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 / PORTE DE CANTIDAD QUE EXCEDE EN CINCO LA DOSIS MÍNIMA / CARGA PROBATORIA DE LA DEFENSA / DEMOSTRAR LA CALIDAD DE CONSUMIDORA QUE ALEGA TIENE LA PERSONA PROCESADA.**

… hay que manifestar que en principio el argumento de la recurrente resulta sugestivo, ya que la a FGN le comunicó cargos a la procesada por el delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de “llevar consigo”, 98.9 gramos de marihuana y de las circunstancias en que se produjo su captura no se deduce en principio que estuviera realizando actos de comercio de ese material.

Sin embargo, esta Colegiatura debe advertir que si bien es cierto la defensora de la acusada la defensa argumentó que la señora LACM era consumidora de estupefaciente, no resultaba suficiente esa manifestación para desvirtuar la antijuridicidad del comportamiento que se le atribuyó, puesto que no existe ningún elemento de prueba que permita llegar a esa conclusión.

Sobre el tema hay que lo afirmado resulta conforme con lo manifestado por esta Colegiatura en las decisiones correspondientes a los procesos radicados 66001 60 00 035 2017 00736 01 y 66001 60 00 035 2016 04559 01…, respectivamente, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes ya que no se aportó al juicio ninguna evidencia que indicara que la acusada fuera consumidora de esa sustancia estupefaciente o que hubiera estado en tratamiento por esa razón, ya que pese a haberse ordenado en la audiencia preparatoria el testimonio del señor Hugo Ramírez, como investigador de la defensa, en el juicio no se practicó esa prueba…

Sumado a lo anterior, y conforme a lo señalado por el a quo, la cantidad de sustancia estupefaciente decomisada a LACM no fue insignificante como lo considera su defensora, ya que era equivalente a casi cinco dosis personales de marihuana, lo que agregado al lugar en el cual fue capturada la señora CM, constituyen hechos indicantes de que portaba la marihuana con fines diferentes al consumo personal o recreativo. (…)

… la Sala considera que le asistió razón al a quo al condenar a la señora LACM como responsable del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, ya que no se acreditaron los supuestos fácticos para despojar de antijuridicidad la conducta investigada, en la medida en que no existe evidencia sobre la condición de consumidora de estupefacientes de la procesada, ni tampoco que fuera habitante de la calle y que por ende estuviera en alguna de las condiciones referidas en el artículo 56 del CP, ya que en el escrito de acusación se expuso que laboraba como “operaria de máquina de planta”…

**ACLARACIÓN DE VOTO: DOCTOR JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

… me permito hacer la siguiente aclaración de voto respecto de un tema que no hace parte de la decisión adoptada en segunda instancia en el presente caso, pero que fue observada en lo relativo a un asunto puntual relacionado con el estado de privación de la libertad de la señora LACM, que versa sobre la misma situación que fue examinada con aclaraciones de voto en la decisión que se adoptó en el caso del señor José Noel Ramírez Parra, en el cual con ponencia del Magistrado Manuel Yarzagaray Bandera se confirmó la sentencia de primera instancia, para lo cual se puso de presente que en ese proceso no se le había impuesto medida de aseguramiento al señor Ramírez, cuya detención fue ordenada al anunciarse el sentido del fallo, lo que se consideró contrario al precedente contenido en la sentencia C-342 de 2017 de la Corte Constitucional. (…)

Considero que un correcto entendimiento del precedente C-342 de 2017 de la Corte Constitucional, es que con prescindencia de que se haya impuesto medida de aseguramiento al procesado, en los casos en que se impone una pena que no permite la concesión de ningún subrogado…, es posible diferir la captura hasta la ejecutoria de la decisión, bien sea en el anuncio del sentido del fallo o cuando se trate de la primera sentencia condenatoria dictada en el proceso…

**ACLARACIÓN DE VOTO: DOCTOR MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Pese a que comparto la decisión de fondo tomada por la Colegiatura en el presente asunto, de igual manera existen una serie de plausibles razones que han incidido en la necesidad de aclarar mi voto como consecuencia de lo acontecido con la privación de la libertad de la Procesada LACM, la cual en mi sentir es irregular, lo que ameritaba que en el fallo de 2ª instancia a la Procesada de marras se le debió restablecer dicho derecho a la mayor brevedad posible.

Es de anotar que en el devenir del proceso la encausada se encontraba disfrutando del derecho a la libertad en atención a que la Fiscalía en las audiencias preliminares, celebradas el 1º de marzo de 2.015, se abstuvo de solicitarle al Juzgado de Control de Garantías que procediera a definirle la situación jurídica con medida de aseguramiento. Pero posteriormente… el Juzgado Cognoscente procedió a librar las correspondientes órdenes de captura en su contra, las cuales se hicieron efectivas el 9 de octubre de 2.017.

Frente a lo anterior, el suscrito es de la opinión consistente en que para la época en la cual se ordenó la captura de la encausada, o sea el 5 de mayo de 2.016, dicha decisión se podría considerar como acertada porque se encontraba en congruencia con lo reglado en el artículo 450 C.P.P. y de lo que en tal sentido había dicho la Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia…

Pero de igual manera no se puede ignorar que a partir del 24 de mayo de 2.017 dicha línea de pensamiento fue revalidada drásticamente como consecuencia de lo resuelto y decidido por la Corte Constitucional en la Sentencia # C-342/17, de cuyo contenido se entiende que se invirtió esa regla, por cuanto la privación de la libertad era la excepción, siendo entonces la regla general la consistente en que el declarado penalmente responsable debía seguir en libertad.

**ACLARACIÓN DE VOTO: DOCTOR JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

… el tema objeto de esta aclaración de voto hace relación con una situación no mencionada en el recurso de apelación, es decir, se trata de un análisis oficioso por parte de esta Corporación y que toca única y exclusivamente con la privación de la libertad de la justiciable a raíz de la orden de aprehensión emitida en el fallo de primer grado, pero sin que en momento alguno tenga relación directa con el tema central de la responsabilidad penal y ni siquiera con la negación o concesión de los subrogados y sustitutos…

La posición asumida por el magistrado disidente, MANUEL YARZAGARAY, pretende que TODOS LOS CASOS en los cuales no se decretó medida de aseguramiento lo que procede es la no expedición de la orden de captura; pero además, que si a raíz de esa orden de captura se sobrevino la detención del procesado, entonces lo que procede es INDEFECTIBLEMENTE su liberación provisional hasta que la sentencia quede en firme. Afirmación que a mi modo de ver, respetuosamente, no está acorde con el real pensamiento de la Corte Constitucional.

Así las cosas, las fallas que contiene la posición del magistrado disidente se pueden concretar de la siguiente manera: (i) no es verdad que de conformidad con el fallo de constitucionalidad citado, el mero hecho de no haberse proferido medida de aseguramiento sirva como razón suficiente para la no emisión de la orden de captura al momento de emitirse el sentido del fallo; (ii) tampoco es cierto que la Corte Constitucional haya acogido de plano el contenido del artículo 188 de la Ley 600/00, antes al contrario, declaró exequible el artículo 450 de la Ley 906/…; y, finalmente (iii) no es verdad que los dos asuntos que se comparan sean idénticos, porque como se pasará a explicar, en el caso anterior que analizó este Tribunal la funcionaria de primera instancia emitió una orden de captura con fundamento en una jurisprudencia que ya no estaba vigente, y desconoció las exigencias de motivación requeridas en la sentencia C-342/17 (esa orden había sido emitida el 03 de octubre de 2018); en cambio, en el caso que ahora concentra nuestra atención, la juzgadora dictó la orden de captura ANTES del citado fallo de constitucional…

**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. 645 del veintidós (22) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Pereira, veintiséis (26) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 8:49 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 60 00 058 2015 00054 01 |
| Accionante | LACM |
| 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 5 de mayo de 2016. |

**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 a la señora LACM 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:

*“El día 28 de febrero del año en curso, a las 12:50 horas, en el momento que los señores PT JUAN OSORIO y PT FABIÁN ESCOBAR se encontraban en la patrulla Cobra 1 realizando labores de patrullaje, requisa y solicitud de antecedentes por el sector de los puentes de la carrera 10 con calle 10, centro de Pereira, observan a una señora, que viste un vestido azul, quien al notar la presencia policial se torna nerviosa, por tal motivo le solicitan que muestre lo que contenía la bolsa plástica negra que llevaba consigo, voluntariamente accede, su interior contenía una sustancia vegetal color verdosa, seca y con características similares al estupefaciente marihuana; inmediatamente es capturada, se le dan a conocer los derechos que le asusten como persona capturada, de igual manera se le pregunta su nombre a lo cual manifestó llamarse LACM, identificada con cédula de ciudadanía número 42.107.989 de Pereira, pero no presenta documento, posteriormente es trasladada a las instalaciones de la fiscalía URI para su respectiva judicialización.*

*Al realizarse la prueba de PIPH para identificación de sustancias estupefacientes hallada a la señora LACM, arrojó positivo para CANABIS Y SUS DERIVADOS con un peso neto de NOVENTA Y OCHO PUNTO NUEVE gramos (98.9 gramos).”*

2.2 El 1 de marzo de 2015 ante el Juzgado Único Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Santuario (Risaralda) en unidad judicial, se adelantaron las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación y de medida de aseguramiento. La F.G.N. le imputó a la señora LACM 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”. La señora LACM guardó silencio (fl. 7).

2.3 El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira asumió el conocimiento de la presente causa. La audiencia de formulación de acusación se llevó a cabo el 23 de julio de 2015 (fl. 9). La audiencia preparatoria se celebró el 14 de septiembre de 2015 (fl. 10-11). El juicio oral tuvo lugar el 8 de abril de 2016 (fls. 14-15). La sentencia fue proferida el 5 de mayo de 2016 (fls. 28-34).

2.4 La defensa de la procesada apeló el fallo de primer nivel.

**3. IDENTIFICACIÓN**

Se trata de LACM, identificada con cédula de ciudadanía Nro. 42.107.989 expedida en Pereira (Risaralda) ciudad donde nació el 11 de agosto de 1973, hija de Miriam Marín y Manuel LACM, grado de instrucción bachiller, ocupación operaria de máquina plana (fls. 19-20).

**4. FUNDAMENTOS DEL FALLO**

(Síntesis)

* Las pruebas presentadas por la FGN, demostraron que la acusada fue sorprendida en el momento que ejecutaba una conducta contraria a la ley, lo que no se controvirtió en el juicio, consistente en el porte de sustancias alucinógenas (marihuana) en cantidad que excedió la dosis para uso individual.
* La defensora argumentó que aunque se presentó ese comportamiento, se debía analizar la condición de consumidora de drogas de la acusada para que fuera absuelta por el cargo formulado, con base en pronunciamientos recientes de la SP de la CSJ, o que en su defecto, por ser “ habitante de la calle” se le reconociera su condición de marginalidad, sin que hubieran sido probadas ninguna de esas situaciones ya que al no obrar ninguna prueba que indicara que la procesada era consumidora de estupefacientes, no resultaba posible hablar de la falta de lesión o puesta en riesgo del bien jurídicamente tutelado, porque la cantidad de sustancia que la incautaron no fue irrisoria como lo afirmaba su representante, puesto que se trataba de 98.9 gramos de marihuana, equivalentes casi al total de cinco dosis personales de esa sustancia .
* No hay lugar a reconocer la condición de marginalidad de la procesada, ya que el agente que la aprehendió dijo que no tenía aspecto de indigente y por el contrario se veía limpia y bien organizada. Además no obraba prueba de que careciera de arraigo, fuera habitante de calle o viviera en condiciones de extrema pobreza.
* La conducta de la acusada se adecuaba a la norma de prohibición contenida en el artículo 376 del CP. Era antijurídica porque se afectó el bien jurídico de la salud pública, sin ninguna circunstancia de justificación, al portar un material controlado en cantidad que excedió la dosis para uso individual. El acto fue realizado con culpabilidad por comportar los elementos cognitivo y volitivo del dolo, en lo relativo al conocimiento de la prohibición de portar esa clase de sustancias superando la dosis para uso individual, máxime si la acusada ya había sido sentenciada por comportamientos similares como lo expuso su defensora en sus alegatos de conclusión.
* En consecuencia se dictó sentencia contra la procesada como responsable de la violación del artículo 376 del CP y se le impuso una pena de pena de 64 meses de prisión y multa de 2 SMLMV.

**5. DEL RECURSO INTERPUESTO**

* 1. **Defensora de la procesada (Recurrente)**
* Acepta lo relativo a la existencia de la conducta punible atribuida a su representada.
* No se presenta la misma situación la responsabilidad de la acusada ya que sustentó su pedimento de absolución en lo establecido por la Ley 1566 de 2012, en la cual se dictaron normas para garantizar la atención integral a personas que consumen sustancias psicoactivas, una sentencia de la SP de la CSJ del 9 de Marzo de 2016 y otras decisiones de esa corporación sobre el tema del consumo de estupefacientes.
* En el fallo de primera instancia no se hizo ninguna referencia a alguna prueba que le permitiera inferir a la juez de conocimiento que su representada llevaba la sustancia que le fue encontrada con un fin distinto al de su consumo, lo que debía probar la FGN.
* En el Sistema Penal Acusatorio la Defensa puede aportar pruebas al juicio, pero también es cierto que igualmente puede asumir una actitud pasiva en esa fase procesal, máxime cuando en los eventos de las personas que presentan cuadros de adicción, estas se desentienden del caso, como ocurrió en este evento donde no se pudo contactar a la señora LACM para hacer la gestión investigativa correspondiente a efectos de establecer su condición de consumidora de drogas o su estado de marginalidad, por lo cual no se le podía exigir a la defensa que probara hechos que no siquiera demostró la FGN, como el fin que animaba a la señora LACM para portar la marihuana.
* La acusada es una persona que se encuentra en condiciones especiales que la hacen merecedora de un trato especial, como lo dispone la Ley 1566 del 31 Julio de 2012 por la cual se dictan normas para garantizar la atención integral a personas que consumen sustancias psicoactivas y se reconoce que el abuso y adicción deben ser tratados como una enfermedad que requiere atención integral por parte del Estado.
* La procesada no se lesionó o puso en peligro el bien jurídico de la salud pública por el solo hecho de llevar consigo la insignificante cantidad 98.9 gramos de marihuana, ya por ser consumidora permanente de estupefacientes, se explicaba que llevara consigo una cantidad mayor a la dosis personal de ese material, lo que constituye un ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por la CP.
* Citó el precedente CSJ SP del 8 de julio del 2009 , radicado 31531 de la CSJ SP, sobre los conceptos de cantidad mínima de sustancia estupefaciente y dosis personal, para distinguir los actos de aprovisionamiento de las conductas de narcotráfico; la sentencia 42617 del 12 de noviembre del 2014, sobre el concepto de lesividad en materia de porte de estupefacientes e hizo referencia a la sentencia C- 221 de 1994 que despenalizó el el porte dosis personales de alucinógenos.
* Por lo tanto solicitó la revocatoria de la decisión de primera instancia, a efectos de que se absolviera a la procesada.

**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 de la señora LACM… por el delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de “llevar consigo”, por la cual fue condenada 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 98.9 gramos de una sustancia que fue identificada como positiva para cannabis sativa.

6.3 Como se expuso anteriormente, no se discute que los uniformados Juan Fernando Osorio y Fabián Escobar capturaron a la señora CM el 28 de febrero de 2015 por el sector de la carrera 10 con calle 10 de esta ciudad, cuando se encontraban realizando labores de patrullaje y observaron que esa ciudadana se puso nerviosa al observar la presencia policial, por lo que al ser requerida entregó voluntariamente una bolsa plástica negra que llevaba en su mano derecha la cual contenía una sustancia vegetal verdosa, seca y con características similares a estupefaciente marihuana

6.4 Tampoco se controvierte que en el informe de investigador de laboratorio se estableció que ese material era positivo para cannabis sativa con un peso neto de noventa y ocho punto nueve (98.9) gramos, conforme a las pruebas introducidas con los peritos Sebastián Giraldo Guerrero y Jaiber Osorio Grisales.

6.5 En este caso de lo manifestado por el agente Osorio se deduce claramente que la señora LACM fue capturada porque al observar la presencia policial se notó nerviosa y al ser requerida respecto del elemento que portaba en su mano, entregó voluntariamente al personal de la Policía Nacional una bolsa que contenía la sustancia vegetal verde con características de estupefaciente.

6.6. En ese sentido hay que manifestar que en la audiencia preliminar se le formularon cargos a LACM, 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 Ahora, de conformidad con el argumento de la censora, la Sala se centrará en el análisis de la responsabilidad de la procesada por la conducta sobre la cual versó la acusación, ya que la impugnante aduce que su representada era usuaria habitual de estupefacientes y que de acuerdo con los precedentes de la SP de la CSJ que invocó, a la FGN le asistía la carga probatoria de acreditar que la señora LACM transportaba la marihuana que le fue requisada con un propósito diferente al de proveer a su consumo individual y al no haberlo hecho se debió haber proferido una sentencia absolutoria.

6.8 En ese orden de ideas hay que manifestar que en principio el argumento de la recurrente resulta sugestivo, ya que la a FGN le comunicó cargos a la procesada por el delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de “llevar consigo”, 98.9 gramos de marihuana y de las circunstancias en que se produjo su captura no se deduce en principio que estuviera realizando actos de comercio de ese material.

6.9 Sin embargo, esta Colegiatura, debe advertir que si bien es cierto la defensora de la acusada la defensa argumentó que la señora LACM era consumidora de estupefaciente, no resultaba suficiente esa manifestación para desvirtuar la antijuridicidad del comportamiento que se le atribuyó, puesto que no existe ningún elemento de prueba que permita llegar a esa conclusión.

6.10. Sobre el tema hay que lo afirmado resulta conforme con lo manifestado por esta Colegiatura en las decisiones correspondientes a 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[[3]](#footnote-3) y Óscar Antonio Grajales[[4]](#footnote-4), respectivamente, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes ya que no se aportó al juicio ninguna evidencia que indicara que la acusada fuera consumidora de esa sustancia estupefaciente o que hubiera estado en tratamiento por esa razón, ya que pese a haberse ordenado en la audiencia preparatoria el testimonio del señor Hugo Ramírez, como investigador de la defensa[[5]](#footnote-5), en el juicio no se practicó esa prueba que se infiere estaba encaminada a demostrar el estado de adicción de la procesada o su estado de marginalidad, según lo que sostuvo su representante en el recurso propuesto.

6.11. Sumado a lo anterior, y conforme a lo señalado por el *a quo*, la cantidad de sustancia estupefaciente decomisada a LACM no fue insignificante como lo considera su defensora, ya que era equivalente a casi cinco dosis personales de marihuana, lo que agregado al lugar en el cual fue capturada la señora CM, constituyen hechos indicantes de que portaba la marihuana con fines diferentes 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 adicción de la procesada 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 la incriminada era adicta a esa sustancia.

6.12.1 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.” .*(Subrayado fuera de texto)

6.12.3 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 una determinación de 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…[[6]](#footnote-6).*

*Llegados a este punto, debe destacarse que la evolución del tema relacionado con el porte de estupefacientes –alusivo al verbo rector llevar consigo-, ha consolidado las siguientes tesis:*

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[[7]](#footnote-7), 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[[8]](#footnote-8), 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 Como consecuencia de lo anterior, la Sala considera que le asistió razón al *a quo* al condenar a la señora LACM como responsable del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, ya que no se acreditaron los supuestos fácticos para despojar de antijuridicidad la conducta investigada, en la medida en que no existe evidencia sobre la condición de consumidora de estupefacientes de la procesada, ni tampoco que fuera habitante de la calle y que por ende estuviera en alguna de las condiciones referidas en el artículo 56 del CP, ya que en el escrito de acusación se expuso que laboraba como “operaria de máquina de planta” [[9]](#footnote-9) y que residía en la calle 22 No. 22 A 08, barrio “Aurora Alta” de Dosquebradas según datos de su reseña efectuada el día de su aprehensión que fue el 28 de febrero de 2015[[10]](#footnote-10),que fue la misma dirección que suministró en el acta de incautación del material sicoactivo que portaba[[11]](#footnote-11).

Por lo tanto se confirmará la sentencia recurrida en lo que fue objeto de impugnación, al considerarse que en el caso sub lite se reunían los requisitos del artículo 381 de CPP para dictar una sentencia de condena contra la acusada.

6. 14 Finalmente debe decirse que en aplicación del principio de limitación de la segunda instancia, esta colegiatura no hará ningún pronunciamiento sobre la pena impuesta a la procesada, 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 TS de Pereira, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la Ley

**RESUELVE:**

**PRIMERO : CONFIRMAR** la sentencia dictada el 5 de mayo de 2016, por el Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira en la cual se condenó a la señora LACM, como responsable de la conducta de violación del artículo 376 del CP, en lo que fue objeto de impugnación.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

(Con aclaración de voto)

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

(Con aclaración de voto)

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

(Con aclaración de voto)

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Con el debido respeto por los criterios de mis compañeros de Sala, me permito hacer la siguiente aclaración de voto respecto de un tema que no hace parte de la decisión adoptada en segunda instancia en el presente caso, pero que fue observada en lo relativo a un asunto puntual relacionado con el estado de privación de la libertad de la señora LACM, que versa sobre la misma situación que fue examinada con aclaraciones de voto en la decisión que se adoptó en el caso del señor José Noel Ramírez Parra, en el cual con ponencia del Magistrado Manuel Yarzagaray Bandera se confirmó la sentencia de primera instancia, para lo cual se puso de presente que en ese proceso no se le había impuesto medida de aseguramiento al señor Ramírez, cuya detención fue ordenada al anunciarse el sentido del fallo, lo que se consideró contrario al precedente contenido en la sentencia C-342 de 2017 de la Corte Constitucional.

1. El primer inciso del artículo 450 del CPP dispone que “*Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia.*

*Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librará inmediatamente la orden de encarcelamiento”.*

2. Inicialmente hay que manifestar que en la jurisprudencia pertinente sobre el tema CSJ SP del 30 enero de 2008 radicado 28918 se dijo que en los casos en que la condena conllevaba la imposición de una pena privativa de la libertad cuya ejecución no tenía por qué ser suspendida, la regla general era la captura inmediata del procesado y de que solo de manera excepcional se podía diferir ese ordenamiento.

3. Considero que un correcto entendimiento del precedente C-342 de 2017 de la Corte Constitucional, es que con prescindencia de que se haya impuesto medida de aseguramiento al procesado, en los casos en que se impone una pena que no permite la concesión de ningún subrogado, bien sea porque su monto excede el límite objetivo del artículo 63 del C.P. o se trata de delitos con prohibición de subrogados (vgr. art 68 A CP. Ley 1121 de 2006, articulo 199 C.I.A, personas con antecedentes penales en los 5 años anteriores etc.), es posible diferir la captura hasta la ejecutoria de la decisión, bien sea en el anuncio del sentido del fallo o cuando se trate de la primera sentencia condenatoria dictada en el proceso, atendiendo los mismos factores analizados en CSJ SP del 30 de enero de 2008 radicado 28918 que radican esencialmente en la conducta procesal del incriminado, como: i) su comparecencia al proceso; ii) el hecho de no haber obstaculizado las notificaciones ; iii) no haberse valido de maniobras dilatorias en la actuación; y iv) el examen de las razones que justificaban su detención preventiva, análisis que ahora debe hacerse de manera diversa, para suspender la orden de captura, es decir que a diferencia de una parte del precedente citado, donde se dijo que la regla general era la detención inmediata una vez anunciado el sentido del fallo, ahora puede hacerse uso del examen de esos mismos factores para sustentar por qué razón no se hace efectiva la aprehensión de manera coetánea al anuncio del sentido del fallo condenatorio.

4. Esta solución fue la adoptada por esta Sala, dentro del proceso adelantado contra Luis Gonzaga Marín Duque y otros por la conducta de lesiones personales, donde se sentenció al señor Duque como responsable de ese acto y se le negaron los subrogados de la condena condicional y la prisión domiciliaria. En ese proveído se dijo lo siguiente:

“(...) *9.2 En atención a las consideraciones antes mencionadas debe decirse que en este evento no podrían aducirse las razones mencionadas en el artículo 308 del CPP, que se relacionan con la imposición de una medida de aseguramiento, para ordenar la captura inmediata del procesado, quien se encuentra en libertad, ya que los supuestos de esa norma están relacionados con situaciones previstas en los numerales 1º a 3º de esa norma así : 1. “ Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia 2. Que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima “3. Que resulte probable que el imputado no comparezca al proceso o que no cumplirá la sentencia”.*

*9.3 En ese orden de ideas como en el precedente citado se reafirma el carácter excepcional de la privación de la libertad, debe evaluarse una circunstancia puntual como la comparecencia del señor Marín Duque a las diversas audiencias del proceso, por lo cual siguiendo los términos de la sentencia C-342 de 2017, al evaluar: “...todas las circunstancias relacionadas con el caso y la conducta desarrollada por el acusado, velando por la integridad de sus derechos fundamentales y la vigencia del principio pro libertate”, se considera que en el presente caso no resulta indispensable ordenar de manera inmediata la privación de la libertad del incriminado, la cual tiene carácter excepcional según el precedente mencionado, por lo cual su eventual detención a efectos de que descuente la pena impuesta, solo se hará efectiva al cobrar ejecutoria la presente decisión. En consecuencia la orden de captura para que el señor Luis Gonzaga Marín Duque cumpla la pena impuesta, solo se expedirá una vez adquiera firmeza esta decisión...”.*

Como se advierte, el supuesto de hecho de la anterior determinación fue la conducta procesal del señor Duque, de la cual se podía inferir que no era necesaria su privación inmediata de la libertad.

4.1 En el proceso adelantado contra María Rocío Salazar Penagos por la conducta de estafa, donde también se revocó la sentencia absolutoria de primera instancia, se adoptó una determinación similar.

5. En reciente decisión de esta Colegiatura del 16 de julio de 2019 adoptada dentro del proceso tramitado contra Luz Adriana López Vallejo y con ponencia del Magistrado Jorge Arturo Castaño Duque, se consideró que en el caso de la señora López y pese a confirmarse el fallo de primera instancia, era más aconsejable suspender la captura de la procesada que había sido ordenada por el *A quo,* para lo cual se tuvo en cuenta la sentencia C- 342 de 2017 ya que: i) a la acusada no se le había impuesto medida de aseguramiento por lo cual había permanecido en libertad a lo largo de la actuación; ii) la sentenciada no presentaba antecedentes penales; y iii) había hecho presencia en todas las etapas del proceso. Por lo tanto se dispuso que por esas circunstancias singulares, esa orden de privación de la libertad solamente se haría efectiva una vez cobrara firmeza la sentencia de segunda instancia.

6. Este Magistrado compartió ese criterio, pero considera que es posible reexaminarlo, con los siguientes correctivos:

6.1 Es factible suspender la orden de captura para ejecutar una pena que no comporta ningún subrogado en los casos en que se impone una primera sentencia condenatoria en segunda instancia, ya que en cuando presenta esa situación, no hay anuncio del sentido del fallo.

6.2 En los demás eventos, es decir en primera instancia es posible distinguir a futuro en qué casos resulta viable y cumpliendo el requisito de la debida motivación, ordenar la captura inmediata del incriminado para ejecutar la sentencia o en su defecto diferir esa orden examinando los criterios contenidos en las consideraciones del precedente CSJ SP del 30 de 2008, radicado 28918.

6.3 Sin embargo la decisión de posponer los efectos de la pena impuesta debe partir de la base de que el procesado no tiene derecho a ningún subrogado y en consecuencia lo que se difiere es la ejecución de la sentencia, con base en las consideraciones del auto del 30 de enero de 2008 radicado 28918. A su vez, se debe tener en cuenta que esa decisión no se puede sustentar en el artículo 188 de la ley 600 de 2000, como se dijo en la sentencia C- 342 de 2017 así: *“La fórmula dispuesta por el artículo 450 demandado es distinta a la que sobre el mismo tema traía el artículo 188 de la ley 600 de 2000, conforme al cual, tan solo resultaba posible la captura del condenado hasta la ejecutoria del fallo condenatorio”.*

7. Ya en lo que concierne a la situación de la señora LACM, se debe manifestar que en su caso la actuación de la juez de primer grado resultó conforme a las consideraciones de la sentencia C- 342 de 2017, y al primer inciso del artículo 450 del CPP, el cual dispone que “*Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia”* (subrayas ex texto )

7.1 Se afirma lo anterior porque la juez de conocimiento no ordenó la privación de la libertad de la señora LACM al anunciar el sentido del fallo que se hizo el 8 de abril de 2016[[12]](#footnote-12), sino que hizo ese ordenamiento en la sentencia que dictó el 5 de mayo de 2016, que fue la misma fecha en que se libró la orden de captura de la procesada[[13]](#footnote-13) por lo cual se puede afirmar que esta es una razón adicional para no suspender en este caso el estado de privación de la libertad de la procesada LACM, que en su caso no opera por virtud de una decisión adoptada con base en el primer inciso del artículo 450 del CPP, sino como consecuencia de la sentencia que se dictó en su contra por un delito que no permitía la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, al no cumplirse el factor objetivo del artículo 63 del CP y existir prohibición expresa para conceder subrogados penales por la naturaleza de la conducta según el artículo 68A del CP.

8. Por lo tanto considero que en casos como el presente donde se no se dispuso la aprehensión de la procesada al comunicarse el anuncio del sentido del fallo, sino que se hizo ese ordenamiento en la sentencia de primer grado, no es posible crear una nueva causal de suspensión de la ejecución de la pena con el pretexto de que en el proceso no se le impuso medida de aseguramiento a la inculpada, ni menos concederle “libertad provisional”, porque se debe recordar que las medidas de aseguramiento van hasta el anuncio del sentido del fallo y de ahí en adelante es que empieza la fase de descuento de pena, asunto que ya fue dilucidado por la SP de la CSJ, por lo cual la ejecución de la sentencia no se puede interrumpir mientras adquiere firmeza el fallo.

Además debe tenerse en cuenta que como en el precedente C-342 de 2007, reafirmó el principio de que las sentencias no son revocables por el juez que las pronunció, solo procedería como remedio procesal la declaratoria de nulidad de la actuación, lo que implicaría no ordenar la suspensión de una pena que ya se está descontando, sino dejar sin efecto, si es del caso, la actuación surtida a partir del anuncio del sentido del fallo para que se haga el respectivo pronunciamiento en los términos de la sentencia de constitucionalidad referida.

9. Por lo tanto no se puede afirmar que la señora LACM actualmente se encuentre privada de su libertad de manera ilegal, ya que esa situación se presenta como consecuencia de una sentencia impuesta en primera instancia, donde se le impuso una pena que no permite la concesión de ningún subrogado, porque: i) excede el límite objetivo del artículo 63 del CP; ii) existe prohibición expresa de otorgar ese tipo de beneficios, según lo dispuesto en el artículo 199-4 del CIA, por lo cual en ningún momento se está vulnerando la garantía establecida en el artículo 28 de la Constitución de 1991 y iii) su caso no se regula por lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 600 de 2000, lo que se desprende de las consideraciones de la sentencia C- 342 de 2017 de la Corte Constitucional que es posterior a la decisión adoptada en primera instancia en el presente proceso, por lo cual la actuación de la juez de conocimiento se adecuó a lo dispuesto en el artículo 450 de la Leu 906 de 2004.

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Pese a que comparto la decisión de fondo tomada por la Colegiatura en el presente asunto, de igual manera existen una serie de plausibles razones que han incidido en la necesidad de aclarar mi voto como consecuencia de lo acontecido con la privación de la libertad de la Procesada LACM, la cual en mi sentir es irregular, lo que ameritaba que en el fallo de 2ª instancia a la Procesada de marras se le debió restablecer dicho derecho a la mayor brevedad posible.

Es de anotar que en el devenir del proceso la encausada se encontraba disfrutando del derecho a la libertad en atención a que la Fiscalía en las audiencias preliminares, celebradas el 1º de marzo de 2.015, se abstuvo de solicitarle al Juzgado de Control de Garantías que procediera a definirle la situación jurídica con medida de aseguramiento. Pero posteriormente, cuando se profirió el fallo el 5 de mayo de 2.016, como consecuencia de la declaratoria del compromiso penal enrostrado a la acusada, a quien no le reconoció el disfrute de subrogados ni de sustitutos penales, el Juzgado Cognoscente procedió a librar las correspondientes órdenes de captura en su contra, las cuales se hicieron efectivas el 9 de octubre de 2.017.

Frente a lo anterior, el suscrito es de la opinión consistente en que para la época en la cual se ordenó la captura de la encausada, o sea el 5 de mayo de 2.016, dicha decisión se podría considerar como acertada porque se encontraba en congruencia con lo reglado en el artículo 450 C.P.P. y de lo que en tal sentido había dicho la Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia[[14]](#footnote-14), Alto Tribunal este que era de la opinión consistente en que por regla general los Jueces, al momento del anuncio del sentido del fallo, siempre y cuando este vaya a ser de carácter condenatorio, sumado con la no concesión de subrogados en favor del acusado, debían ordenar la inmediata captura de los Procesados que se encontraban en libertad.

Pero de igual manera no se puede ignorar que a partir del 24 de mayo de 2.017 dicha línea de pensamiento fue revalidada drásticamente como consecuencia de lo resuelto y decidido por la Corte Constitucional en la Sentencia # C-342/17, de cuyo contenido se entiende que se invirtió esa regla, por cuanto la privación de la libertad era la excepción, siendo entonces la regla general la consistente en que el declarado penalmente responsable debía seguir en libertad.

En tal sentido la Corte Constitucional dijo lo siguiente:

**“No obstante encuentra la Sala, que la interpretación de acuerdo con la cual, la norma demandada contiene un mandato que impone la privación de la libertad, cuando se anuncia la condena de un procesado a pena privativa de la libertad y se le niegan subrogados o penas sustitutivas, resulta contraria a la Constitución y las garantías del debido proceso, en tanto que invierte la comprensión constitucional del derecho fundamental a la libertad personal, al establecer como regla general el encarcelamiento y como excepción la libertad personal.**

(:::)

Reitera finalmente la Corte, que el juez de conocimiento al momento de dictar el sentido de fallo y tomar decisiones alrededor de la libertad del acusado, está en la obligación de evaluar todas las circunstancias relacionadas con el caso y la conducta del mismo, velando por la integridad de sus derechos fundamentales y la vigencia del principio pro libertate. Adicionalmente debe considerar, que la privación de la libertad es excepcional y que más aún debe serlo la privación de la libertad intramural, por implicar un afectación más profunda de los derechos fundamentales….”[[15]](#footnote-15).

Lo antes expuesto, nos quiere decir, como ya se dijo en párrafos anteriores, que como consecuencia del principio de la afirmación de la libertad, la regla general es que la persona que se encuentra en libertad al momento del anuncio del sentido del fallo y del fallo mismo, debe continuar disfrutando de dicho derecho en caso que tal anuncio le sea adverso, y que solo de manera excepcional se puede ordenar la privación de su libertad, para lo cual el Juzgador de instancia, acorde con los postulados del principio de la proporcionalidad, le asistiría la carga argumentativa de exponer las razones de hecho como de derecho por las cuales considera que se deba contrariar las directrices de los principios *pro libertate* y *favor libertatis*, que tornaban como racional y necesaria la inmediata privación de la libertad del Procesado que para ese entonces se encontraba disfrutando de dicho derecho.

De igual manera en los eventos en los cuales el Procesado se encuentra disfrutando de la libertad, no se puede ignorar también entran en juego lo regulado en el artículo 188 de la Ley # 600 de 2.000[[16]](#footnote-16), aplicable a los procesos que se rigen bajo la egida de la Ley # 906 de 2.004, según los principios de coexistencia y de integración, los cuales, pregonan que es factible aplicar en ambos sentidos disposiciones de la ley 906 de 2.004 en procesos regidos por la ley 600 de 2.000 y viceversa, *«Ello, condicionado a que, además de la sucesión de leyes en el tiempo y el tránsito o coexistencia de las mismas, se cumplan los siguientes criterios: i) que las figuras jurídicas enfrentadas tengan regulación en las dos legislaciones; ii) que respecto de aquellas se prediquen similares presupuestos fáctico-procesales y iii) que con la aplicación beneficiosa de alguna de ellas no se resquebraje el sistema procesal dentro del cual se le da cabida al instituto favorable…»*[[17]](#footnote-17). Ellos nos indicaría que en aquellas hipótesis en las que el Procesado se encuentre disfrutando de la libertad, porque en su contra no se impuso ningún tipo de medidas de aseguramiento privativas de la libertad, y al momento de anunciarse el sentido del fallo, este sea de carácter condenatorio, sin el reconocimiento del derecho a disfrutar de subrogados y sustitutos penales, ya no sería factible ordenar su inmediata detención hasta tanto no se encuentre en firme la sentencia condenatoria.

Ahora, de aplicarse en debida forma lo anterior al caso en estudio, no existía duda alguna que a partir del momento en el que la Corte Constitucional emitió la aludida sentencia de constitucionalidad, la cual sobra decir que es de obligatorio cumplimiento[[18]](#footnote-18), la situación de privación de la libertad de la encausada LACM se tornó un tanto irregular en el evento que se le den efectos retroactivos a la sentencia de marras, lo que es factible si partimos de la base consistente en que los precedentes jurisprudenciales, por regla general, rigen hacia el futuro, pero al igual que lo ordenado por el principio de favorabilidad, de manera excepcional pueden tener efectos retroactivos en aquellos eventos en los que sean beneficiosos para los intereses de los Procesados, como lo ha hecho saber la Corte en los siguientes términos:

“Ahora bien, como en este asunto los falladores acogieron la tesis jurisprudencial vigente para ese momento, no puede afirmarse que se hubiera incurrido en yerro alguno y por tanto nada hay por corregir a pesar de la nueva postura jurisprudencial, pues siendo el precedente de obligatorio acatamiento, en la medida que debe entenderse como la ley interpretada para el caso concreto, sus efectos desfavorables solo pueden regir hacia el futuro, según se encuentra definido por el principio de favorabilidad en materia penal.

(:::)

Dada la importancia del precedente y, concretamente, equiparada la jurisprudencia al nivel de fuente del derecho, también resulta evidente que los principios que ilustran y guían la aplicación de la ley igualmente la deben seguir, por ejemplo, que la nueva posición jurisprudencial rige, como regla general, hacia el futuro sin efectos retroactivos.

O sea, que el ámbito de comprensión de la nueva tesis jurisprudencial es para casos ulteriores o por venir, lo cual, de manera general, excluye su aplicación retroactiva.

La imposibilidad de que se aplique la nueva jurisprudencia con efectos retroactivos, cuando comporta una situación o efecto nocivo o negativo para el procesado……”[[19]](#footnote-19).

De lo dicho hasta ahora, se puede concluir que de hacer una aplicación retroactiva de la aludida sentencia # C-342/17 proferida por la Corte Constitucional, se tornaba anómala con el ordenamiento jurídico el estado de privación de la libertad que aqueja a la Procesada LACM, lo que implicaba que tal situación irregular debía ser enmendada a la mayor brevedad posible por la Colegiatura, la cual no hizo nada al respecto.

Ahora bien, se podría decir que la decisión de que la Procesada LACM continuara privada de la libertad se justificaba y por ende se tornaba como necesaria por cuanto el delito por el cual se declaró su compromiso penal: el tráfico de estupefacientes, no era susceptible de la concesión de subrogados ni de sustitutos penales por encontrarse dentro del listado de reatos del artículo 68A para los cuales estaba prohibido el reconocimiento de dichos derechos, lo cual no puede ser de recibo por ser un simple y mero sofisma de distracción con el que falazmente se pretende desconocer que la Procesada se encontraba disfrutando de la libertad ya que como consecuencia de la actitud asumida por la Fiscalía no se le definió la situación jurídica con ninguna medida de aseguramiento, y que por tanto ese derecho se le debe restablecer a partir del momento en el que dicha privación de la libertad se tornó en irregular o anómala.

Tal situación implicaría que dichas prohibiciones solo serían procedentes luego de que a la Procesada se le hayan restablecido sus derechos, como bien lo pregona el principio del restablecimiento del derecho, lo cual, no sobra decir, no ha tenido ocurrencia en momento alguno.

Por otra parte, lo resuelto y decidido por la Colegiatura en el presente asunto, de una u otra forma lo único que ha hecho es desconocer de un solo tajo su propio precedente horizontal, el cual se trata de una sentencia de 2ª instancia proferida el 16 de julio de 2.019 con ponencia del H.M. JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE, dentro del procesado Rad. # 660016000035 2015 02564 01 que se surtió en contra de LUZ ADRIANA LÓPEZ VALLEJO por el delito de tráfico de estupefacientes.

En dicho caso, la Colegiatura, pese a que confirmó la condena de la Procesada, ordenó que se cancelaran unas ordenes de captura libradas en su contra, las cuales tácitamente se catalogaron como de ilegales, debido a que la encausada se encontraba disfrutando de la libertad porque en el devenir del proceso no se le impuso ninguna medida de aseguramiento. Por lo que se dispuso que dichas órdenes de captura solo se podrían librar una vez que se encontraran en firme los fallos de condena.

Como se podrá observar, el caso de la Sra. LUZ ADRIANA LÓPEZ VALLEJO, es prácticamente similar a la Procesada LACM, con la única diferencia consistente en que mientras que LACM al momento del fallo de 2ª instancia se encontraba privada de la libertad, ello no acontecía con la Sra. LÓPEZ VALLEJO, quien estaba disfrutando de ese sacrosanto derecho.

Tal situación tan peculiar nos hace que nos formulemos el siguiente interrogante:

¿Porque a un par de personas que se encontraban en situaciones jurídicas similares o afines son destinatarias de un tratamiento diferente?

La única respuesta que a dicho interrogante se nos viene a la mente, pese a lo dicho por los demás miembros de la Sala en sus *aclaraciones de voto*, es que con lo acontecido a la encausada LACM se le está vulnerando el derecho a la igualdad consagrado tanto en el artículo 13 de la Carta como en el artículo 4º C.P.P.

Es más, en la hipótesis consistente en que la Procesada LACM se hubiese encontrado en libertad, estamos seguros que cualquier Letrado avezado, acudiendo al precedente de esta Sala proferido en el caso de la Sra. LUZ ADRIANA LÓPEZ VALLEJO, tendría éxito de impetrar una acción constitucional de *habeas corpus*, en la modalidad conocida por la doctrina como *habeas corpus preventivo,* por cuanto si la razón de ser de dicha modalidad de acción pública de marras no es otra diferente que la de evitar que se haga efectiva una orden de captura ilegal o que se ha tornado en ilegal, como bien lo ha hecho saber la doctrina de la siguiente forma:

“En el *habeas corpus* preventivo no existe una privación efectiva de la libertad, pero es inminente el acto arbitrario. Pensemos, por ejemplo, que un juez penal militar expide orden de captura contra un civil, o un funcionario de policía judicial contra cualquier ciudadano. En estas hipótesis, si se aplica el principio de no ejecución del agravio, no es necesario esperar la materialización de la orden de captura para invocar el *habeas corpus.* En estos casos la finalidad del *habeas corpus* consiste en cancelar las ordenes ilegales expedidas….”[[20]](#footnote-20).

Lo cual sería procedente, si partimos de la base consistente en que como consecuencia de lo resuelto y decidido por la Corte Constitucional en la aludida sentencia # C-342/17 se tornaron en ilegales las ordenes de captura libradas en contra de la Procesada LACM.

En suma, para el suscrito no existe duda alguna que en la actualidad la Procesada LACM se encuentra irregularmente privada de la libertad, y que en virtud del principio del restablecimiento del derecho la Colegiatura debió haber hecho uso de las medidas del caso para evitar que esa situación irregular continúe sucediendo.

Las anteriores son las razones por las cuales me he visto en la penosa necesidad de aclarar mí voto en el presente asunto.

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

Fecha *Et Supra*

**ACLARACIÓN DE VOTO**

El proceso de la referencia correspondió por reparto al magistrado JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ quien presentó un proyecto respecto del cual me veo en el deber de presentar aclaración de voto con miras a esclarecer algunos puntos frente a los cuales guardo reparo, y de esa forma poder dejar consignado mi personal punto de vista.

Lo primero a indicar, es que el tema objeto de esta aclaración de voto hace relación con una situación no mencionada en el recurso de apelación, es decir, se trata de un análisis oficioso por parte de esta Corporación y que toca única y exclusivamente con la privación de la libertad de la justiciable a raíz de la orden de aprehensión emitida en el fallo de primer grado, pero sin que en momento alguno tenga relación directa con el tema central de la responsabilidad penal y ni siquiera con la negación o concesión de los subrogados y sustitutos, como quiera que en esos dos aspectos estamos de acuerdo todos los integrantes de la Sala.

Uno de los integrantes de la Sala, el magistrado MANUEL YARZAGARAY BANDERA fue del criterio que se debía dejar en libertad provisional a la procesada bajo caución prendaria, hasta tanto la sentencia de condena adquiriera firmeza. Por el contrario, la Sala Mayoritaria de la cual hago parte, estima que esa posibilidad es inviable al menos en este caso específico. Así las cosas, en vista de que el Magistrado disidente en este particular punto decidió aclarar el voto acorde con su singular pensamiento, los restantes integrantes de la Sala igualmente nos vemos precisados a dejar consignado nuestro punto de vista, y a ello procedo.

Se trae a colación por parte del magistrado disidente YARZAGARAY BANDERA una decisión que se adoptó hace pocos días por parte de esta Corporación con ponencia de quien ahora suscribe esta aclaración de voto, por medio de la cual el Tribunal se decantó por una posición consistente en levantar una orden de captura que había sido emitida por parte de la primera instancia, en un proceso similar al que se juzga en esta ocasión, como quiera que se trató igualmente del porte o conservación de sustancia estupefaciente y en ambos casos no se había proferido medida de aseguramiento al momento de las preliminares. Como quien dice, que lo que se pretende es que así como en esa ocasión anterior se levantó provisionalmente la orden de captura, entonces en el presente asunto se debe dejar en libertad a la acusada igualmente en forma provisional hasta tanto adquiera firmeza el fallo de condena, con fundamento en una supuesta aplicación del principio de igualdad material. Empero, hay lugar a aclarar que esa pretensión no procede porque los dos asuntos, si bien presentan aspectos similares, también poseen diferencias sustanciales que es preciso poner en contexto para un adecuado análisis de la situación:

La razón que en esencia dio lugar a ese anterior pronunciamiento del Tribunal, tuvo origen en el hecho de que la funcionaria de primer grado en el referido proceso, se había basado para emitir la susodicha orden de captura en una decisión de la Sala de Casación Penal -del 30 de enero de 2008, bajo el radicado 28918-, precedente que se venía aplicando desde hacía ya bastante tiempo, pero que a la hora de ahora tenía que conjugarse en su interpretación, forzosamente, con la sentencia de Constitucionalidad C-342/17 que cambió sustancialmente los parámetros de ponderación para proceder a la emisión de una orden de captura en ese preciso estadio procesal. Es decir, que a este Tribunal le correspondía analizar el asunto como quiera que por parte de la primera instancia se había pasado por alto ese sustancial cambio jurisprudencial que ya estaba vigente cuando la funcionaria a quo emitió la orden de captura.

En efecto, en la providencia de la Sala de Casación Penal citada se sostuvo que los jueces de conocimiento debían disponer orden de captura al momento de anunciar el sentido del fallo de carácter condenatorio, y de no proceder en esa dirección estaban obligados a sustentar las razones por las cuales no se emitía la orden. Lo anterior, acorde con el contenido expreso del artículo 450 de la Ley 906/04, cuando a la letra expresa: “[…] Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia. **Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librará inmediatamente la orden de encarcelamiento**”. En otras palabras, el órgano de cierre en materia penal consideró, para ese entonces, que frente al procedimiento de la Ley 906/04 la regla era la privación de la libertad en forma efectiva con miras a hacer cumplir el fallo cuando en el mismo se negaban subrogados y sustitutos, y la excepción la no impartición de dicha orden a cuyo efecto se hacía imperioso para el funcionario hacer la correspondiente motivación en ese sentido. Como quien dice, que al tenor de la referida jurisprudencia no procedía la aplicación por vía analógica y favorable del contenido del artículo 188 de la Ley 600/00, según el cual: “[…]Si se niega la suspensión condicional de la ejecución de la pena, **la captura sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia, salvo que durante la actuación procesal se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención preventiva**”.

Textualmente lo que la Corte Suprema dijo en el radicado 28918, fue lo siguiente:

“Por mandato del anterior precepto se hace necesario que los jueces observen que en los términos de la Ley 906 de 2004 la ejecución de la sentencia y las órdenes que en ella se imparten, especialmente cuando se condena a un procesado a pena privativa de la libertad y se le niegan subrogados o penas sustitutivas, **resulta imperativo que la privación de la libertad se ordene en el mismo momento en que se anuncia el sentido del fallo. Dicho en otras palabras: cuando un acusado en contra de quien se anuncia un fallo de condena que conlleva la imposición de una pena privativa de la libertad cuya ejecución no tiene que ser suspendida, los jueces deben cumplir la regla general consistente en disponer su captura inmediata para que empiece a descontar la sanción impuesta. Y si tal mandato lo incumple el a quo se debe impartir el correctivo por el ad quem.**

**Excepcionalmente el juez podrá abstenerse de ordenar la captura inmediata. En este caso recae sobre el servidor judicial una carga argumentativa conforme la cual debe justificar amplia, razonada y razonablemente, conforme lo cual debe quedar suficientemente explicado el por qué le resulta innecesaria la orden de detención inmediata**. Esto podría presentarse, por ejemplo, cuando aparece debidamente demostrado que el acusado padece de una grave enfermedad”. – negrillas y subrayado excluidos.

La Corte Constitucional, en cambio, a raíz de una demanda de constitucionalidad, se vio en la necesidad de mediar en esa particular polémica con miras a efectuar un comparativo de esos dos preceptos confrontados desde una perspectiva constitucional y con fundamento en los principios que orientan el actual sistema de tendencia acusatoria. A ese efecto concluyó, básicamente, que si bien el citado artículo 450 de la Ley 906/04 era exequible, se debía interpretar en un sentido diferente, esto es, que la regla a privilegiar era el principio *pro libertate* y la excepción la emisión de una orden de captura. Como quien dice que se invirtió la forma de proceder por parte del operador judicial, en cuanto el deber de motivación debía ser de mayor exigencia en los casos en los cuales se iba a emitir la susodicha orden de captura, que en aquellos otros en donde el juez se abstenía de hacerlo.

Textualmente la Corte Constitucional en la sentencia C-342/17, indicó:

“Debe señalarse, que **el artículo 450 de la Ley 906 de 2004 no establece un mandato, ni la regla general en virtud de la cual “resulta imperativo que la privación de la libertad se ordene en el mismo momento en el que se anuncia el sentido del fallo”**, cuando este conlleva la imposición de una pena privativa de la libertad cuya ejecución no puede ser suspendida, conforme lo señala la Corte Suprema de Justicia[[21]](#footnote-21). **La norma demandada no establece un mandato, sino una facultad** de acuerdo con la cual, si el acusado declarado culpable se encontrare en libertad, “el juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia”, salvo que la detención sea necesaria “de conformidad con las normas de este código […]”.

10.7. La Sala precisa, que **la expresión “necesidad” de la privación de la libertad** que se disponga con el anuncio del sentido del fallo, contenida en el inciso final del artículo 450 del Código de Procedimiento Penal demandado, conforme al cual *“Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librará inmediatamente la orden de encarcelamiento”*, **no se refiere a los presupuestos reiterados para privar de la libertad a un ser humano durante la etapa de la investigación** previstos en los artículos 308 a 310 del Código de Procedimiento Penal […], **sino que se refiere a los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad y los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad**, especialmente consignados en los artículos 54 y 63 del Código Penal. Solo así puede entenderse la expresión “necesidad” contenida en el artículo 450 del Código de Procedimiento Penal.

[…] Adicionalmente **se trata de una medida de carácter excepcional, que únicamente ocurre en el primer momento del acto jurídicamente complejo en que consiste la sentencia condenatoria, y que tan solo procede tras la satisfacción de los criterios de necesidad** de conformidad con los artículos 54 y 63 del Código Penal, relacionados con los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad y los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, como ha quedado dicho.

[…] **el juez de conocimiento al momento de dictar el sentido de fallo y tomar decisiones alrededor de la libertad del acusado, está en la obligación de evaluar todas las circunstancias relacionadas con el caso y la conducta del mismo, velando por la integridad de sus derechos fundamentales y la vigencia del principio pro libertate**[[22]](#footnote-22) […]”[[23]](#footnote-23) –negrillas excluidas-.

De todo lo anterior emerge claro lo siguiente:

1.- Cambio sustancial entre la anterior y la posterior jurisprudencia sí hubo.

2.- El fallo de constitucionalidad no dio vía libre a la aplicación del artículo 188 de la Ley 600/00 según el cual si no existe medida de aseguramiento vigente contra el procesado entonces no se puede proferir orden de captura en su contra sino cuando el fallo de condena esté ejecutoriado, sino que, morigeró el rigor interpretativo del artículo 450 de la Ley 906/04, con lo cual, el juez, si bien puede tomar en cuenta esa circunstancia de la inexistencia de medida de aseguramiento como una situación a favor del procesado, ella no representa el único factor a considerar, porque lo importante es que, con o sin medida de aseguramiento, el funcionario motive adecuadamente la necesidad de la expedición de la orden de captura. Lo dicho, en cuanto los fines que debe analizar serán los de la pena y no los de la medida de aseguramiento.

3.- En síntesis, la postura de la Corte Constitucional está ubicada en un punto intermedio, porque no impide que la orden de captura se emita aún sin contar con medida de aseguramiento vigente, pero tampoco impone como regla que se disponga la captura sin esperar la ejecutoria del fallo por el mero hecho de haberse condenado y negado los subrogados y sustitutos. Significa ello, que se deja a la discrecionalidad del juez la expedición de la orden, siempre y cuando supere el test de necesidad allí consignado.

Como fácil se advierte, la situación hay que analizarla EN CADA CASO CONCRETO, porque en este punto de debate no hay reglas fijas e inamovibles.

La posición asumida por el magistrado disidente MANUEL YARZAGARAY, pretende que TODOS LOS CASOS en los cuales no se decretó medida de aseguramiento lo que procede es la no expedición de la orden de captura; pero además, que si a raíz de esa orden de captura se sobrevino la detención del procesado, entonces lo que procede es INDEFECTIBLEMENTE su liberación provisional hasta que la sentencia quede en firme. Afirmación que a mi modo de ver, respetuosamente, no está acorde con el real pensamiento de la Corte Constitucional.

Así las cosas, las fallas que contiene la posición del magistrado disidente se pueden concretar de la siguiente manera: (i) no es verdad que de conformidad con el fallo de constitucionalidad citado, el mero hecho de no haberse proferido medida de aseguramiento sirva como razón suficiente para la no emisión de la orden de captura al momento de emitirse el sentido del fallo; (ii) tampoco es cierto que la Corte Constitucional haya acogido de plano el contenido del artículo 188 de la Ley 600/00, antes al contrario, declaró exequible el artículo 450 de la Ley 906/00, o sea que privilegio la posibilidad de emitir esa orden aun sin medida de aseguramiento previa, pero siempre y cuando se cumplieran ciertas condiciones; y, finalmente (iii) no es verdad que los dos asuntos que se comparan sean idénticos, porque como se pasará a explicar, en el caso anterior que analizó este Tribunal la funcionaria de primera instancia emitió una orden de captura con fundamento en una jurisprudencia que ya no estaba vigente, y desconoció las exigencias de motivación requeridas en la sentencia C-342/17 (esa orden había sido emitida el 03 de octubre de 2018); en cambio, en el caso que ahora concentra nuestra atención, la juzgadora dictó la orden de captura ANTES del citado fallo de constitucional (la orden se dio el 05 de mayo de 2016), con lo cual, la funcionaria se basó o tuvo como fundamento el precedente de la Sala de Casación Penal que la facultaba para proceder en la forma en que lo hizo.

El interrogante que surge es por tanto: ¿hay lugar y es procedente aplicar en forma retroactiva las exigencias de ese fallo de constitucionalidad condicionado, o, por el contrario, el mismo debe ser aplicado con efectos hacia el futuro?

La respuesta es evidente: lo que hizo la funcionaria de primer grado en este caso estuvo ajustado a la realidad jurídica existente para aquél momento y surgió de una manera legítima, es decir, no presenta vicio alguno y por lo mismo no hay lugar a su anulación por la vía de aplicar retroactivamente un fallo de constitucionalidad que se entiende aplicable hacia el futuro. Por demás, no parece lógico ni sensato que lo que surgió correctamente a la vida jurídica, luego se considere errado.

Conclusión, no se podía comparar un caso con el otro, ni la solución tenía que ser idéntica como lo propone el magistrado disidente.

Todo lo dicho, con mayor razón cuando acaba de conocerse un reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Penal -CSJ AP2858-2019, rad. 54848, del 17 de julio del año que avanza-, por medio del cual se abstuvo precisamente de suspender los efectos de una orden de captura, a cuyo efecto se ratificó el órgano de cierre en materia penal en su posición inicial, incluso a sabiendas del contenido de la sentencia de constitucionalidad C-342/17.

Dejo de esa forma explicada mi personal posición en el asunto que se juzga.

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

Pereira, julio 26 de 2019

1. Folio 6 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 2 [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia del 28 de septiembre de 2018 y 5 de diciembre de 2018, con ponencia del Magistrado Manuel Yarzagaray Bandera: *Acorde con lo antes expuesto, la Sala es de la opinión que en el presente asunto, contrario a lo reclamado por el apelante, no existe duda alguna que la Fiscalía si logró demostrar el ingrediente subjetivo tácito del delito de tráfico de estupefacientes, ya que de las precarias pruebas habidas en el proceso se podía inferir que la intención que pretendía el Procesado con los alucinógenos que le fueron incautados, era una diferente que la de su simple uso o consumo de los mismos, ni que su destino era el de una dosis de aprovisionamiento.*

   *Por lo tanto, acorde con lo todo lo dicho, es suficiente para que la Colegiatura considere que el fallo opugnado deba ser confirmado, en atención a que con los medios de conocimiento habidos en la actuación, se satisfacían a cabalidad con los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para que en contra del Procesado ELKIN SMITH GARCÍA MONTILLA se pudiera dictar un fallo condenatorio, acorde con los cargos por los cuales fue llamado a juicio.*  [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia del 5 de diciembre de 2018, con ponencia del Magistrado Jorge Arturo Castaño Duque: *En el presente caso, es evidente que el estupefaciente hallado en poder del judicializado ascendió a 128.4 gramos de marihuana, monto que supera en algo más de cinco veces la dosis permitida como de uso personal en el artículo 2º de la Ley 30/86 que es de 20 gramos, sin que en este caso se haya logrado establecer que se trata de una “cantidad razonable”, máxime cuando una tal condición de adicto del procesado no ha sido corroborada, y por ende no puede a la hora de hora inferirse que probablemente era para su consumo personal bajo la modalidad de dosis de aprovisionamiento.*

   *Si bien comprende la Sala lo expresado por el señor Procurador, en el sentido que dicha cantidad podría llegarse a entender como no exagerada si se compara con los hechos analizados por el órgano de cierre en la jurisprudencia 50512 de 2018, en donde lo incautado fueron 11.4 gramos de cocaína y aun así se absolvió al acusado, para el Tribunal lo encontrado si es elevado y no puede deducirse de manera comparativa que si la dosis autorizada para la cocaína es de un gramo y que lo judicializado en el citado precedente excedió lo permitido en casi 10 veces, entonces ello implicaría asumir mutatis mutandis y de manera automática que en el caso de la marihuana dicho monto ascendería a los 200 gramos. Se trata de una ecuación que considera la Sala no puede asumirse en términos matemáticos, con mayor razón cuando los precedentes de la Alta Corporación tratándose de cannabis sativa, no han cobijado con la absolución -que se sepa- un monto semejante.*

   *No obstante que en el informe de arraigo arrimado al dossier se indica que el señor ÓSCAR GRAJALES carece de abonado telefónico, aparece plasmado el número 3116082608 como de su hija, sin precisarse si por parte de la Fiscalía o de su grupo investigativo se ha intentado ubicar a la misma para indagarle acerca de la situación de su progenitor, en especial lo relativo a su posible adicción. Y es que, aunque igualmente se entiende lo argumentado por el delegado del Ministerio Público como no recurrente cuando hace un símil de comparación con otros precedentes jurisprudenciales, la realidad enseña en criterio de este Tribunal, que sí se hace indispensable determinar en el asunto en ciernes si efectivamente el procesado es adicto a las sustancias estupefacientes, no solo porque es uno de los factores determinantes al decir de la actual línea jurisprudencial para efectos de pregonar la posesión de alucinógeno para el consumo propio -demostración de ánimo o fin de esa posesión- ya que no de otra manera se podría considerar que lo portado estaba en verdad destinado únicamente y exclusivamente a su ingesta.*

   *De todas formas, para el presente asunto se estima que no es suficiente con demostrar llanamente que el comprometido ÓSCAR ANTONIO GRAJALES es un adicto a este tipo de sustancia alucinógena, como quiera que en atención a tratarse de la posesión de una cantidad que a juicio del Tribunal puede tenerse en principio como exagerada frente al límite de la dosis permitida, en cuanto la quintuplica, se hace indispensable determinar si en verdad él la requiere como necesario para saciar una tal adicción; en otros términos, se requiere justificar en el caso concreto el comportamiento atribuido. Lo dicho, en atención a lo expresado por la Corte en sentencia 41760 de marzo 9 de 2016, cuando textualmente se expuso:*

   *“Es que el querer del constituyente, como claro desarrollo de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado Colombiano, así como los desarrollos legislativos con las Leyes 1453 de 2011 y 1566 de 2012, permiten evidenciar la despenalización del porte de sustancias estupefacientes, sicotrópicas o drogas sintéticas en la cantidad prescrita por el médico o en la que se demuestre que la persona necesita, habida consideración de su condición y situación personal de consumidor, adicto o enfermo, esto es, una dosis, cuya cantidad debe ser representativa de la necesidad personal y de aprovisionamiento”. -negrillas y subrayado excluidos-*

   *Téngase presente que en esta clase de asuntos, la situación problemática ha sido, es, y seguirá siendo, la cantidad de sustancia incautada, porque el hecho que de ser el ciudadano comprometido un adicto no puede justificar la posesión de cualquier monto de estupefacientes. Ello, en primer lugar, por cuanto es el legislador el que utiliza al baremo de la cantidad para establecer la dosis personal aún vigente, sin que esa realidad la pueda desconocer el intérprete; lo segundo, porque esa cifra sigue teniendo indudable incidencia para efectos de modular el tipo penal y por supuesto la punibilidad, tal cual se ha dejado esclarecido en múltiples pronunciamientos de la Corte; y lo tercero, porque sería político criminalmente equivocado hacer caso omiso de las cantidades de sustancias decomisadas en cada caso concreto, como quiera que mientras mayor es lo decomisado, mayor es, por supuesto, el daño real o potencial a la comunidad en un tipo penal conocido como de peligro abstracto.*  [↑](#footnote-ref-4)
5. Ver F. 10 [↑](#footnote-ref-5)
6. [cita inserta en texto trascrito] CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760. [↑](#footnote-ref-6)
7. [cita inserta en texto trascrito] Corte Constitucional, sentencia C-491 de 2012. [↑](#footnote-ref-7)
8. [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-8)
9. Folio 1 [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 19 [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 21 [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 15 [↑](#footnote-ref-12)
13. Folio 46 [↑](#footnote-ref-13)
14. Al respecto se puede consultar la Providencia del 30 de enero de 2.008. Rad. 28.918 proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. [↑](#footnote-ref-14)
15. Corte Constitucional: Sentencia # C-342/17 (Negrillas fuera del texto). [↑](#footnote-ref-15)
16. ARTÍCULO 188. CUMPLIMIENTO INMEDIATO. Las providencias relativas a la libertad y detención, y las que ordenan medidas preventivas, se cumplirán de inmediato.

    **Si se niega la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la captura sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia, salvo que durante la actuación procesal se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención preventiva.** [↑](#footnote-ref-16)
17. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 24 de julio de 2.017. AP4711-2.017. Rad. # 49734. [↑](#footnote-ref-17)
18. # 1º del artículo 48 de la Ley 270 de 1.996. [↑](#footnote-ref-18)
19. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 8 de noviembre de 2.017. SP18449-2017. Rad. # 47608. M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. [↑](#footnote-ref-19)
20. BERNAL CUELLAR, JAIME: El proceso penal. Tomo II. Estructuras y garantías procesales. Paginas # 634 y 635. 6ª Edición. Universidad Externado de Colombia. 2.013. [↑](#footnote-ref-20)
21. CSJ, SP, junio 7 de 2016, Rad 85897, remite a la sentencia del 30 de enero de 2008, Rad 28919. [↑](#footnote-ref-21)
22. Alrededor de la vigencia de este principio en materia penal se han referido entre otras las sentencia T-401 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-070 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-788 den 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez. [↑](#footnote-ref-22)
23. Sentencia T-276 de 2016 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.5.1.3. [↑](#footnote-ref-23)