El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: PORTE DE ESTUPEFACIENTES / RESPONSABILIDAD DEL ACUSADO / CARGA PROBATORIA / CORRESPONDE A LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN DEMOSTRAR EL PROPÓSITO DE COMERCIALIZACIÓN O DISTRIBUCIÓN / SE ABSUELVE AL PROCESADO.**

… en este caso la materialidad de la conducta se encuentra plenamente acreditada, por lo que la Sala se enfocará en el debate respecto de la responsabilidad de la acusada, 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 estupefacientes, como sería la comercialización y/o distribución de las sustancias ilícitas. (…)

En el presente asunto la FGN le comunicó cargos a la procesada por el delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de “llevar consigo”, y de los testimonios entregados por los miembros de la fuerza pública, se desprende: i) que la procesada había sido vista de manera constante en el sector donde fue capturada consumiendo estupefacientes… pero que en su poder no le encontraban cantidades que permitieran su captura; y ii) que su aprehensión se produjo por llevar consigo los 160.3 gramos de marihuana porcionada, que llevaba en 5 bolsas plásticas con 20 cigarrillos cada una, mas no porque hubiera sido sorprendida comerciando esa sustancia.

Sobre el tema se debe tener en cuenta que en la sentencia del 29 de enero de 2020, con radicado 56574, la SDP de la CSJ, hizo una serie de precisiones sobre la conducta descrita en el artículo 376 del CP…

… se considera que en este caso se presentan dudas sobre el componente subjetivo del artículo 376 del CP, que ha sido deducido por vía de la jurisprudencia de la SP de la CSJ, ya que finalmente no se logró establecer con el grado de convicción que exige el artículo 381 del CPP que la señora LMOA portara la sustancia que le fue incautada, con ánimo de distribución o venta, en la medida en que la referencia que hicieron los agentes captores sobre la condición de adicta a los alucinógenos que tenía la procesada, puede llevar a inferir dos tipos de situaciones: i) que fuera expendedora minorista de marihuana, lo cual no se corresponde con el contexto fáctico de la acusación; o ii) que hubiera adquirido la sustancia que portaba para proveer a su consumo como dosis de aprovisionamiento.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

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

Pereira, catorce (14) de abril de dos mil veinte (2020)

Acta Nro: 316

Hora: 1:20 p.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 60 00 035 2017 01180 01 |
| Accionante | LMOA |
| Delito | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes |
| Juzgado de Conocimiento | Tercero Penal del Circuito de Pereira (Risaralda) |
| Asunto | Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia del 27 de noviembre de 2015. |

**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 Tercero Penal del Circuito de Pereira (Risaralda), mediante la cual se condenó a la señora LMOA 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:

*“Mediante Informe de Policía de Vigilancia en Casos de Captura en Flagrancia, del 24/03/2017, los policiales PT. VANESSA MAZUERA GUTIÉRREZ y FRANCISCO TREJOS ARICAPA, adscritos a la Policía a Metropolitana de Pereira, informan que el día anotado siendo aproximadamente las 17:50 horas, estaban realizando labores de Registro e identificación de personas en la carrera 10 con calle 10 de esta ciudad, donde observan a una persona de sexo femenino que vestía una blusa color salmón y Jean azul a quien se le solicita una requisa a la que accede voluntariamente a quien se le halla en su poder una bolsa plástica color negro la cual contenía en su interior 05 bolsas plásticas transparentes con 25 cigarrillos de una sustancia verde vegetal con olor y características a estupefacientes, para un total de 100 cigarrillos, de inmediato se procedió a identificar a la persona quien dijo llamarse LMOA, Identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 42.054.059 de Pereira Risaralda, a quien se le dan a conocer sus derechos como persona capturada y es dejado a disposición del fiscal URI para la respectiva judicialización.*

*Refiere el Informe de Investigador de Campo FPJ -11-, calendado el día 24-03-2.017, suscrito por el Perito ANDRÉS LÓPEZ LÓPEZ, adscrito a la SIJIN U.R.I. Pereira, que sometida la sustancia a análisis de PIPH, arrojó el siguiente resultado:*

*MUESTRA I 01 bolsa plástica negra la cual en su interior contienen 05 bolsas plásticas transparentes con que en su interior contiene cada una de ellas 20 cigarrillos de sustancia verde vegetal con características a estupefaciente, (...) con un peso neto de ciento sesenta punto tres (160,3) GRAMOS, POSITIVO PARA CANNABIS Y SUS DERIVADOS.*

*Conforme a los artículos 336 y 337 del estatuto procesal penal, de acuerdo con los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, La fiscalía presenta escrito de acusación contra de la señora LMOA, Identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 42.054.059 de Pereira Risaralda, como AUTOR a título de DOLO de la conducta punible de TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, conducta prevista como punible en el Art. 376 del Código Penal inciso 2o, actualizada en el verbo rector “LLEVAR CONSIGO”.*

2.2 El 25 de marzo de 2017, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira se adelantaron las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación y de medida de aseguramiento. La F.G.N. le imputó a la señora LMOA 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 LMOA no aceptó los cargos comunicados (fls. 1-3).

2.3 El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira asumió el conocimiento de la presente causa. La audiencia de formulación de acusación se llevó a cabo el 12 de septiembre de 2017 (fl. 8). La audiencia preparatoria se celebró el 23 de octubre de 2017 (fl. 9). El juicio oral tuvo lugar el día 1 de febrero de 2019 (fl. 28) al cabo del cual se anunció el sentido del fallo condenatorio. La sentencia fue proferida el 13 de marzo de 2019 (fls. 29-32).

2.4 La defensora de la procesada apeló el fallo de primer nivel (fls. 35-42).

**3. IDENTIFICACIÓN**

Se trata de LMOA, identificada con cédula de ciudadanía Nro. 42.054.059 expedida en Pereira, nació el 25 de noviembre de 1957 en la misma ciudad, hija de Blanca y José Omar, ocupación desempleada, condición de habitante de calle (fls. 19-20).

**4. FUNDAMENTOS DEL FALLO**

(Síntesis)

* Con el material probatorio recaudado acreditó la real y efectiva ocurrencia de la situación fáctica en que se fundamentó la acusación, además de la plena identidad de la acusada y las estipulaciones respecto del contenido de investigador de campo sobre la prueba PIPH, en el que se manifiesta que la sustancia vegetal incautada a la procesada contenía 160.3 gramos positivos para marihuana. En el mismo sentido, se estipuló el resultado del informe de laboratorio del INMLCF que confirmó la identificación de la sustancia incautada.
* Con el testimonio de la PT Vanessa Mazuera Gutiérrez se conoció el procedimiento adelantado en contra de la procesada, a quien la requirieron por una bolsa que llevaba en su mano que contenía cinco bolsas cada una con 20 cigarrillos de marihuana. Esta testigo manifestó que veía a la señora LMOA por el sector de los puentes de la 10 con 10 y había sido sorprendida otras veces con ese material, pero no en cantidad suficiente para su captura. También adujo que la gente manifestaba que ella vendía marihuana y que en ocasiones anteriores la había observado consumiendo “pega” y “bazuco”, pero no cannabis.
* El PT Francisco Javier Trejos Aricapa, dio cuenta del procedimiento y agregó que algunas veces vio a la acusada consumiendo y no consideraba normal que un adicto llevara esa cantidad de estupefacientes. Con su declaración se incorporaron las actas de derechos de la capturada y de incautación de la marihuana.
* Para emitir un fallo de condena tuvo en cuenta que en ocasiones anteriores, la acusada había sido observada por ese sector, que su condición era de habitante de calle y probablemente residía en el sitio de los puentes de la 10 con 10, conocido como un sector álgido de venta de estupefacientes.
* Los patrulleros dijeron que habían visto a la procesada con anterioridad consumiendo “pegante” y en algunos casos “bazuco”, por lo cual resultaba inusitado el número de cien (100) cigarrillos de marihuana que le hallaron durante su registro, lo que llevaba a concluir que esa sustancia no la portaba para su propio consumo, y que no se trataba de una dosis de aprovisionamiento porque fue aprehendida en el mismo sector en el que residía y siguió frecuentando, ya que la siguieron viendo en la misma zona con posterioridad y no se trataba de una consumidora de marihuana porque no se acreditó tal situación, aunado a que de haberse probado, no se podía pensar que para ello debía conservar en su poder en el lugar por donde transitaba, esa exagerada cantidad de cigarrillos de marihuana.
* No es necesario exigir que la acusada perteneciera a una red de comercialización de estupefacientes para demostrar el supuesto de hecho necesario para tipificar la conducta al cargo de concierto para delinquir, lo que resultaría una postura ilógica y una exigencia mayor para un caso como el presente.
* Concluyó que resultaba exagerada la cantidad de marihuana que llevaba consigo la señora LMOA como para considerar atípica su conducta o creer que estaba exenta de antijuridicidad, teniendo en cuenta que no fue demostrada su condición de adicción, ni el supuesto de intensidad o el grado de necesidad del consumo de marihuana.
* En consecuencia *el A quo* profirió una sentencia de condena contra la procesada a quien le impuso una pena de 64 meses de prisión y multa por 2 SMLMV.

**5. SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO**

* 1. Defensa (Recurrente)

(Síntesis)

* No se probó que la cantidad de sustancia que llevaba consigo la señora LMOA no estuviera destinada a su consumo, aun cuando hubiera superado las cantidades previamente establecidas en el literal J del artículo 2o de la Ley 30 de 1986, o que tuviera como destino cualquiera de las acciones previstas para su comercialización.
* De conformidad con lo reglado en el artículo 381 CPP, del testimonio que rindieron en el juicio los funcionarios de la Policía, a quienes correspondió el hallazgo de la sustancia que llevaba la señora LMOA, no se puede inferir que la misma llevara el material para un fin distinto a su propio consumo, considerando además que al momento de la requisa a la que accedió, no tenía ningún otro elemento o dinero.
* A través del testimonio de la patrullera Vanessa Mazuera, se pudo establecer en el juicio que la acusada frecuentaba el sector de la carrera 10 con calle 10, que nunca la vio en actividades relacionadas con la venta de sustancias y que la había abordado en diversas oportunidades llevando consigo marihuana incluso en cantidades que no ameritaron su judicialización. Además, aunque obtuvo información sobre posibles actos de venta realizados por la acusada, a pesar de ese conocimiento, no realizó labores para comprobar esa manifestación.
* El PT Francisco Javier Trejos Aricapa dijo en el juicio que había observado a la acusada consumiendo estupefacientes en diversas oportunidades, incluyendo marihuana, lo que demuestra que la señora LMOA, era consumidora de sustancias psicoactivas, entre ellas marihuana.
* De la prueba practicada en el juicio, se deduce que la FGN no demostró que la sustancia que llevaba consigo la señora LMOA, fuera para su distribución, venta o suministro, por lo que frente a las obligaciones legales de los intervinientes, no se puede trasladar a la defensa la carga de la prueba de su condición de adicta, lo que le competía al ente acusador, con base en los testimonios que fueron recibidos en el juicio, por lo cual el fallador no podía suponer de manera distinta lo probado en desarrollo del juicio oral.
* El tema de los estupefacientes ha sido objeto de constante revisión sobre el aspecto referido a la adecuación jurídica de las conductas alternativas relacionadas en el tipo penal de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (artículo 376 del Código Penal) y donde la SP de la CSJ, ha venido fijando una posición que conduce a la necesidad de diferenciar si la persona tiene la condición de mero consumidor de sustancias alucinógenas prohibidas o si por el contrario, el comportamiento objeto de juzgamiento está relacionado con el tráfico de sustancias controladas, pues solamente en este último evento es aceptable la respuesta punitiva por parte del Estado.
* Con la evolución legislativa y jurisprudencial en materia de despenalización relativa a las personas que destinan las sustancias estupefacientes al único propósito de su consumo personal, se ha consolidado la tesis de considerar al consumidor como sujeto de protección constitucional reforzada, merecedor de una discriminación positiva, la que riñe con el contenido de injusto de una conducta punible como la que tratamos, tema que ha sido objeto de estudio a partir de la sentencia de la SP CSJ rad. 42617 del 12 nov. 2014, entre otras.
* Citó la sentencia C-221 de 1994 respecto de la dosis para consumo personal y la sentencia C-689 de 2002 que declaró ajustado a la Carta Política el contenido del artículo 376 de la Ley 599 de 2000, en el entendido de la necesaria distinción entre el porte, conservación o consumo de sustancias estupefacientes en cantidad considerada como dosis destinada al uso personal, y el narcotráfico como actividad ilícita alentada por el afán de lucro, resultando incuestionable la penalización de esta última como criterio político-criminal implícito en la tipificación de las conductas punibles que le son afines.
* Conforme al Acto Legislativo 02 de 2009, la Corte Constitucional en las sentencias C-574 y C-882 de 2011 precisó por vía interpretativa, el alcance y contenido deóntico completo de la reforma constitucional en el sentido que la prohibición del porte y consumo de estupefacientes en modo alguno conlleva a su penalización, destinando para ello como consecuencia jurídica, la imposición de medidas administrativas de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, siempre bajo el consentimiento informado del adicto.
* En la sentencia C-491 de 2012 la Corte Constitucional declaró ajustado al texto superior la Ley 1453 de 2011 que modificó el artículo 376 del Código Penal, razonando de paso que la supresión de la expresión “salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal del tipo penal de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes" tal como fue descrito por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, no puede interpretarse como una nueva penalización del porte y consumo de sustancias estupefacientes, sicotrópicas o drogas sintéticas, en cantidad considerada como “dosis personal” al tenor del artículo 2o literal j) de la Ley 30 de 1986.
* Se refirió a 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, rad 51204-2019 en las que se acentuó la vigencia del concepto de dosis mínima para el uso personal, previsto en el literal j) del artículo 2o de la Ley 30 de 1986, el entendido que la proposición jurídica debe integrarse con el Acto Legislativo 02 de 2009 y las sentencias que se han adoptado en este sentido, bajo la comprensión que el consumidor o adicto puede portar una cantidad diferente a la legalmente establecida, siempre y cuando lo haga con la finalidad de su uso personal y aprovisionamiento, acorde con sus necesidades de consumo.
* Así, para el caso particular no se probó la finalidad última requerida para la respuesta punitiva del Estado, por lo que debió concluir con una sentencia absolutoria porque como se reseñó en la sentencia que se recurre, no existen factores que permitan hacer una valoración que resulte determinante frente a la declaratoria de responsabilidad de la acusada.
* En la sentencia se consideró que por la cantidad de sustancia incautada a la procesada se había superado cualquier consideración racional, frente a lo que sería la satisfacción de su adicción, por medio de una dosis de aprovisionamiento. Sin embargo, si se acoge alguna circunstancia de la experiencia sería necesario concluir que como en otros casos, 160,3 gramos de marihuana, no resulta ser una cantidad exagerada y que incluso frente a la probabilidad de la no demostración en el juicio de la finalidad con la que la portaba la marihuana la incriminada, pudo precluirse la investigación por tratarse de un delito de peligro abstracto, y 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.
* 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. 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 la distribución o tráfico del material psicoactivo.
* Lo anterior, por cuanto las presunciones constituyen reglas probatorias y no reglas sobre la carga de la prueba. Por eso, en ningún evento, la carga de la prueba de su inocencia le corresponde al procesado ya que ella se presume. Lo que significa que ese deber tiene que ser asumido por el órgano de persecución penal, pues el procesado a través de su defensor, no tiene por qué presentar pruebas de su inocencia, siendo función del Estado acreditar la ocurrencia del delito, que el acusado intervino en su realización y lo más importante, que es penalmente responsable.
* Solicitó revocar la sentencia impugnada y en consecuencia, que se absolviera a la señora LMOA del cargo por el que fue acusada.

**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 LMOA… por considerarse que era responsable de la violación del artículo 376 del CP, en la modalidad de “llevar consigo” la cantidad de 160.3 gramos de una sustancia que fue identificada como positiva para cannabis sativa.

6.3 De conformidad con las pruebas practicadas durante el juicio, se pudo establecer que los uniformados Vanessa Mazuera Gutiérrez y Francisco Trejos Aricapa capturaron a la señora OA el 24 de marzo de 2017 por el sector de la carrera 10 con calle 10 de esta ciudad, cuando se encontraban realizando labores de patrullaje y le solicitaron un registro al cual accedió la incriminada, a quien le encontraron una bolsa plástica negra que contenía cinco bolsas plásticas transparentes con 20 cigarrillos cada una para un total de 100 cigarrillos con sustancia vegetal con olor y características similares a estupefaciente marihuana.

6.4 En el informe de investigador de laboratorio se estableció que ese material era positivo para cannabis sativa con un peso ciento sesenta punto tres (160.3) gramos.

6.5 Se debe tener en cuenta que en la audiencia del juicio oral se escucharon las declaraciones de los agentes de policía que realizaron el procedimiento de captura de la acusada, de los cuales se desprende lo siguiente:

6.5.1 La PT Vanessa Mazuera Gutiérrez en su calidad de agente captora, expuso lo siguiente sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que aconteció el procedimiento de captura de la señora LMOA: i) para el mes de marzo de 2017 laboraba en el CAI Corocito como patrullera de vigilancia; ii) a eso de las 17. 50 horas estaba con el compañero Trejos por ese sector y notó la presencia de una mujer que se tornó sospechosa, por lo cual la registraron, observando que en su mano derecha tenía una bolsa negra en cuyo interior habían 5 bolsas trasparentes con unos 20 cigarrillos con sustancia vegetal, por lo que procedieron a capturarla y darle lectura a sus derechos; iii) el hecho ocurrió en la esquina de la 10 con 10, donde veía frecuentemente a la acusada, quien luego de su captura dejó de frecuentar ese sector; iv) había laborado en ese sector durante año y medio y había visto a la señora en “los puentes” donde la había encontrado con cigarrillos de marihuana, pero no con la cantidad suficiente como para detenerla . Ese día la incriminada iba bajando con el paquete, pero no estaba vendiendo el estupefaciente; v) no sabe a qué se dedicaba la acusada, le habían dicho que ella vendía marihuana por el sector, pero no le constaba porque nunca la vio en esa actividad; vi) siempre se le encontraba marihuana a la señora LMOA, pero en cantidades menores; vii) desconoce si vendía estupefacientes o si cumplía algún rol determinado; viii) al momento de la captura LMOA dijo que ella estaba llevando la marihuana, pero no sabe a dónde; ix) nunca vio a la acusada consumiendo marihuana, pero sí “pega” y “bazuco” y x) la acusada no tenía dinero al momento de su captura.

6.5.2 En tanto el PT Francisco Trejos Aricapa, quien también participó en el proceso de captura de la acusada, manifestó: i) en marzo de 2017 laboraba en el CAI de “corocito”; ii) el 24 de marzo de ese año, a eso de las 17:50 estaba haciendo labores de patrullaje en el sector de la 10 con 10, cuando observaron a una mujer en actitud sospechosa por lo cual la requisaron y le encontraron una bolsa negra y al interior 5 bolsas con 20 cigarrillos de cannabis; iii) LMOA no se opuso al procedimiento ni dijo nada sobre los 100 cigarrillos; iv) laboró en el sector unos tres años y medio, la veía por allí en los puentes, era consumidora de “pega” y “bazuco” y también la vio fumando marihuana, no sabe a qué actividad se dedicaba, solo la veía consumiendo sustancias alucinógenas; v) la retenida no portaba dinero, ni manifestó a qué se dedicaba o dónde vivía; vi) la habían registrado y tenía droga al parecer para su uso, pero nunca en una cantidad que permitiera capturarla; vii) no era normal que un consumidor llevara tantos cigarrillos de marihuana; viii) después de la captura volvió a ver a la señora OA por el sector consumiendo “pega”, marihuana y “bazuco”; ix) reconoció el informe sobre el procedimiento efectuado y las actas de derechos del capturado y de incautación.

6.6 De lo manifestado por los oficiales que intervinieron en el procedimiento se deduce claramente que la señora LMOA 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 cinco bolsas plásticas cada una con 20 cigarrillos de sustancia vegetal verde que fue identificada posteriormente como marihuana, para un total de 100 cigarrillos. En consecuencia, en la audiencia preliminar se le formularon cargos por el *contra jus* de violación del artículo 376 del CP, en la modalidad de “llevar consigo”[[2]](#footnote-2) y en el escrito de acusación se hizo referencia al mismo contexto fáctico[[3]](#footnote-3).

6.7 Para dar respuesta a la argumentación de la censora, hay que manifestar inicialmente que en este caso la materialidad de la conducta se encuentra plenamente acreditada, por lo que la Sala se enfocará en el debate respecto de la responsabilidad de la acusada, 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 estupefacientes, como sería la comercialización y/o distribución de las sustancias ilícitas.

6.8 En el presente asunto la FGN le comunicó cargos a la procesada por el delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de “llevar consigo”, y de los testimonios entregados por los miembros de la fuerza pública, se desprende: i) que la procesada había sido vista de manera constante en el sector donde fue capturada consumiendo estupefacientes pero que en su poder no le encontraban cantidades que permitieran su captura; y ii) que su aprehensión se produjo por llevar consigo los 160.3 gramos de marihuana porcionada, que llevaba en 5 bolsas plásticas con 20 cigarrillos cada una, mas no porque hubiera sido sorprendida comerciando esa sustancia.

6.9 Sobre el tema se debe tener en cuenta que en la sentencia del 29 de enero de 2020, con radicado 56574, la SDP de la CSJ, hizo una serie de precisiones sobre la conducta descrita en el artículo 376 del CP, que se pueden sintetizar así: i) desde la sentencia CSJ SP 41760 del 9 de marzo de 2016 se dijo que la norma citada demanda un elemento subjetivo especial; ii) en estos casos según CS SP del 15 de maro de 2017, radicado 43725, la tipicidad está determinada por el fin del sujeto que es sorprendido en posesión del material sicoactivo; ii) el adicto al uso de sustancias estupefacientes es un sujeto de especial protección; iii) se reiteró lo expuesto en CSJ SP del 11 de julio de 2017, radicado 44997 en el sentido de que la FGN tiene la carga probatoria de acreditar cuál es el propósito que anima a la persona que lleva consigo la sustancia controlada; iv) se citó lo expuesto en CSJ SP del 10 de diciembre de 2019, radicado 50784 para indicar que el peso del material no era el elemento determinante para establecer el ánimo de tráfico que era necesario para subsumir el acto en la regla 376 del CP v) la presentación o empaque del material tampoco era un factor determinante, porque la venta de droga en porciones era lo habitual en los eventos de microtráfico; vi) el hecho de que una persona que portara ese tipo de sustancias se mostrara nerviosa ante un requerimiento policial, no era algo inusual ya que esa precisamente es la reacción que presenta quien es sorprendido en posesión de ese tipo de material; viii) en aplicación de los principios de presunción de inocencia e *In dubio Pro Reo,* y el apotegma del *onus probando incumbit autori,* no se podía invertir la carga de la prueba para obligar a la defensa a probar que al acusado era adicto al uso de sustancias psicoactivas, por lo cual en caso de duda, se debía absolver al acusador; y ix) el sorprendimiento de una persona en posesión de drogas podía ser indicativo que de las portaba para su dosis de aprovisionamiento o para su comercio o distribución.

6.10 En ese sentido en los apartes más relevantes de la sentencia antes citada, se dijo lo siguiente:

*“En resumen, según la jurisprudencia de casación desarrollada a partir de la SP2940-2016, mar. 9, rad. 41760, y vigente en la actualidad: La tipicidad de la conducta de «llevar consigo» sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas, incluye un elemento subjetivo especial: la finalidad de tráfico o distribución. En consecuencia, la inexistencia de este ánimo, como ocurre cuando se porta droga para el consumo personal, genera atipicidad. Tal postura apareja dos precisiones de orden probatorio:*

*(i) La cantidad de alucinógenos no es el factor determinante del juicio de tipicidad de la modalidad conductual «llevar consigo», pero ese dato sí debe valorarse como un indicador, junto a los otros que se encuentren demostrados, de la finalidad del agente. Así, por ejemplo, una cuantía exagerada o superlativa hace razonable la inferencia de direccionamiento de la conducta al tráfico o distribución.*

*(ii) La carga de la prueba del referido ingrediente subjetivo, al igual que ocurre frente a los demás presupuestos de la tipicidad y de la responsabilidad penal en general, corresponde a la Fiscalía General de la Nación, según lo establecido en el inciso 2 del artículo 7 del C.P.P.*

*A ese respecto, ya se precisó que el dato cuantitativo no es un elemento definidor del tipo básico de porte de estupefacientes, aunque sí constituye un hecho indicador de la finalidad del agente a valorarse en conjunto con las demás pruebas obrantes. Y no es cierto, como lo dio a entender el Tribunal, que la sentencia SP4498-2016, abr. 13, rad. 44718, excepcionó dicha regla pues, por el contrario, esta reiteró, de manera expresa en la página 13, la postura interpretativa iniciada con la SP2940-2016, mar. 9, rad. 41760, sin introducirle variación alguna. (…)*

*.*

*Podría argumentarse que la forma como se encontraba organizada la cocaína y sus derivados, es decir, distribuida en 47 envolturas de papel, es indicativa de la finalidad de venta o distribución. Sin embargo, esa situación, como lo indicó el juez de primera instancia, podría obedecer, en igual grado de probabilidad, a otra hipótesis plausible: que la procesada acababa de comprar la droga en la presentación dosificada en que, normalmente, es vendida por los microtraficantes.*

*En la sentencia SP497-2018, feb. 28, rad. 50512, se juzgó un caso en el que, casualmente, el acusado portaba la misma clase de estupefaciente y en igual número de papeletas (47), frente a lo cual la Corte indicó como uno de los argumentos de la absolución allí decidida:*

*El hecho de encontrar la sustancia incautada empacada en papeletas, no muestra nada diferente a que lo habitual en materia de microtráfico de sustancias prohibidas es que la droga sea vendida en dosis menores, por lo que de tal hallazgo, ausente de información adicional, no se puede deducir que J. F. D. la tenía destinada para algo diferente que a su consumo, menos, si la Fiscalía nunca tuvo dentro de sus hipótesis investigativas la estructuración de un verbo alternativo de consumación del tipo penal descrito en el artículo 376 del C.P., diferente al de ‘llevar consigo’.*

*En lo concerniente a la actitud «evasiva y nerviosa» que manifestó FLOR ALBA CORTÉS NAÑAZA cuando fue abordada por miembros de la Policía Nacional; la misma pudo evidenciar, ciertamente, el temor de ser descubierta en la ejecución de una conducta punible y de sufrir las consecuentes sanciones, o, también, en un grado de razonabilidad no menos considerable, el impacto psicológico que le generó esa intervención de la autoridad, como puede sucederle a cualquier persona inocente, debido a la naturaleza coercitiva de la actuación y a lo inédito que le podía resultar, más aún cuando sabía que portaba sustancias estupefacientes y que, aun si estaban destinadas a su propio consumo, esa sola conducta objetiva podía convertirla en sospechosa de ser traficante de aquéllas, como en efecto ocurrió. (…)*

*Así las cosas, el único hecho probado durante el juicio oral es que FLOR ALBA CORTÉS NAÑAZA portaba 29.6 gramos de cocaína y sus derivados en un lugar público al mediodía. Como lo afirmó el Tribunal, es cierto que ninguna prueba acreditó que aquélla fuese consumidora de estupefacientes, habitual u ocasional; pero también lo es que en el proceso no se demostró, más allá de duda razonable, que su finalidad fuere la distribución, expendio o tráfico de las sustancias que llevaba consigo.*

*En efecto, si bien es cierto la cantidad de la droga excede la dosis legal en 28.6 gramos, su presentación fraccionada y la naturaleza pública del lugar donde fue incautada, pueden indicar que el objetivo de la acusada era venderla; también lo es que no se descartó la plausibilidad de la hipótesis consistente en que aquélla acababa de adquirir o comprar el estupefaciente para su propio consumo, inclusive en el mismo parque donde fue sorprendida por la Policía si es que allí se comercializa dicha sustancia, y que el exceso en la dosis mínima admisible obedeciera a una necesidad de aprovisionamiento determinada, verbigracia, por su residencia en una zona alejada del casco urbano municipal, como lo alegó la defensora.*

*Sea del caso advertir que la duda sobre el fin que perseguía FLOR ALBA CORTÉS NAÑAZA con el estupefaciente, pudo ser superada, con relativa facilidad, mediante la ejecución de una mínima investigación adecuada. Así, por ejemplo, el policía, después de enterarse de la declaración anónima, bien pudo observar o seguir a la mujer por cierto tiempo para verificar el motivo y fines de su presencia en el parque municipal, así como la intervención de otros eventuales partícipes. Además, la más mínima diligencia aconsejaba que debió identificar a su informante para que, después, este pudiese ser ubicado y rindiera una entrevista y, de ser posible, su testimonio en juicio.*

*Esa desidia investigativa también es atribuible a la Fiscalía porque sus actos de averiguación, por lo menos los que tuvieron trascendencia probatoria, se limitaron a establecer la identidad de la acusada, las circunstancias en que fue capturada y las características de la sustancia incautada (naturaleza y cantidad). Ni siquiera se verificó si el parque principal de Belén de Umbría era lugar común de venta y/o de consumo de estupefacientes, tampoco se adelantaron labores de vecindario que permitieran identificar otros potenciales testigos del suceso ocurrido el 4 de julio de 2015; es más, ni siquiera consta que se haya indagado sobre eventuales antecedentes de la procesada relacionados con el narcotráfico y/o con su adicción a las drogas, que pudieran corroborar o, por el contrario, desvirtuar un propósito de venta o distribución de aquéllas.*

*Por último, debe advertirse que las mínimas actividades de investigación que ahora se reclaman, son exigibles a la Policía Judicial y a la Fiscalía General de la Nación, aun cuando aquella fecha fuese anterior al precedente tantas veces citado, porque habrían permitido identificar a un testigo importante de los hechos que revestían características de delito y otras pruebas que soportaran mejor la acusación, esclarecer mayores circunstancias de la conducta de FLOR ALBA CORTÉS NAÑAZA y, por qué no, la individualización y captura de otros miembros de la red o banda de narcotraficantes que estuviese detrás de los pequeños expendedores, si es que esta fuese la hipótesis demostrada en el caso.*

*4.4 Conclusión.*

*El delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376) exige, para esta última modalidad conductual, la concurrencia del fin de comercio o distribución, elemento subjetivo este que no fue objeto de imputación fáctica en la acusación –ni en la audiencia preliminar respectiva-, menos aún fue probado más allá de toda duda razonable.*

*Por estas razones, con base en lo previsto en los artículos 7.2 y 381.1 del C.P.P., se revocará la decisión de condenar a FLOR ALBA CORTÉS NAÑAZA y, en consecuencia, se restablecerá la absolutoria de primera instancia…”*

6.10 En atención a las consideraciones de la decisión antes referida, debe señalarse que en este caso la defensora argumentó en favor de la acusada que esta era consumidora de estupefacientes, y que no se había probado que hubiera sido capturada por efectuar actos de venta de estupefacientes, por lo cual su conducta era atípica, conforme a las decisiones de la SP de la CSJ que citó en su recurso.

6.11 Con base en la decisión CSJ SP 56547 del 29 de enero de 2020, debe decirse que en este caso lo que probó la FGN fue lo siguiente: i) la señora LMOA fue capturada en un sector donde acudían usuarios y minoristas de estupefacientes, por llevar consigo la cantidad de 160.3 gramos de marihuana que se encontraba empacada en cien cigarrillos; ii) en la audiencia de formulación de imputación y en la acusación se circunscribió la conducta de la acusada a la inflexión verbal “llevar consigo”, prevista dentro del componente descriptivo del artículo 376 del CP; iii) de las declaraciones de Vanessa Mazuera Gómez y Francisco Trejos Aricapa, quienes intervinieron en el procedimiento, se deduce que veían con frecuencia a LMOA consumiendo estupefacientes como “pega”, “bazuco” y marihuana en el sector donde fue retenida, aunque siempre portaba cantidades menores, por lo cual no la privaban de su libertad; y iv) a la acusada no la vieron vendiendo la marihuana, ni llevaba dinero consigo.

6.12 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”.* (Subrayas ex texto)

6.13 Por su parte en CSJ SP del 6 de marzo de 2019, radicado 53157, M.P. se Eyder Patiño Cabrera, donde se dijo:

*“…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.* (…)

*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.”* (Subrayas ex texto)

6.13 Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, se considera que en este caso se presentan dudas sobre el componente subjetivo del artículo 376 del CP, que ha sido deducido por vía de la jurisprudencia de la SP de la CSJ, ya que finalmente no se logró establecer con el grado de convicción que exige el artículo 381 del CPP que la señora LMOA portara la sustancia que le fue incautada, con ánimo de distribución o venta, en la medida en que la referencia que hicieron los agentes captores sobre la condición de adicta a los alucinógenos que tenía la procesada, puede llevar a inferir dos tipos de situaciones: i) que fuera expendedora minorista de marihuana, lo cual no se corresponde con el contexto fáctico de la acusación; o ii) que hubiera adquirido la sustancia que portaba para proveer a su consumo como dosis de aprovisionamiento.

En consecuencia, las deficiencias de la labor policiva posterior a la captura de la procesada, para indagar cuál era su real propósito (que fueron puestas de presente como factor común de las obligaciones de las autoridades en casos de decomiso de drogas según la decisión CSJ SPdel 29 de enero de 2020, radicado 56574 en la que se basa esta providencia), llevan a concluir que existen dudas sobre el componente subjetivo que determina la posibilidad de subsumir la conducta de la acusada en la norma de prohibición, contenida en el artículo 376 del CP, pues finalmente no se sabe si portaba la marihuana para distribuirla o para consumirla.

6.14 Por lo tanto, con base en lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 7º del CPP, se revocará la sentencia recurrida, por considerar que en el caso sub lite no se reunían los requisitos del artículo 381 de CPP para dictar una sentencia de condena contra la acusada.

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: REVOCAR la sentencia dictada el 13 de marzo de 2019, por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira (Risaralda), en la cual se declaró penalmente responsable a la señora LMOA por incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 C.P).

SEGUNDO: En caso de que la procesada se encuentre detenida, se ordena librar la respectiva orden de libertad, que será firmada por medio digital o escaneada, conforme a lo previsto en el artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TERCERO: Contra la presente decisión procede el recurso de casación.

CUARTO: DISPONER que en atención a lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, no se realizará audiencia de lectura de la presente determinación, y por ende esta decisión se le notificará por la Secretaría de esta Sala vía correo electrónico a las partes e intervinientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

1. Folios 2-5 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 6 [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 3 [↑](#footnote-ref-3)