cual fue capturado (en la glorieta ubicada debajo del Viacucto César Gaviria Trujillo) el cual es reconocido públicamente como un sitio destinado no solo al uso y consumo sino también a la venta de alucinógenos, constituyen hechos que indican que ese material lo portaba el acusado con un propósito diferente al consumo personal o recreativo.

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…

**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. 541 del trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Pereira, catorce (14) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 9:49 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 60 00 035 2017 03973 01  |
| Accionante  | AFTN |
| 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 del 7 de febrero de 2019. |

**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 AFTN 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:

*“Origina la presente investigación los hechos presentados el día 21 de noviembre de 2.017, promediando las 17:45 horas, cuando en procedimiento policial, efectuado en la glorieta ubicada debajo del viaducto de Pereira, vía pública, se produce la captura de AFTN, identificado con la cédula número 1.088.356.499 de Pereira, Risaralda, quien al ser objeto de requisa se halló en posesión de una bolsa en cuyo interior se encontraron otras seis, con sustancia vegetal con olor y característica a estupefaciente, motivo por el que se procede a su captura dándole a conocer sus derechos y dejado a disposición de autoridad competente.*

*Se allegó Informe de Investigador de Campo de Prueba de PIPH, suscrito por el Perito PT. LUIS FERNANDO REYES MOLINA, con el siguiente resultado: Muestra 1: PESO NETO DE CUATROCIENTOS VEINTISÉIS PUNTO UNO (426.1) GRAMOS, POSITIVO PARA CANNABIS SATIVA O MARIHUANA Y SUS DERIVADOS.*

*Ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira Risaralda, se formuló Imputación al señor AFTN, identificado con la cédula número 1.088.356.499 de Pereira, Risaralda, por la conducta de TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, verbo rector LLEVAR CONSIGO, consagrada en el artículo 376 inciso 2 del Código Penal, modificada por el art. 11 de la Ley 1453 de 2011, NO LOS ACEPTO.*

*Conforme a los artículos 336 y 337 del estatuto procesal penal, de acuerdo con los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, La fiscalía presenta escrito de acusación contra el señor AFTN, identificado con la cédula número 1.088.356.499 de Pereira, Risaralda, como AUTOR a título de DOLO, presunto responsable de la conducta punible de TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, verbo rector “LLEVAR CONSIGO"; de conformidad con el artículo 376, inciso 2o del Código Penal, que comporta una pena de prisión de 64 a 108 meses de prisión y multa de 2 a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes”*

2.2 El 22 de noviembre de 2017, ante el Juzgado Segundo 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 AFTN 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 AFTN 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 6 de junio de 2018 (fl. 8). La audiencia preparatoria se celebró el 3 de agosto de 2018 (fl. 9). El juicio oral tuvo lugar el 4 de febrero de 2019 (fls. 22-23). La sentencia fue proferida el 7 de febrero de 2019 (fls. 24-28).

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

**3. IDENTIFICACIÓN**

Se trata de AFTN, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 1.088.356.499, nació el 22 de agosto de 1999 en Pereira (Risaralda), hijo de Victoria Patricia Noreña y Juan David Taborda, octavo grado de instrucción, de ocupación cotero.

**4. FUNDAMENTOS DEL FALLO**

(Síntesis)

* El haber probatorio aportado por la FGN permite determinar que el acusado fue la persona sorprendida mientras ejecutaba la conducta investigada.
* El patrullero Andrés Felipe Vásquez Morales dijo ser testigo presencial de los hechos, y al respecto refirió que observó al acusado cuando portaba una bolsa negra que contenía seis bolsas con una sustancia vegetal con características de estupefaciente. Así mismo indicó que se encontraba en compañía de otro miembro de la Policía Nacional con quien realizaba labores de patrullaje y se dirigieron a la glorieta que se encuentra debajo del Viaducto César Gaviria, y vieron al procesado que caminaba solo por ese lugar y procedieron a solicitarle una requisa en la que descubrieron la sustancia incautada, la cual fue sometida a la prueba de PIHH por parte del agente Luis Fernando Reyes Molina, la cual arrojó un resultado positivo para marihuana con un peso de 426.1 gramos, información que fue corroborada por la Ana María Sepúlveda Calvo, perito del laboratorio de estupefacientes.
* El señor AFTN llevaba consigo un alucinógeno que excedía la cantidad permitida para uso personal, por lo que resulta viable emitir una condena en su contra por el delito previsto en el artículo 376 inciso 2 CP.
* Contrario a lo referido por la delegada del Ministerio Público y la defensa, y aunque se encuentre acreditado a través del testimonio de la madre del acusado que este es consumidor de sustancias estupefacientes, la cantidad de alucinógeno que le fue incautado al señor AFTN permite inferir que no era para su uso exclusivo y de esta manera hablar de antijuridicidad material de la conducta.
* Dentro de la presente causa no se alegaron elementos que permitieran establecer cuál era la cantidad que habitualmente requería el acusado para satisfacer su adicción, pero no resulta creíble pensar que el monto de sustancia ilícita que le fue incautada fuera para su propio consumo o para su aprovisionamiento, máxime si se tiene en cuenta que la progenitora del procesado adujo que este se encontraba en condiciones de calle y asentado debajo del Viaducto, de lo que se deduce que solo está en capacidad para adquirir el estupefaciente que va requiriendo.
* Si bien la madre del encartado indicó que este no vendía sustancias estupefacientes, y que de ser así, el estupefaciente decomisado estuviera en una presentación diferente, es evidente que ese alucinógeno podía ser usado por otras personas e incluso esas seis bolsas podían estar transitoriamente en su dominio para luego hacerlas llegar a algún lugar de expendio o su contenido podía ser para consumo de otras personas.
* Hizo referencia a la sentencia proferida por esta Sala el 28 de septiembre de 2018 dentro del proceso radicado 2017-00736, mediante la cual se confirmó una condena que se impuso en circunstancias similares a las que se presentan en este caso.
* El procesado tenía pleno conocimiento sobre la ilicitud de su actuar al portar estupefacientes en cantidad superior a la dosis para uso individual.
* La A quo consideró que el señor AFTN había actuado bajo condiciones de marginalidad, ya que de conformidad con lo señalado por su progenitora, el acusado es consumidor de sustancias estupefacientes, situación que lo ha llevado a la indigencia pues fue sacado de su vivienda luego de que empezara a perjudicar a su núcleo familiar.
* En consecuencia de lo anterior y bajo los lineamientos del artículo 56 del CP, le impuso una pena de 10 meses y 20 días de prisión y multa de 0.33 SMLMV.
* Finalmente y de conformidad con lo establecido en los artículos 63, 68A y 38A del CP, consideró que el acusado no podía ser beneficiario del subrogado de ejecución condicional de la pena ni de la prisión domiciliaria, razón por la cual dispuso de su captura inmediata.

**5. DEL RECURSO INTERPUESTO**

* 1. Defensora (Recurrente)
* De conformidad con las pruebas allegadas la FGN cumplió con la carga de demostrar la existencia de la conducta punible investigada. Sin embargo, no se acreditó la responsabilidad del procesado ya que el ente acusador tenía pleno conocimiento de que el señor AFTN era consumidor de sustancias estupefacientes, tal y como obra en el informe de individualización y arraigo, por lo tanto el órgano persecutor estaba en la obligación de probar que la sustancia incautada tenía un fin diferente al de “llevar consigo”, pero no lo hizo.
* Al acusado le imputaron el verbo rector “llevar consigo” y no otro, y el análisis realizado por la juez de conocimiento respecto a la cantidad de estupefaciente incautado para condenar al señor AFTN no se ajusta a la realidad procesal.
* Las manifestaciones realizadas por la progenitora del acusado sobre su adicción a los estupefacientes tuvieron eco en el reconocimiento de la condición de marginalidad del artículo 56 CP.
* Fue acertada la solicitud de absolución de la representante del Ministerio Público teniendo en cuenta la condición de adicto del procesado.
* No existe prueba que permita inferir que la sustancia que tenía en su poder el procesado tuviera un fin diferente al de su consumo, máxime cuando la presentación la misma no era indicativa de que tuviera un destino diferente al de su aprovisionamiento.
* Hizo referencia a diversos pronunciamientos de la SP de la CSJ, frente a los que refirió que eran de obligatorio cumplimiento.
* Transcribió el artículo 1 de la Ley 1566 de 2012 e hizo referencia a las funciones de la pena.
* Teniendo en cuenta el contenido el artículo 11 CP, se puede afirmar que el acusado no lesionó el bien jurídico de la salud pública, pues el monto de la sustancia incautada no desvirtúa su condición de adicto a los alcaloides, ni aquel es indicativo de que el destino de ese material era para la distribución.
* Atendiendo lo establecido por la SP de la CSJ en providencia radicada 43725 del 15 de marzo de 2017, la FGN tiene la obligación de probar que el estupefaciente decomisado no era para el propio consumo del procesado.
* Solicita que se revoque la decisión de primer nivel, teniendo en cuenta el concepto emitido por la delegada del Ministerio Público, y en consecuencia se absuelva al señor AFTN.

5.2 FGN (No recurrente)

* En el presente asunto no existe ningún EMP que permita inferir que la cantidad de sustancia estupefaciente que fue hallada en poder del acusado era para su propio consumo. En ese sentido obra el testimonio de la progenitora del señor AFTN quien informó que su hijo era adicto a los alucinógenos, que era habitante de la calle y que permanecía en el sector del Viaducto donde consumía sustancias estupefacientes, lo cual motivó a la juez de conocimiento a reconocer la situación de marginalidad a favor del encartado. Sin embargo, esa situación no puede ser ajena al hecho de que el procesado portaba 426.1 gramos de marihuana, los cuales equivalen a más de 20 dosis personales permitidas.
* No son aceptables los argumentos de la defensa en los que indica que tanto la SP de la CSP como esta Colegiatura, han dado vía libre en sus decisiones para que aquel que es consumidor de sustancias estupefacientes porte cualquier cantidad de alcaloides, ya que lo cierto es que quien es adicto a los alucinógenos puede llevar consigo la cantidad de estupefaciente para satisfacer su consumo. Sin embargo, en el asunto de la referencia no se cuenta con un soporte médico o científico que permita inferir que el acusado requiere de 421.1 (sic) gramos de marihuana para su consumo personal.
* Solicita que se confirme la sentencia de primera instancia.

**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 artículo 381 C.P.P. para poder proferir una sentencia condenatoria en contra del señor AFTN…, por el delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de “llevar consigo”.

6.3 En el caso *sub examen,* el señor AFTN fue condenado por el Juzgado 4º Penal del Circuito de esta ciudad a la pena de 10 meses y 20 días de prisión y multa de 0.33 smlmv, por considerar que era responsable de la violación del artículo 376 del CP, en la modalidad de “llevar consigo” la cantidad de 426.1 gramos de una sustancia que fue identificada como positiva para cannabis sativa o marihuana y sus derivados.

6.4 En el presente asunto no existe duda ni fue controvertido el hecho de que la sustancia estupefaciente en comento fue hallada en poder del acusado, mientras este transitaba por el sector que queda debajo del Viaducto César Gaviria Trujillo de esta ciudad. En ese sentido se debe establecer lo siguiente:

6.4.1 El material incautado al acusado fue analizado inicialmente por el señor Luis Fernando Reyes Molina quien en su calidad de perito de PIPH de la Sijin, en su informe (fl 15 y 16), y en su declaración estableció que el estupefaciente sometido al análisis correspondía a cannabis sativa o marihuana y sus derivados, con un peso neto de 426.1 gramos.

6.4.2 La información correspondiente al tipo de narcótico decomisado AFTB fue corroborada por la perito en química Ana María Sepúlveda Calvo adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien refirió que con el examen complementario realizado a dicho EMP, se pudo establecer que en la muestra vegetal estudiada encontró presencia de cannaabinoides (fl. 18 y 19).

6.5 Ahora bien, como el motivo de censura formulado por la defensa del encartado gira en torno a la antijuridicidad de la conducta atribuida al señor AFTN en consideración a que este es una persona que aparentemente es adicta a las sustancias ilícitas, se debe realizar un análisis de la prueba allegada al juicio con el fin de determinar si le asiste razón a la recurrente y por lo tanto resulta viable revocar el fallo de primer grado y en consecuencia absolver al procesado.

6.5.1 El patrullero Andrés Felipe Vásquez Monsalve quien fue uno de los miembros de la Policía Nacional que intervino en el proceso de captura del encartado expuso lo siguiente: i) para el día de los hechos laboraba en el CAI “La Libertad”, como integrante de la vigilancia en el sector centro, cuadrante 8 que abarca desde el puente del Viaducto hasta el centro comercial Ciudad Victoria; ii) no recordaba con exactitud el día de los sucesos pero refirió que se encontraba realizando sus funciones en compañía del patrullero Duzán Luna, en la glorieta que está ubicada debajo del Viaducto, cuando se percataron de la presencia de un joven que llevaba un paquete de color negro quien al verlos se tornó nervioso, a quien detuvieron y le practicaron una requisa en la cual le encontraron 6 atados que contenían sustancia vegetal con características de marihuana; iii) el joven estaba solo transitando en ese sector y la sustancia la llevaba en la mano; iv) no recordó las prendas de vestir que portaba el procesado, pero lo describió como una persona joven, delgado, trigueño, que estaba bien organizado y usaba prendas deportivas, estaba aseado, y no tenía una presencia de ser un “indigente” o “habitante de calle”; v) al momento de la incautación de la sustancia el procesado firmó el acta respectiva y no realizó ninguna manifestación; vi) en el procedimiento de captura del procesado únicamente se incautó el paquete que contenía la sustancia estupefaciente, el retenido no portaba dinero, ni estaba vendiendo la sustancia; vi) el material decomisado se encontraba en 6 bolsas negras; vii) la persona que portaba la bolsa que contenía el estupefaciente no se opuso a la requisa y su captura fue consecuencia del hallazgo realizado; vii) al momento de su aprehensión el acusado suministró una dirección en el barrio Galán; y viii) AFTN tenía un estado de ánimo normal.

6.5.2 Por su parte la señora Victoria Patricia Noreña Arias, madre del procesado, informó lo siguiente: i) AFTN tiene 19 años de edad; ii) su hijo tenía una mala relación con su progenitor ya que este se lo llevó a la edad de 12 años por medio del ICBF, pero cuando tenía 14 años lo devolvió a su hogar donde se esforzaron en apoyarlo y en “sacarlo adelante”, ya que presentaba un cuadro de drogadicción, sin embargo no lo logró, por lo que AFTN se fue a vivir a la calle desde los 15 años; iii) su hijo ha intentado “ajuiciarse” pero sus esfuerzos no son suficientes ya que es consumidor constante de sustancias estupefacientes; iv) AFTN vivió una temporada con su abuela materna pero regresaba al consumo de las drogas; v) ha internado a su hijo en lugares de rehabilitación. Le ofrece alimentación cuando se acerca a su vivienda pero existen temporadas en las que se ausenta de su morada; vi) el acusado vive de manera permanente debajo del Viaducto y en la calle; vii) AFTN consume marihuana, más no vende estupefacientes. Desde los 12 años consume ese tipo de alcaloide; viii) en el año 2015 AFTN estuvo internado durante 3 días en la institución “Un Nuevo Amanecer”, pero huyó de ese lugar y cuando nuevamente tuvo contacto con él lo internaron en otro centro de rehabilitación ubicado en la carrera 4ª con calle 23 pero solo estuvo allí 15 días y se fue; ix) una vez estuvo en el sector del viaducto en compañía del progenitor de AFTN con el fin de buscar a su hijo quien se desaparecía por temporadas, y lo encontraron en ese puente, donde su descendiente salió de unos “rotos” que hay en la estructura; x) unos familiares que han visto a AFTN en la calle bajo influencia de sustancias estupefacientes le han enviado fotos a su celular, que son su consuelo para saber que su hijo “está bien”; xi) ha visto en muchas ocasiones a su hijo “trabado” pero no lo ha observado consumiendo sustancias estupefacientes; xii) conoce a su consanguíneo y sabe que no vende alucinógenos, máxime cuando la sustancia que le fue incautada el día de los hechos no estaba “arreglada” y era de un solo tipo; xiii) existió un período de 3 meses en los cuales el acusado estuvo “sano” e incluso se dedicó a vender perfumes y esto fue para la fecha de la cancelación de la audiencia, es decir desde más o menos en julio de 2018; y xiv) para el día 21 de noviembre del año 2017 que fue la fecha de retención de su hijo, este se encontraba en buenas condiciones de presentación y de aseo, ya que a veces se bañaba donde la abuela materna y la misma mantiene ropa limpia que le van dejando unos sobrinos de ellas y se la regala a AF para que él se cambie, por lo cual era posible que para el día de su aprehensión se hubiera aseado y cambiado sus prendas.

6.6.3 En este caso de lo manifestado por el patrullero Andrés Felipe Vásquez Monsalve se deduce claramente que el señor AFTN fue capturado una vez fue requerido para un registrado por parte de la autoridad policial al transitar por el sector del Viaducto con una bolsa en una actitud sospechosa, y que al ser examinado el elemento que llevaba en sus manos se pudo establecer que en el mismo habían unas bolsas plásticas que contenían una sustancia vegetal con características similares al estupefaciente marihuana.

6.6 En ese sentido hay que manifestar que en la audiencia preliminar se le formularon cargos a AFTN, por el *contra jus* de violación del artículo 376 del CP, en la modalidad de “llevar consigo”[[1]](#footnote-1) y que en el escrito de acusación se hizo referencia al mismo contexto fáctico[[2]](#footnote-2).

6.7 Como ya se advirtió, esta Sala se debe enfocar en el debate respecto de la antijuridicidad material de la conducta en el entendido que de conformidad con el criterio de la defensa la sustancia estupefaciente que le fue incautada al procesado estaba destinada a su propio consumo del procesado, por ser adicto a los alucinógenos.

6.8 Al respecto se debe establecer que de conformidad con los parámetros jurisprudenciales establecidos por la SP de la CSJ, a la FGN le asiste el deber 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, como sería la comercialización y/o distribución de las sustancias ilícitas, y que en consecuencia en aquellos eventos en los cuales el ente investigador no cumpla con esa carga probatoria, se debe proferir una sentencia absolutoria.

6.9 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.

6.10 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 Elkin Smith García Montilla y Óscar Antonio Grajales[[3]](#footnote-3), respectivamente, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, considera que si bien es cierto en el presente asunto la progenitora del acusado expuso en el juicio oral que su hijo era un consumidor habitual de marihuana desde muy temprana edad, esa manifestación no resulta suficiente para desvirtuar la antijuridicidad del comportamiento atribuido al procesado.

6.11 En ese sentido es preciso advertir que la cantidad de sustancia estupefaciente decomisada al señor AFTN, excedía en más de 20 veces los límites legales permitidos para la dosis personal de marihuana, ya que la misma arrojó un peso neto de 426.1 gramos, aunado al hecho de que la misma se encontraba contenida en 6 bolsas, lo que agregado al sector en el cual fue capturado (en la glorieta ubicada debajo del Viacucto César Gaviria Trujillo) el cual es reconocido públicamente como un sitio destinado no solo al uso y consumo sino también a la venta de alucinógenos, constituyen hechos que indican que ese material lo portaba el acusado con un propósito diferente al consumo personal o recreativo.

6.12 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 dependiente de ese material sicoactivo, como podría ser su historia clínica o de seguimiento realizado en las instituciones en las que presuntamente estuvo internado AFTN para su rehabilitación.

6. 13 Frente a este aspecto puntual, la SP de la CSJ mediante providencia con radicado 29183 del 18 de noviembre de 2008 ha expuesto 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)

A su vez en una reciente decisión CSJ SP del 6 de marzo de 2019, radicado 53137, donde se resolvió lo concerniente a un recurso de casación que se interpuso contra la sentencia proferida por esta Sala en el caso del señor Oscar de J. Ramírez Tabares, donde se revocó una sentencia absolutoria dictada por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de esa ciudad y se condenó al acusado como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, se expuso lo siguiente:

*4. Para resolver, la Corte debe hacer dos acotaciones importantes.*

*4.1. En primer lugar, recordar que, conforme a la evolución jurisprudencial en torno al delito previsto en el precepto 376 del Código Penal, para establecer si el actuar desplegado por el sujeto es punible, se hace necesario determinar si aquél tiene la condición de consumidor de estupefacientes o si su accionar está orientado a la venta o tráfico de los mismos, en tanto que solo en este último evento, con independencia del peso de la sustancia, la conducta es reprimida por el Estado. Por consiguiente, la realización del tipo penal no está atada a la cantidad del alcaloide sino a la verdadera intención del agente.*

*La postura de la Sala está perfilada con detalle en la sentencia CSJ SP9916-2017, rad. 44997, reiterada en CSJ SP497-2018, rad. 50512, así:*

*… 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…[[4]](#footnote-4).*

*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:*

1. *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.*
2. *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.*
3. *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.*

*(…)*

*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[[5]](#footnote-5), 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*[[6]](#footnote-6)*, 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.*

*Frente al punto, hay que recalcar que quien es consumidor habitual puede también realizar actos de narcotráfico o de distribución ilegal y su adicción no lo exonera de la responsabilidad penal por razón de estos últimos.*

*(...)*

*5.3. La casacionista reprueba al Tribunal porque, en su sentir, fracasó en la concreción del aludido verbo.*

*La Corte no evidencia la falencia, en la medida en que la mención que la magistratura hizo a la inflexión vender, tuvo como propósito esclarecer que ella no fue endilgada en la acusación y que como, en realidad, el procesado llevaba consigo o tenía a su alcance las ocho bolsas con el alcaloide, debía abordarse el estudio en punto de si eran para su consumo o para la venta.*

*5.4. Ahora bien, es verdad que Bados Zambrano no vio al enjuiciado comercializar el estupefaciente y que las partes dieron por cierto que éste era adicto, sin embargo, ello no impide inferir razonablemente, como lo hizo la colegiatura, que el delito se estructura porque el alcaloide era para la venta.*

*En efecto, el ad quem reconoció la condición de consumidor del acusado, pero, a partir de lo narrado por el policial y de las condiciones en que se produjo la captura, la cantidad de estupefaciente, la cualidad del envoltorio y la forma del hallazgo, infirió que no estaba destinada a su consumo personal, sino a la comercialización. (Subrayas ex texto)*

6.13 Con apoyo en estos razonamientos, la Sala considera que le asistió razón a la *A quo* al condenar al señor AFTN 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, por lo cual se impartirá confirmación a la decisión 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.

6.15 Finalmente deberá decirse que 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 7 de febrero de 2019, por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Risaralda), en la cual se declaró penalmente responsable al señor AFTN 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 5 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 2 [↑](#footnote-ref-2)
3. 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-3)
4. [cita inserta en texto trascrito] CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760. [↑](#footnote-ref-4)
5. [cita inserta en texto trascrito] Corte Constitucional, sentencia C-491 de 2012. [↑](#footnote-ref-5)
6. [cita inserta en texto trascrito] EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Derecho Penal – Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 517; GÜNTER STRATENWERTH, *Derecho Penal – Parte General*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, p. 171; EDMUND MEZGER, *Derecho Penal – Parte General, Madrid*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 135. [↑](#footnote-ref-6)