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 / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / ENTRE LA ACUSACIÓN Y LA SENTENCIA CONDENATORIA / TRÁNSITO ENTRE LLEVAR CONSIGO Y EL TRÁFICO TENIENDO EN CUENTA QUE LA CANTIDAD DE ESTUPEFACIENTE SUPERA EL CONSUMO PERSONAL.**

… en respeto del principio de congruencia establecido en el artículo 448 del CPP, al concretarse la acusación contra el señor JJOG a la conducta de “llevar consigo” sustancias estupefacientes (marihuana), en cantidad superior a la dosis para uso individual, hay que hacer las siguientes consideraciones deducidas de la jurisprudencia pertinente de la SP de la CSJ sobre la materia:

En razón de la cantidad de marihuana incautada al procesado, que se reitera, excedió en más de tres veces la dosis permitida para uso individual, es necesario hacer una referencia inicial a lo manifestado en CSJ SP del 9 marzo de 2016, radicado 41760, donde se dijo lo siguiente:

“... como el querer del constituyente fue no penalizar la dosis personal, desde allí se autoriza o permite el porte de droga destinada para el consumo.

“Si la cantidad de dosis personal puede constituir ilícito cuando no está destinada para el uso personal, mutatis mutandi cuando es palpable esa finalidad no debe entenderse comprendida dentro de la descripción del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes sin que dependa de la cantidad de la droga que les sea hallada.

“Obviamente en todo caso la acción del sujeto debe ser compatible con el consumo de la sustancia y que éste sea únicamente en la modalidad de uso personal, sin que se convierta en un almacenamiento indiscriminado de cantidades o de momentos para uso repetitivo, connotaciones sin las cuales la conducta ha de ser penalizada”. (…)

Sobre el tema debe manifestarse que en CSJ SP del 11 de julio de 2017 se dijo que esa Corporación venía considerando la existencia en el tipo penal del artículo 376 del C.P de “elementos subjetivos distintos de dolo, elementos subjetivos del tipo o elementos subjetivos del injusto”, para examinar lo concerniente a la finalidad de la persona que realiza la conducta descrita en el tipo penal.

En el fallo antes citado se dijo que: “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”.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 951 del veintiuno (21) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Pereira, veintidós (22) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 8:20 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 60 00 035 2015 02801 01 |
| Accionante  | JJOG |
| Delito | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes |
| Juzgado de Conocimiento  | Primero Penal del Circuito de Dosquebradas |
| Asunto  | Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia del 1 de septiembre 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 Primero Penal del Circuito de Dosquebradas, mediante la cual se condenó al señor JJOG 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[[1]](#footnote-1) establece lo siguiente:

*“La presente investigación tuvo su inicio mediante informe de la Policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia del 07 de agosto de 2015, siendo aproximadamente las 12:43 horas; uniformados que patrullaban por la carrera 19A del barrio Libertadores de Dosquebradas, observan a una persona que al notar la presencia policial arroja al suelo unas bolsas plásticas transparentes, por lo que proceden a retener a quien las tiró, a recoger las bolsas y al revisar el contenido de las mismas, se pudo advertir que alojaban cuarenta y seis cigarrillos con sustancia vegetal al parecer estupefaciente Cannabis sativa y sus derivados; por lo que le fue incautada, se le leyeron sus derechos y fue puesto a disposición de la Fiscalía para su vinculación formal a la investigación.*

*La sustancia encontrada al precitado, fue sometida a la prueba de identificación preliminar homologada -PIPH-, por parte de un perito en estupefacientes, se estableció que la evidencia física encontrada al encartado, correspondía a Cannabis sativa y sus derivados con un peso neto de setenta y uno punto nueve (71.9) gramos. (…)”*

2.2 El 8 de agosto de 2015 ante el Juzgado Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Balboa (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 al señor JJOG 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 JJOG no aceptó los cargos (fls. 9 y 10).

2.3 El Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas asumió el conocimiento de la presente causa (fl. 11). La audiencia de formulación de acusación se llevó a cabo el 25 de enero de 2016 (fls. 12-13). La audiencia preparatoria se celebró el 29 de marzo de 2016 (fls. 14-15). El juicio oral tuvo lugar el 1 de junio de 2016 (fl. 16). La sentencia fue proferida el 1 de septiembre de 2016 (fls. 18-25).

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

3. IDENTIFICACIÓN

Se trata de JJOG, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 18.513.976 expedida en Dosquebradas (Risaralda), nacido el 5 de julio de 1977 en Pereira, hijo de Luz Marina y Fabio, grado de instrucción octavo, ocupación labores de construcción.

4. SOBRE LA DECISIÓN RECURRIDA

(Síntesis)

* No existía duda sobre la acreditación de la tipicidad objetiva ya que el agente Andrés Felipe Escobar manifestó que el día de los hechos se encontraba en labores de patrullaje cuando observó al procesado quien denotaba una actitud nerviosa y trató de deshacerse de unas bolsas que contenían 46 cigarrillos con marihuana, y que pese a que no le encontraron dinero, el hecho se presentó en un lugar donde habitualmente se comercian estupefacientes. Por su parte el agente Fabio Nelson García Rojas se refirió en los mismos términos al procedimiento en que intervino y manifestó que el incriminado estaba reseñado e individualizado como una persona que se dedicaba al tráfico de estupefacientes y se sabía que permanecía allí en un horario determinado apoyando la distribución de estupefacientes.
* Se estipuló que la sustancia incautada era estupefaciente que produce dependencia, que superaba lo permitido para consumo personal y con las pruebas preliminares y técnicas se estableció que se trataba de marihuana con un peso neto de 71.9 gramos.
* El debate se centra en lo relacionado con la tipicidad subjetiva de la conducta, esto es el conocimiento que tenía el acusado de que su comportamiento se adecuaba a un ilícito y su voluntad de realizarlo, sobre lo cual la defensa planteó la ausencia de antijuridicidad material del comportamiento atribuido al señor JJOG, por considerar que portaba la marihuana para su uso individual sobre lo cual se contaba con el testimonio de Nelcy Susana Jaramillo, quien dijo ser psicóloga y conocer al acusado porque su madre asistía al “Centro de Vida del Adulto Mayor”, quien se quejaba de que su hijo era consumidor de estupefacientes, en razón de lo cual tuvo contacto directo con el incriminado a quien le brindó orientación, lo cual ocurrió en el año 2014 cuando el señor JJOG le dijo que consumía marihuana, aunque no supo en que cantidades.
* El señor Miguel Ernesto Díaz dijo que había contratado al procesado para que trabajara en una obra que hizo en el aeropuerto “Matecaña” en el año 2011 y que se enteró de que este consumía estupefacientes, por lo cual le llamó la atención manifestando JJOG que necesitaba ingerir esa sustancia para poder trabajar.
* Se estipuló igualmente lo consignado en un certificado de la fundación “Jesucristo Hombre Salvador” en el sentido que el acusado ingresó a ese centro para adelantar un proceso de desintoxicación y ser tratado por su problema de uso y abuso de sustancias psicoactivas, donde estuvo en tratamiento residencial desde el 7 de marzo hasta el 30 de agosto de 2015, luego de lo cual se le autorizó una modalidad de intervención ambulatoria con un proceso de seguimiento institucional. Sin embargo la persona que firmó la certificación no estuvo presente en el juicio y por eso quedaba la duda sobre si el señor JJOG estaba internado en esa residencia o solamente estaba en el proceso de rehabilitación y si solamente el 30 de agosto de ese año fue que se determinó su tratamiento ambulatorio, por lo cual no se encontraba explicación para que el procesado estuviera deambulando por calle el 7 de agosto de 2015, llevando consigo esa cantidad de cannabis.
* Resultaba posible que el señor JJOG en realidad fuera consumidor de marihuana, pero eso no era suficiente para concluir que se debía despenalizar su comportamiento, ni para avalar que un adicto o consumidor de esa sustancia pudiera transitar con nueve (9) bolsas con cuarenta y seis (46) cigarrillos de ese estupefaciente.
* Se refirió al pronunciamiento del 17 de abril de 2016 de esta Colegiatura, M.P. Jorge Arturo Castaño Duque y a las sentencias CSJ SP marzo 19 de 2016. Rad. 41760; CSJ SP nov de 2014 Rad. 42617, en el entendido que la condición de adicto no constituye una justificación para que una persona porte cualquier cantidad de una sustancia controlada.
* Concluyó que en el caso concreto lo único que se sabe del encartado es que fue sorprendido con una cantidad de estupefaciente que superaba en más de tres veces la dosis máxima permitida, mas no se acreditó su estado de adicción, ni que la cantidad que portaba fuera la necesaria para saciar su necesidad de consumo de ese estupefaciente, ya que solo se pudo establecer que en el año 2011 fue visto por el señor Miguel Díaz cuando ingería alucinógenos, al tiempo que la que la psicóloga Nelsy Susana Jaramillo solo le constaba que la progenitora del acusado sufría por causa de la adicción de su hijo lo que lo permitió darle una orientación, pero no podía dar fe de que el acusado fuera usuario de narcóticos, ni de la dosis que necesitaba, fuera de que solo se allegó un examen de laboratorio del 25 de febrero de 2016 con un resultado positivo para marihuana, que es relevante solo para esa fecha o fechas cercanas al día en que le fue tomado ese examen y el mencionado certificado de un centro de rehabilitación que dejaba dudas sobre la manera cómo se desarrolló el procedimiento de desintoxicación del señor JJOG.
* Pese a que se podía estimar que el acusado era consumidor de marihuana, esa situación por sí sola no permite llegar a la conclusión de que la cantidad de estupefaciente que se le incautó estuviera destinada a su consumo, para considerar que se trataba de una conducta despenalizada, fuera de que los agentes captores que declararon en juicio, indicaron que el señor JJOG fue capturado en un sitio donde es habitual el tráfico y distribución de estupefacientes y que estaba señalado como persona que se dedicaba a esas actividades fuera de que al ser requerido por los agentes asumió una actitud sospechosa, al tratar de deshacerse de la sustancia hasta el punto que ellos pudieron advertir dónde arrojó la bolsa que contenía otras nueve bolsas con cuarenta y seis cigarrillos de marihuana, por lo cual se trató de una conducta cometida con dolo y que afectó el bien jurídico de la salud pública, en atención al peso del material incautado.
* Al reunirse las exigencias del artículo 381 del CPP, resultaba procedente dictar una sentencia de condena contra el incriminado, quien fue condenado a la pena de 64 meses de prisión y multa por dos SMLMV , y la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. No se le concedió ningún subrogado.

5. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO.

5.1 Defensor (Recurrente)

* En la sentencia recurrida se incurrió en un vicio de falso raciocinio, ya que desde la audiencia de formulación de imputación se había dicho por parte de uno de los agentes captores que el procesado permanecía en el sitio donde fue capturado y que estaba individualizado como expendedor de estupefacientes, lo cual no fue demostrado en el juicio, donde no se anexaron registros fílmicos ni documentos que demostraran que su representado aparecía reseñado por la Policía de Dosquebradas como como minorista de drogas.
* No se puede decir que la cantidad de marihuana que le fue requisada al señor JJOG fuera excesiva, que no se contaba con el concepto de algún experto en la materia para establecer si correspondía a la dosis que necesitaba su representado, o si constituía su dosis de aprovisionamiento para su consumo diario, semanal o mensual.
* Pese a que el *A quo,* no justificó la tenencia de la marihuana por la condición de adicto del acusado, se debe tener en cuenta que la FGN tenía la carga probatoria de demostrar que el acusado no tenía esa condición.
* Por el contrario la defensa aportó pruebas que demostraban que el señor JJOG era usuario habitual de estupefacientes y que había estado en tratamientos de desintoxicación, lo que llevaba a establecer que era un antiguo consumidor de sustancias sicoactivas.
* El material que le fue encontrado al acusado, generalmente es hallado en diferentes presentaciones y no en una forma rudimentaria, y ahora lo habitual es que venga en cigarrillos, por lo cual no se podía tomar como un hecho en contra del procesado para inferir actos de venta o de comercialización del estupefaciente que portaba, máxime si su venta se hace a través de un comercio clandestino y rápido para evitar la acción de las autoridades. Fuera de lo anterior, para determinar que una persona es expendedora o vendedora de sustancias controladas se le debe haber encontrado como mínimo el dinero obtenido con ese comercio ilegal, lo que no ocurrió en el presente caso.
* No se podía dictar una sentencia de condena contra el procesado por el solo hecho de llevar consigo los 46 cigarrillos de marihuana que pesaron 71.9 gramos, ya que pese a que la cannabis superaba la cantidad autorizada para uso individual, lo procedente era que al señor JJOG se le hubiera dado tratamiento de adicto al uso de alucinógenos, siguiendo la jurisprudencia de la SP de la CSJ, ya que no se demostró que se tratara de un expendedor de esa sustancia y por el contrario se probó que era un usuario habitual y compulsivo de marihuana, la cual requería para sus actividades laborales y que no presentaba ningún tipo de antecedentes, por lo cual solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia en aplicación del principio del *In dubio Pro reo.*

2. Delegado de la FGN (No recurrente)

* En el juicio se probó que el acusado portaba los 46 cigarrillos armados con marihuana, que tuvieron un peso neto de 71.9 gramos, lo que se demostró con el señalamiento que hicieron los dos agentes que le dieron captura al señor JJOG, y otros EMP como los dictámenes técnicos, entre otros, sin que la defensa hubiera controvertido ese hecho, ni hubiera logrado demostrar que el señor JJOG llevaba la sustancia para su propio consumo, pese a ser descrito como un adicto al uso de alucinógenos.
* En los precedentes de la SP de la CSJ se ha examinado la situación de quienes son usuarios habituales de drogas y llevan consigo dosis de aprovisionamiento y de aquellos que incurren en actos de expendio de estupefacientes.
* El procesado llevaba una dosis “más o menos pequeña”, siendo consumidor, pero no se demostró que se tratara de una dosis de aprovisionamiento, ni mucho menos que fuera la requerida para calmar su adicción, pues tan sólo se allegó un dictamen de un laboratorio y unas manifestaciones imprecisas de unos testigos sobre eventos de la vida pasada del procesado, mas con esas evidencias no se demostró que los 71.9 gramos que le fueron requisados al señor JJOG constituían la cantidad que necesitaba para su consumo personal.
* Si bien es cierto que el acusado tiene el derecho a guardar silencio, es evidente que en este caso el procesado debió hacer el esfuerzo de demostrar a través de su testimonio qué cantidades de marihuana compraba, como era la presentación de esa sustancia, cuál era su grado de adicción, qué síntomas presentaba cuando no consumía alucinógenos, que cantidad requería para satisfacer sus necesidades, por qué razón llevaba los 46 cigarrillos que le fueron decomisados, el peso de cada cigarrillo y cuántos podía consumir a diario, ya que se trataba de información que podía entregar el señor JJOG, máxime si llevaba varios años inmerso en el consumo de sustancias sicoactivas.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Esta Colegiatura es competente para decidir del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

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

6.3 El procesado fue condenado 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 71.9 gramos de una sustancia que fue identificada como positiva para cannabis sativa.

Como estipulaciones probatorias se pactaron: i) informe de investigador de campo del 7 de agosto de 2015 que contiene peso e identificación de la sustancia suscrito por el PT Andrés López López; ii) plena identidad del acusado; iii) informe de laboratorio del 18 de noviembre de 2015 firmado por María Fernanda Medina Viana consistente en el análisis definitivo de la sustancia incautada; iv) certificación de la fundación Jesucristo Hombre Salvador sobre que el acusado ingresó por desintoxicación y estuvo internado hasta el 30 de agosto de 2015, luego de lo cual siguió en tratamiento ambulatorio que no cumplió; y v) examen de laboratorio del acusado con resultado positivo para marihuana suscrito por la Dra. Bettin.

6.4 De conformidad con las pruebas practicadas durante el juicio, se pudo establecer que los uniformados Andrés Felipe Escobar Osorio y Fabio Nelson García Rojas capturaron al señor JJOG el 7 de agosto de 2015 en el sector de la carrera 19A del barrio Libertadores de Dosquebradas, cuando se encontraban realizando labores de patrullaje y observaron que al notar su presencia el citado ciudadano arrojó al suelo unas bolsas plásticas transparentes, las cuales al ser revisadas contenían cuarenta y seis ( 46) cigarrillos de sustancia vegetal verde, seca y con características similares al estupefaciente marihuana. Por su parte con el informe de investigador de laboratorio se estableció que ese material era positivo para cannabis sativa con un peso neto de setenta y uno punto nueve (71.9) gramos.

6.5 Se debe tener en cuenta que en la audiencia del juicio oral se escucharon las declaraciones de los agentes captores, por parte de la FGN y de la psicóloga Nelsy Susana Jaramillo Tangarife y el señor Miguel Ernesto Díaz Leiva, como testigos de la defensa, de los cuales se desprende lo siguiente:

6.6.1 El PT Andrés Felipe Escobar Osorio, manifestó: i) laboraba en Dosquebradas para el día de los hechos y estaba prestando segundo turno de vigilancia cuando conoció un caso con el acusado a las 12:45 horas, momento en el que patrullaba la carrera 19A vía pública y observó cuando una persona arrojó una bolsa al suelo, que contenía tenía 46 cigarrillos de una sustancia vegetal con trazas de ser marihuana, por lo que procedió a darle captura, siendo identificado como JJOG; ii) en el procedimiento intervino el PT García Rojas; iii ) al procesado le encontraron 9 bolsas que contenían ese estupefaciente; iv) no había señalamientos de que JJOG estuviera vendiendo ese material ni se le encontró dinero; v) los cigarrillos estaban distribuidos en 9 bolsas, lo cual se plasmó en el informe que reconoció en medio de su testimonio; vi) no recordaba cuántos cigarrillos de marihuana venían en cada una de las bolsas que eran transparentes; y vii) se hizo el patrullaje en el sector porque según información de la SIJIN era un sitio reconocido de venta y tráfico de estupefacientes.

6.6.2 Por su parte el PT Fabio Nelson García Rojas entregó una declaración similar sobre las circunstancias que motivaron la aprehensión del señor JJOG por deshacerse de la bolsa que contenía los cigarrillos liados con marihuana al advertir la presencia de los urbanos, y entregó la siguiente información adicional: i) la persona que retuvieron estaba parada en el sector; ii) al señor JJOG no se le encontró dinero; iii) no había llevado a cabo ningún otro procedimiento contra él, pero sí lo había visto en ese lugar; iv) no había ninguna información contra el retenido y fue un procedimiento de rutina, adelantado en un sitio donde se suelen vender estupefacientes y es normal la presencia de adictos a los alucinógenos, por lo cual se hacen requisas en el sector; vi) el señor JJOG no fue aprehendido por vender estupefacientes; y vi) JJOG permanecía en ese sector de 9 de la mañana a nueve de la noche y por eso estaba reseñado e individualizado ya que allí se expenden estupefacientes y se mantienen usuarios de drogas y vendedores de esas sustancias.

6.6.3 Entre tanto la testigo de la defensa Nelsy Susana Jaramillo Tangarife, quien manifestó ser psicóloga, contestó al interrogatorio: i) conoce al acusado hace unos 10 años, porque la esposa de JJOG había trabajado en su casa y cuidó a sus hijas; ii) había conocido a la madre de JOGG en el “Centro Vida”, quien le había contado del problema que tenía su hijo por el consumo de alucinógenos, sobre todo de marihuana; iii) le recomendó a esa señora que lo llevara a un centro de rehabilitación por la problemática con los niños y ella le respondió que su hijo estuvo un tiempo en un lugar; iv) atendió a JJOG mas o menos en el año 2014; v) supo que su problema era por el consumo de marihuana; vi) la madre de JJOG le dijo que ese proceso no le había servido para nada; vii) no supo cuál fue la entidad que atendió al acusado, solo sabe que recibió esa asistencia en el año 2015; viii) JJOG trabajaba en labores de construcción; y ix) no sabe que dosis de marihuana consumía el acusado, ni como adquiría esas sustancias.

6.6.4 Por último el señor Miguel Ernesto Díaz Leiva expuso: i) en el año 2011 había contratado a JJOG para que hiciera unas refacciones en su casa; ii) un día sintió un olor raro y advirtió que JJOG estaba fumando marihuana de la que huele en la calle, por lo cual le dijo que no podía hacerlo en su casa y este le respondió que no era capaz de dejarla y que necesitaba ingerir cannabis para trabajar; y iii) no sabe cuanta cantidad de marihuana fumaba el señor JJOG.

6.7 En el presente caso de lo manifestado por los agentes que declararon en el juicio se deduce claramente que el señor JJOG fue capturado porque al observar la presencia policial se puso nervioso y arrojó al suelo una funda que contenía 9 bolsas plásticas con 46 cigarrillos armados con marihuana, que tuvieron un peso total de 71.9 gramos[[2]](#footnote-2).

6.6.4 En ese sentido hay que manifestar que en la audiencia preliminar se le formularon cargos a JJOG, por el *contra jus* de violación del artículo 376 del CP, en la modalidad de “llevar consigo”[[3]](#footnote-3) y que en el escrito de acusación se hizo referencia al mismo contexto fáctico[[4]](#footnote-4).

6.7 Como en este caso no se suscita discusión sobre la existencia de la conducta investigada, la Sala se centrará en el debate propuesto sobre la responsabilidad del señor JJOG toda vez que de conformidad con los parámetros jurisprudenciales establecidos por la SP de la CSJ, a la FGN le asiste la carga probatoria de acreditar en aquellos 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 restringidas, esto es si su intención iba dirigida a la comercialización y/o distribución de las sustancias ilícitas, ya que en los eventos en los cuales el ente investigador no cumpla con esa carga probatoria, se debe proferir una sentencia absolutoria.

6.8 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”, y de acuerdo a la versión entregada por los agentes que le dieron captura a JJOG este no fue sorprendido realizando actos de venta de estupefacientes.

Igualmente debe decirse que pese a que de la declaración entregada por el PT Fabio Nelson García Rojas se deduce que ese uniformado veía constantemente al procesado en el sector donde fue aprehendido, donde permanecía de 9 a.m a 9 p.m y que por tal razón el acusado aparecía reseñado e individualizado ya que en ese lugar se vendían estupefacientes y era frecuentado por adictos a los alucinógenos, la FGN no aportó al juicio evidencia sobre esos registros que presuntamente tenía la Policía de Dosquebradas sobre el señor JJOG.

6.9 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[[5]](#footnote-5), respectivamente, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, considera que se debe examinar lo relativo a la prueba de la adicción del procesado JJOG al uso de la marihuana y la relación causal de esa situación con los hechos que motivaron su captura, ya que el recurrente argumenta que la tenencia de la marihuana por parte de JJOG se justificaba por su condición de adicto a los alucinógenos.

6.10 En ese sentido debe manifestarse que la prueba aducida al respecto se puede resumir así: i) el señor Miguel Ernesto Díaz hizo referencia a una situación que se le presentó con el procesado en el año 2011, cuando lo sorprendió fumando marihuana mientras le hacía unos trabajos en su casa; ii) la psicóloga Nelsy Susana Jaramillo Tangarife dio haberle brindado orientación al señor JJOG en el año 2014 para que este se rehabilitara de su problema de adicción al uso de alucinógenos; iii) en virtud de la estipulación efectuada entre la FGN y la defensa se debe tomar como un hecho cierto que el señor JJOG ingresó a un proceso de tratamiento por uso y abuso de sustancias psicoactivas ( marihuana ) en la fundación “Jesucristo Hombre Salvador”, el 7 de marzo de 2015 y estuvo internado en “ tratamiento residencial” hasta el 30 de agosto del mismo año, luego de lo cual se permitió continuar con su rehabilitación de manera ambulatoria y con seguimiento institucional a lo cual no dio cumplimiento el paciente por lo cual se cerró esa intervención[[6]](#footnote-6); y iv) se introdujo un examen del laboratorio clínico “Marcela Bettin”, donde se consigna que el procesado dio “positivo” para marihuana en un examen que se le realizó el 25 de febrero de 2016[[7]](#footnote-7).

6.11 En ese sentido se puede afirmar que aunque el señor Liderman Gaviria Agudelo, director de la citada Fundación certificó que el acusado estuvo internado en ese lugar entre el 7 y el 30 de marzo de 2015, se entiende que ese proceso de rehabilitación no dio los resultados esperados, lo que se demostró con la captura del señor JJOG el 7 de agosto de 2015 a las 12:43 horas en el sector del barrio “Libertadores” de Dosquebradas, por tenencia de estupefacientes, lo que dio origen al presente proceso.

6.12 Pese a lo anterior hay que manifestar que conforme a lo señalado por la juez de primer grado, la cantidad de sustancia estupefaciente decomisada a JJOG no fue tan irrisoria porque es equivalente a más de tres dosis de marihuana, lo cual agregado al lugar en el cual fue capturado el procesado, la presentación del estupefaciente, que venía liado en 46 cigarrillos, y el testimonio del PT Fabio Nelson García Rojas en el sentido de que había visto a JJOG en ese sector donde permanecía de 9 a.m. a 9 p.m. por lo cual había sido reseñado e individualizado ya que en ese se mantenían adictos y vendedores de estupefacientes, constituyen evidencias que resultan ser indicativas de que el procesado portaba la marihuana con propósitos distintos a su uso personal y que no se tratara de una cantidad de cannabis razonable, fuera de que no resulta normal que un adicto al consumo de alucinógenos permanezca en el sitio donde adquiere las sustancias que requiere para su uso individual, ante la posibilidad de ser detenido por tener en su poder material sicoactivo.

6.13 Ahora bien y en respeto del principio de congruencia establecido en el artículo 448 del CPP, al concretarse la acusación contra el señor JJOG a la conducta de “llevar consigo” sustancias estupefacientes (marihuana), en cantidad superior a la dosis para uso individual, hay que hacer las siguientes consideraciones deducidas de la jurisprudencia pertinente de la SP de la CSJ sobre la materia:

6.13.1 En razón de la cantidad de marihuana incautada al procesado, que se reitera, excedió en más de tres veces la dosis permitida para uso individual, es necesario hacer una referencia inicial a lo manifestado en CSJ SP del 9 marzo de 2016, radicado 41760, donde se dijo lo siguiente:

*“... como el querer del constituyente fue no penalizar la dosis personal, desde allí se autoriza o permite el porte de droga destinada para el consumo.*

*Si la cantidad de dosis personal puede constituir ilícito cuando no está destinada para el uso personal, mutatis mutandi cuando es palpable esa finalidad no debe entenderse comprendida dentro de la descripción del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes sin que dependa de la cantidad de la droga que les sea hallada.*

*Obviamente en todo caso la acción del sujeto debe ser compatible con el consumo de la sustancia y que éste sea únicamente en la modalidad de* *uso personal, sin que se convierta en un almacenamiento indiscriminado de cantidades o de momentos para uso repetitivo, connotaciones sin las cuales la conducta ha de ser penalizada.*

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

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

6.13.2 Sobre el tema se debe tener en cuenta lo expuesto en CSJ SP del 6 de abril de 2016, radicado 43512, donde se dijo lo siguiente:

*“... En reciente decisión (CSP SP mar. 9 de 2016, rad. 41760), la Corte estableció la necesidad de definir si en el proceso se está juzgando a un enfermo o a un infractor de la ley, pues la jurisdicción penal solamente tiene competencia para ocuparse de la conducta de éstos últimos, lo cual implica distinguir en ese contexto las circunstancias específicas del caso que permitan adoptar la decisión que corresponda.*

*Se destacó la atipicidad de la conducta para los consumidores o adictos siempre que la finalidad sea la de su consumo personal, lo que puede desvirtuarse en cada caso según las circunstancias modales, temporales o espaciales, como cuando la cantidad supera exageradamente la requerida por el consumidor, adicto o enfermo, o la intención es sacarla o introducirla al país, transportarla, llevarla consigo, almacenarla, conservarla, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla, financiarla, suministrarla o portarla con ánimo diverso al consumo personal.*

*Lo anterior implica que la condición de enfermo de un sujeto por tratarse de un adicto o un consumidor no lo exonera de responsabilidad penal si la* *cantidad portada a pesar de tener la finalidad del consumo es exagerada, o es acompañada de otros propósitos ilícitos como los ya citados.*

*(...) .*

*En otras palabras concluyentes, en el proceso penal se debe establecer si se está ante un enfermo o un criminal, pero no se trata de condenar o de absolver a un enfermo con argumentos caprichosos o arbitrarios. De la conducta del primero se deben ocupar las autoridades de salud, pero para ello no solamente se debe demostrar que es un consumidor, también ha de probarse que la sustancia es para el consumo personal y en una cantidad que solamente sea compatible con ese propósito y su necesidad, pues si no se dan estrictamente estos supuestos, su proceder, a pesar de ser un enfermo, adicto o un consumidor, infringirá la ley penal y deberá ser juzgado por los jueces de la República, como cuando la droga portada (en su totalidad o parte de ella) la destina a la venta, distribución, comercio o tráfico, o también cuando la almacena en cantidades no requeridas, por citar algunos ejemplos...”. (Subrayas ex – texto)*

6.13.3 Sobre el tema debe manifestarse que en CSJ SP del 11 de julio de 2017 se dijo que esa Corporación venía considerando la existencia en el tipo penal del artículo 376 del C.P de “elementos subjetivos distintos de dolo, elementos subjetivos del tipo o elementos subjetivos del injusto”, para examinar lo concerniente a la finalidad de la persona que realiza la conducta descrita en el tipo penal.

En el fallo antes citado se dijo que*: “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”.*

6.13.4 Todas estas consideraciones llevan a esta Corporación a concluir que en el caso *sub examen* no se demostró la relación entre el estado de usuario de marihuana que se podría predicar del señor JJOG y el porte del material que le fue requisado, que superó en más de tres veces la dosis para uso personal del estupefaciente marihuana, ya que se le decomisaron 71.9 gramos de ese vegetal, por lo cual se puede inferir válidamente que la sustancia en mención era portada por el procesado con un propósito distinto al de su propio consumo.

6.13.5 Sobre este tema puntual se cita lo expuesto en CSJ SP del 18 de noviembre de 2008, radicado 29138, así:

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

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

6.13.6 En ese sentido esta Sala mediante providencia aprobada mediante acta Nro. 365 del treinta (30) de abril de dos mil dieciocho (2018), proferida dentro del proceso radicado con el Nro. 66001 60 00035 2014 00185, en contra del señor Óscar de Jesús Ramírez Tabares, expuso lo siguiente:

*“6.11 Ahora bien y en respeto del principio de congruencia establecido en el artículo 448 del CPP, al concretarse la acusación contra el señor Ramírez a la conducta de “llevar consigo” sustancias estupefacientes (marihuana), en cantidad superior a la dosis para uso individual y haberse estipulado la condición de adicto del procesado, hay que hacer las siguientes consideraciones deducidas de la jurisprudencia pertinente de la SP de la CSJ sobre la materia:*

*6.11.1 En razón de la cantidad de marihuana incautada al procesado, que se reitera, excedió en cuatro veces la dosis permitida para uso individual, es necesario hacer una referencia inicial a lo manifestado en CSJ SP del 9 marzo de 2016, radicado 41760, donde se dijo lo siguiente:*

*“...como el querer del constituyente fue no penalizar la dosis personal, desde allí se autoriza o permite el porte de droga destinada para el consumo.*

*Si la cantidad de dosis personal puede constituir ilícito cuando no está destinada para el uso personal, mutatis mutandi cuando es palpable esa finalidad no debe entenderse comprendida dentro de la descripción del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes sin que dependa de la cantidad de la droga que les sea hallada.*

*Obviamente en todo caso la acción del sujeto debe ser compatible con el consumo de la sustancia y que éste sea únicamente en la modalidad de uso personal, sin que se convierta en un almacenamiento indiscriminado de cantidades o de momentos para uso repetitivo, connotaciones sin las cuales la conducta ha de ser penalizada.*

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

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

*6.11.2 En atención a lo expuesto anteriormente, la atipicidad de la conducta atribuida al procesado podría discutirse en el caso sub examen, de comprobarse que al momento de su aprehensión hubiera tenido entre sus ropas las ocho (8) bolsas que contenían los setenta y un (71) cigarrillos de marihuana para plantear la posibilidad de una hipotésis de aprovisionamiento de ese material, al no poderse formular acusación en su contra por la venta de la sustancia, ya que la FGN no subsumió su conducta en esa inflexión verbal del artículo 376 del CP.*

*(…)*

*6.11.6 Sobre el tema se debe tener en cuenta lo expuesto en CSJ SP del 6 de abril de 2016, radicado 43512, donde se dijo lo siguiente:*

*“(...)*

*“... En reciente decisión (CSP SP mar. 9 de 2016, rad. 41760), la Corte estableció la necesidad de definir si en el proceso se está juzgando a un enfermo o a un infractor de la ley, pues la jurisdicción penal solamente tiene competencia para ocuparse de la conducta de éstos últimos, lo cual implica distinguir en ese contexto las circunstancias específicas del caso que permitan adoptar la decisión que corresponda.*

*Se destacó la atipicidad de la conducta para los consumidores o adictos siempre que la finalidad sea la de su consumo personal, lo que puede desvirtuarse en cada caso según las circunstancias modales, temporales o espaciales, como cuando la cantidad supera exageradamente la requerida por el consumidor, adicto o enfermo, o la intención es sacarla o introducirla al país, transportarla, llevarla consigo, almacenarla, conservarla, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla, financiarla, suministrarla o portarla con ánimo diverso al consumo personal.*

*Lo anterior implica que la condición de enfermo de un sujeto por tratarse de un adicto o un consumidor no lo exonera de responsabilidad penal si la cantidad portada a pesar de tener la finalidad del consumo es exagerada, o es acompañada de otros propósitos ilícitos como los ya citados.*

*(...) .*

*En otras palabras concluyentes, en el proceso penal se debe establecer si se está ante un enfermo o un criminal, pero no se trata de condenar o de absolver a un enfermo con argumentos caprichosos o arbitrarios. De la conducta del primero se deben ocupar las autoridades de salud, pero para ello no solamente se debe demostrar que es un consumidor, también ha de probarse que la sustancia es para el consumo personal y en una cantidad que solamente sea compatible con ese propósito y su necesidad, pues si no se dan estrictamente estos supuestos, su proceder, a pesar de ser un enfermo, adicto o un consumidor, infringirá la ley penal y deberá ser juzgado por los jueces de la República, como cuando la droga portada (en su totalidad o parte de ella) la destina a la venta, distribución, comercio o tráfico, o también cuando la almacena en cantidades no requeridas, por citar algunos ejemplos...”. (Subrayas ex – texto)*

*(…)*

*Sobre el tema debe manifestarse que en CSJ SP del 11 de julio de 2017 se dijo que esa Corporación venía considerando la existencia en el tipo penal del artículo 376 del C.P de “elementos subjetivos distintos de dolo, elementos subjetivos del tipo o elementos subjetivos del injusto” para examinar lo concerniente a la finalidad de la persona que realiza la conducta descrita en el tipo penal.*

*En el fallo antes citado se dijo que: “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”.*

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

6.15 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.

**7. CONSIDERACIÓN ADICIONAL:**

Según las constancias que obran en el expediente, el señor JJOG fue dejado en libertad el 26 de marzo de 2018, ya que el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad le concedió libertad condicional, dentro de un proceso en el que fue condenado por los delitos de concierto para delinquir agravado y tráfico, fabricación y porte de estupefacientes. En la boleta de libertad se consignó que no se tenía conocimiento sobre requerimientos que tuviera el citado ciudadano[[8]](#footnote-8).

Sin embargo se advierte que en el numeral 4º de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia dictada en este caso, se había ordenado que una vez cesara la privación de libertad del señor JJOG, fuera dejado a disposición del presente proceso[[9]](#footnote-9).

Como esa actuación no se cumplió y en vista de que en la sentencia de primera instancia se negó al procesado el subrogado de la condena de ejecución condicional, se expedirá la consiguiente orden de captura para que entre a descontar la pena impuesta.

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 1 de septiembre de 2016, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas (Risaralda), en la cual se declaró penalmente responsable al señor JJOG por incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 C.P.).

**SEGUNDO:** Librar la correspondiente orden de captura contra el procesado para que entre a descontar la pena impuesta, en razón de lo explicado en el apartado 7 de esta decisión,

**TERCERO:** 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. Folios 2-3 [↑](#footnote-ref-1)
2. Los informes sobre peso e identificación de la sustancia fueron objeto de estipulación Folios 1 a 3 y 6 fte. y vto C. Pruebas. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 9-10 [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 2 [↑](#footnote-ref-4)
5. 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-5)
6. C. Pruebas Folio 7 [↑](#footnote-ref-6)
7. C. Pruebas Folio 8 [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 60 [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 25 [↑](#footnote-ref-9)