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 / NULIDAD DE PREACUERDO / POR LA PRESUNTA ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA / NO EXISTE CAUSAL QUE VULNERE LOS DERECHOS DE PROCESADO / ADEMÁS, LA ACEPTACION DE CARGOS NO IMPONE SENTENCIA CONDENATORIA SI LA CONDUCTA REALMENTE ES ATÍPICA.**

El delegado de la FGN expuso en la audiencia donde pidió la nulidad del acto de aprobación del preacuerdo, que el ente acusador no tenía pruebas para demostrar que el acusado portaba el material sicoactivo con fines de distribución o de comercio, y que en virtud de un pronunciamiento contenido en la sentencia CSJ SP del 28 de febrero de 2018, radicado 50512, se debía entender que al llevar consigo el material con fines de consumo, la conducta del señor PJNJ se debía considerar como un acto atípico.

El juez de primer grado sustentó su determinación en lo esencial en el hecho de que lo pretendido por parte del delegado de la FGN carecía de fundamentación, en el entendido de para que se pudiera decretar la nulidad de todo lo actuado en el proceso que se tramita en contra del señor NJ, se debía evidenciar alguna de las causales para invocar esta figura jurídica…

Para dar solución a la controversia propuesta en principio es necesario establecer si ante el allanamiento a cargos el juez de conocimiento puede emitir un pronunciamiento diferente al de una sentencia condenatoria y si es del caso, determinar la viabilidad de decretar la nulidad de las actuaciones. (…)

… debe advertirse que la aceptación de cargos por parte del señor PJNJ por la violación del artículo 376, inciso 2º del CP, en la modalidad de “llevar consigo” 6.9 gramos de una sustancia que identificada como positiva para cocaína y sus derivados, no debe concluir indefectiblemente en la imposición de una sanción penal, ya que en CSJ SP del 14 de marzo de 2018, radicado 46848 se manifestó que así mediara un allanamiento a cargos, no era posible declarar la responsabilidad del procesado si la conducta que se le atribuía era atípica…

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

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

Pereira, tres (3) de junio de dos mil veinte (2020)

Acta Nro. 431

Hora: 1:50 p.m.

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Se procede a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por el delegado de la FGN contra la decisión que adoptó el Juez Único Promiscuo del Circuito de Quinchía – Risaralda, el 20 de marzo de 2018, por medio de la cual no accedió a su solicitud para que se decretara la nulidad sobre lo actuado a partir del preacuerdo celebrado con el procesado PJNJ, el 31 de enero de 2018, donde este acepto cargos por la comisión del delito de violación del artículo 376, inciso 2º del CP.

**2. ANTECEDENTES**

2.1 El supuesto fáctico del escrito de acusación[[1]](#footnote-1) es el siguiente:

*“El 8 de febrero del año que avanza alrededor de las 12:25 horas, miembros de la Policía Nacional realizaban un puesto de disuasión en la vía troncal de Occidente, Corregimiento de San Clemente del municipio de Guática, cuando le hacen la señal de pare a una motocicleta conducida por PJNJ, al percatarse de la presencia policial huye del lugar, siendo alcanzado en el sector Enmontado, finca la Esperanza jurisdicción de Quinchia; en ese instante arroja al piso una bolsa negra y al verificar su contenido se detecta una sustancia pulverulenta con características a estupefacientes; motivo por el cual le dieron a conocer sus derechos como persona capturada y fue llevado para su respectiva judicialización.*

*La sustancia incautada fue sometida a prueba de identificación preliminar homologada PIPH, arrojando un peso neto de SEIS punto NUEVE (6.9) gramos, positivo para COCAINA Y SUS DERIVADOS.*

*La Fiscalía solicitó el 9 de febrero de 2017 las audiencias preliminares de control de garantías, correspondiendo las mismas al Juzgado Promiscuo Municipal con función de Control de Garantías de Quinchía, Despacho que declaró legal la captura del indiciado; se formuló imputación por la conducta punible de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes contemplada en el art. 376 inciso 2o del C.P., teniendo como fundamento el verbo rector "portar1' donde el imputado NO ACEPTO LOS CARGO ( SIC) formulados en su momento. La Fiscalía no solicitó imposición de medida de aseguramiento, decretándose la libertad del mismo.*

*Formulación de acusación*

*En ejercicio de lo preceptuado en el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal, me permito conforme a las reglas propias del juicio ACUSAR al ciudadano PJNJ, como probable autor, a título de dolo de la conducta punible descrita en el Código Penal, libro segundo, parte especial, Título XIII "Delitos contra la Salud Pública, Capitulo Segundo "Del Tráfico de Estupefacientes y otras Infracciones" Artículo 376, inciso segundo, modificado por el Art. 11 de la Ley 1453 de 2011, que a la letra dice: "Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes: E/que sin permiso de autoridad competente... lleve consigo..., sustancia estupefaciente (...)*

*Si la cantidad de droga no excede de... cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína..., la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salario mínimos legales mensuales vigentes (...)" , teniendo como fundamento el verbo rector "llevar consigo', en la modalidad antes descrita y concordante con los cargos formulados al acusado al momento de la formulación de imputación.(…)”.*

**3. SOBRE LA ACTUACIÓN QUE DIO ORIGEN AL PRESENTE RECURSO**

3.1 El 20 de marzo de 2018 se instaló la audiencia de individualización de pena y sentencia de que trata el artículo 447 CPP, luego de que se hubiera aprobado un preacuerdo celebrado entre la FGN y el procesado.

3.2 El delegado de la FGN intervino para manifestar lo siguiente:

* De acuerdo a las últimas sentencias emitidas por la SP de la CSJ, a la FGN le compete probar que la sustancia estupefaciente incautada tiene como finalidad la comercialización o tráfico, por lo que el ente acusador estaba obligado a demostrar cada uno de los elementos del tipo penal, entre ellos los fines de porte, tráfico, fabricación de estupefacientes y la vulneración o puesta en peligro del bien jurídico tutelado.
* Para sustentar su petición citó las siguientes sentencias de la SP de la CSJ: i) radicado 41760 del 9 de marzo de 2016, M.P Fernández Carlier; ii) radicado 43512 del 6 de abril de 2016, M.P Fernández Carlier; iii) del 15 de marzo de 2017, radicado 43725 del mismo ponente; iv) la sentencia con radicado 44997 de julio 2017, M.P María Patricia Salazar Cuellar; y el iv) radicado 50512 del 28 de febrero de 2018, M.P Patricia Salazar Cuellar, indicando que en uno de los apartes de esta última sentencia se dijo 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*”, refiriendo que ese caso se trataba de una persona que fue encontrada con 47 papeletas de sustancia positiva para cocaína que tuvieron un peso de cerca de 11 gramos, donde la SP de la CSJ dijo que esa conducta era atípica.
* En el presente asunto al señor PJNJ le incautaron 6.9 gramos de una sustancia que fue identificada como positiva para cocaína, por lo cual se le imputó la violación del artículo 376 del CP, inciso 2º, en la modalidad de portar o llevar consigo ese material sicoactivo.
* Pese a que en este caso se celebró un preacuerdo con el procesado quien aceptó los cargos por la violación de la citada norma de prohibición, la FGN no tenía ninguna prueba que le permitiera demostrar que el procesado portaba la sustancia con un fin diferente al de su consumo, por lo cual sería injusto que se dictara una sentencia de condena en su contra y que resultara privado de su libertad, para lo cual se debían tener en cuenta los precedentes que citó, en especial CSJ SP 41760 del 9 de marzo de 2016 en la cual se dijo que el porte de sustancias sicoactivas en cantidad que excediera la dosis para consumo individual, cuando no existía un propósito de comercialización o tráfico, ni implicara un almacenamiento indiscriminado, no debía ser considerada como conducta delictiva siempre cuando estuviera destinada al uso personal y a satisfacer la necesidad del usuario de drogas, y que en consecuencia tales actos debían ser conocidos por las autoridades administrativas por tratarse de un problema de salud. A su vez en CSJ SP 50512 del 28 de febrero de 2018 se precisó que más allá de la cantidad de sustancia incautada, lo relevante era el propósito que animaba al agente para llevarla consigo.
* Por lo tanto considero que la conducta del procesado constituía un acto atípico, y pese a que se contaba con la aceptación de cargos por parte del señor PJNJ, por la violación del artículo 376 del CP, lo procedente era decretar la nulidad de la aprobación del preacuerdo, con base en el artículo 457 del CPP, por violación de los derechos a la defensa y al debido proceso y que se precluyera la investigación, por imposibilidad de desvirtuar su presunción de inocencia, ya que no se podía dictar una sentencia de condena cuando la FGN no había logrado demostrar que el citado ciudadano llevaba consigo la sustancia estupefaciente para un fin diverso a su uso individual y en este caso debía ser considerado como un adicto al uso de sustancias sicoactivas.

3.3 El Defensor coadyuvo la petición del delegado de la FGN.

**4. SOBRE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

4.1 El juez de primer grado negó la petición de delegado de la FGN, con base en la siguiente argumentación:

* Hizo referencia al artículo 458 del CPP, el cual establece el principio de taxatividad de las nulidades, por lo cual no se podía decretar una nulidad por causal diferentes a las consagradas en el artículo aludido, que remitía al artículo 457 *ibidem.*
* En este caso no se habían vulnerado los derechos a la defensa y al debido proceso del acusado por lo cual no se configuraba la causal de nulidad invocada, ya que desde la audiencia de legalización de captura el señor PJNJ contó con la asistencia de un abogado adscrito al Sistema de Defensoría Pública, para que ejerciera su defensa técnica y a través de él participó en la elaboración del preacuerdo que suscribió, con lo cual se respetó el derecho al debido proceso, en sus aspectos formales y sustanciales.
* El preacuerdo que celebró el inculpado con la FGN fue realizado conforme a la legalidad y la ritualidad procesal penal, ya que el procesado fue debidamente enterado sobre las consecuencias y beneficios de su aceptación de cargos y en tal virtud había sido aprobado por su despacho en la audiencia que se celebró el 31 de enero de 2018.
* Por lo tanto lo expresado por el Fiscal, con base en las decisiones de la SP de la CSJ que citó como sustento de su petición, podría dar a lugar a que en su oportunidad se iniciara una acción de revisión de la sentencia conforme al numeral 7º del artículo 192 del C.P.P, el cual contempla entre sus causales el cambio de jurisprudencia, sin que en este caso se hubiera demostrado la violación del derecho de defensa o el debido proceso del incriminado, por lo cual no era procedente la nulidad invocada.

**5. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO**

5.1 Delegado FGN (recurrente)

(Síntesis)

* El procesado fue capturado por llevar consigo 6.9 gramos de una sustancia que fue identificada como positiva para cocaína y sus derivados.
* El preacuerdo se celebró el 31 de enero de 2018, es decir antes de que se profiriera la sentencia CSJ SP 50512 del 28 de febrero de 2018, radicado 50512, en la cual se casó una sentencia por causa de la captura de una persona a quien le incautaron 11.6 gramos con sustancia estupefaciente con las mismas características de la que le fue requisada a su representado.
* En la sentencia aludida se dijo que el peso de la sustancia estupefaciente ya no era un factor determinante para efectos de establecer la lesividad de la conducta, por lo cual en el juicio se podía desvirtuar esa situación en los casos en que se llevaba consigo material sicoactivo que excedía la dosis para uso personal y en aplicación del principio de favorabilidad, se debía aplicar ese precedente al presente caso, decretando la nulidad solicitada, ya que no se podía condenar al procesado porque la FGN no tenía EMP o EF para demostrar que el señor PJNJ portaba ese material para su comercialización, así este hubiera aceptado los cargos por la violación del artículo 376 del CP..
* Por lo tanto solicitó que revocara la decisión de primera instancia y que como consecuencia de la declaratoria de nulidad del preacuerdo, se decretara la preclusión de la investigación.

5.2 DEFENSOR (No recurrente)

Dijo que no tenía interés en pronunciarse sobre el recurso que interpuso el Fiscal.

**6. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

6.1. Esta Colegiatura es competente para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto por el artículo 34-1 de la ley 906 de 2004.

6.2. Problema jurídico a resolver

6.2.1 Con base en el principio de limitación de la doble instancia, y en atención a la decisión impugnada por la FGN, el problema jurídico a resolver se contrae a determinar el grado de acierto de la determinación del *A Quo* de no decretar la nulidad del preacuerdo celebrado el 31 de enero de 2018, al inicio de la audiencia preparatoria, entre el procesado… PJNR y la FGN según el cual el: i) acusado se declaraba culpable de la violación del artículo 376 del CP, inciso 2º del CP; y ii) la FGN degradaba su responsabilidad de autor a cómplice de esa conducta punible y en consecuencia se le impondría una pena de prisión de 32 meses. Esta convención fue aprobada por el juez de conocimiento mediante decisión que quedo en firme.[[2]](#footnote-2)

6.2.2 En este caso se da como un hecho probado que el señor PJNJ fue capturado el 8 de febrero de 2017 en el municipio de Quinchía, por posesión de estupefacientes. Al día siguiente se le formuló imputación por la violación del artículo 376 inciso 2º del CP, en la modalidad de “llevar consigo”[[3]](#footnote-3). Posteriormente se le formuló acusación por el porte de 6.9 gramos de un material que fue identificado como positivo para cocaína y sus derivados.[[4]](#footnote-4)

6.3. El delegado de la FGN expuso en la audiencia donde pidió la nulidad del acto de aprobación del preacuerdo, que el ente acusador no tenía pruebas para demostrar que el acusado portaba el material sicoactivo con fines de distribución o de comercio, y que en virtud de un pronunciamiento contenido en la sentencia CSJ SP del 28 de febrero de 2018, radicado 50512, se debía entender que al llevar consigo el material con fines de consumo, la conducta del señor PJNJ se debía considerar como un acto atípico.

6.4 El juez de primer grado sustentó su determinación en lo esencial en el hecho de que lo pretendido por parte del delegado de la FGN carecía de fundamentación, en el entendido de para que se pudiera decretar la nulidad de todo lo actuado en el proceso que se tramita en contra del señor NJ, se debía evidenciar alguna de las causales para invocar esta figura jurídica que se encuentran en el C.P.P en sus artículos 455, 456 y 457, lo cual se podría concatenar con el artículo 458 de la misma ley, pues este habla del principio de taxatividad en materia de nulidades.

Por su parte el recurrente considera que dadas las circunstancias del caso resultaba aplicable la sentencia CSJ SP del 28 de febrero de 2018, radicado 50512, por lo cual lo procedente en este caso en concreto era declarar la nulidad del acto de aprobación del preacuerdo, ya que lo contrario se le vulneraría al señor NJ el derecho al debido proceso.

6.5. Para dar solución a la controversia propuesta en principio es necesario establecer si ante el allanamiento a cargos el juez de conocimiento puede emitir un pronunciamiento diferente al de una sentencia condenatoria y si es del caso, determinar la viabilidad de decretar la nulidad de las actuaciones.

6.5.1 Según el contexto fáctico de la actuación al investigado se le atribuyó el porte de sustancia estupefaciente en cantidad de 6.9 gramos, positivo para cocaína y sus derivados.

6.5.2 El *A quo* consideró que no existía razón suficiente para decretar la nulidad pedida por el Fiscal, ya que se violaría el principio de taxatividad que rige esa materia, en la medida en que el preacuerdo celebrado se hizo dentro de los parámetros legales y el procesado NJ tuvo todas las garantías para celebrar ese tipo de convención con la FGN a través de la cual aceptó los cargos en la audiencia preparatoria, de conformidad con lo previsto en el artículo 356 numeral 5º del CPP, por lo cual, el procedimiento a seguir era cumplir la fase de individualización de pena y sentencia y proferir el correspondiente fallo de carácter condenatorio.

6.5.3 En ese sentido es necesario hacer una precisión sobre los derechos y facultades de las partes involucradas en el proceso penal, pues se entiende que la posibilidad de allanarse a los cargos, sea a través de tal manifestación en vista pública o mediante preacuerdo, es una potestad exclusiva del imputado, conforme a los literales a), b), k), y j) del artículo 8o del C. de P.P. que es de elemental comprensión, ya que el procesado es quien va a sufrir los efectos de una sentencia condenatoria, y para el efecto se debe tener en cuenta que el artículo 131 *ibídem* dispone claramente que: *“si el imputado o procesado hiciere uso del derecho que le asiste de renunciar a las garantías de guardar silencio y al juicio oral deberá el juez de control de garantías o el juez de conocimiento verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado”.*

6.6 En atención al problema jurídico propuesto, debe decirse que esta Sala en decisión adoptada el 14 de abril de 2020, dentro del proceso adelantado contra Luz Helena Ocampo Álvarez, por violación del artículo 376 inciso 2º del CP, hizo las siguientes consideraciones:

*“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…” .*

6.7 En el caso en estudio se presenta una situación *sui generis*, ya que no es la defensa, sino el propio fiscal el que solicita que se decrete la nulidad del preacuerdo que el mismo celebró a nombre de la FGN con el señor NJ, para lo cual hizo referencia a varias decisiones de la SP de la CSJ sobre la atipicidad del porte de estupefacientes en cantidades que superaban la dosis para uso personal cuando el ente acusador no tenía manera de demostrar que las sustancias estuvieran destinadas al tráfico, para lo cual adujo que el órgano de cierre en materia penal había proferido la decisión con radicado 50512 del 28 de febrero de 2018, que fue posterior al preacuerdo celebrado con el acusado y que al no tener medios de prueba para demostrar que el acusado PJNJ llevaba consigo el material con ánimo de comercio o distribución, su conducta resultaba atípica, por lo cual debía anularse el preacuerdo y ser precluida la investigación que se adelantaba contra el citado ciudadano.

6.8 Sobre el tema hay que decir que ese criterio de la SP de la CSJ se había expuesto de tiempo atrás, en las sentencias 41760 del 9 de marzo de 2016, 43725 del 15 de julio de marzo de 2017 y 44997 del 11 de julio del mismo año (ver apartado 6.6 de esta decisión), por lo cual el tema de la demostración de lo que la SP de la CSJ ha definido como el “elemento subjetivo especial” del artículo 376 del CP en materia de porte de estupefacientes, no era una tesis novedosa para la fecha en que se hizo el praecuerdo con el señor PJNJ, como lo afirmó el delegado de la FGN, quien se refirió a la sentencia 50512 del 28 de febrero de 2018, como sustento de sus peticiones.

6.8.1 Sobre esa aspecto y atendiendo la manifestación del Fiscal en la audiencia prevista en el artículo 447 del CPP, en el sentido de no poseía ningún EMP o EF para probar que al acusado portaba la sustancia con fines diferentes a su consumo, lo que hacía atípica su conducta, hay que manifestar que en el caso *sub examen,* debe aplicarse el principio de preclusión de los actos procesales, ya que el juez de conocimiento aprobó el preacuerdo celebrado entre la FGN y el procesado en la audiencia preparatoria mediante decisión del 31 de enero de 2018, que adquirió firmeza en la misma fecha y precisamente por esa situación fue que se convocó a la audiencia de individualización de pena y sentencia donde el delegado de la FGN pidió que se decretara la nulidad de la actuación, aduciendo que existía una jurisprudencia sobreviniente de la SP de la CSJ, que era el radicado 50512 del 28 de febrero de 2018, que en su criterio permitía calificar como atípica la conducta atribuida al acusado.

Por tal razón se entiende que al estar en firme el auto que aprobó el preacuerdo con el señor PJNJ lo que corresponde es que se dicte la sentencia correspondiente por parte del juez de conocimiento.

6.9 Sin embargo, debe advertirse que la aceptación de cargos por parte del señor PJNJ por la violación del artículo 376, inciso 2º del CP, en la modalidad de “llevar consigo” 6.9 gramos de una sustancia que identificada como positiva para cocaína y sus derivados, no debe concluir indefectiblemente en la imposición de una sanción penal, ya que en CSJ SP del 14 de marzo de 2018, radicado 46848 se manifestó que así mediara un allanamiento a cargos, no era posible declarar la responsabilidad del procesado si la conducta que se le atribuía era atípica. En ese sentido se dijo lo siguiente en esa decisión:

“*1 La jurisprudencia tiene dicho que una de las posibilidades de afectación de garantías fundamentales con la emisión de una sentencia dictada en virtud de allanamiento a cargos es que, al margen de la aceptación de culpabilidad, se condene al acusado pese a la existencia de situaciones objetivas que, sin modificar los enunciados fácticos que por virtud del allanamiento se entienden admitidos, y que desde la lógica de la violación directa son inmodificables por integrar la premisa menor del silogismo jurídico contenido en la sentencia, comportan una evidente imposibilidad de declarar la responsabilidad, en los términos exigidos por el derecho penal sustantivo (CSJ SP9379-2017, rad. 45.495).*

*Ciertamente, de acuerdo con el art. 29 inc. 2º de la Constitución y el art. 6º inc. 1º del C.P., uno de los componentes esenciales del debido proceso es que nadie puede ser juzgado, sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*

*En ese sentido, el juicio sustantivo de responsabilidad penal requiere la afirmación concurrente de las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en la conducta del procesado (art. 9 inc. 1º ídem). De ahí que, si de la conducta atribuida al acusado no es dable predicar su adecuación en alguna de las categorías sustanciales que componen la responsabilidad penal, no es dable sancionarlo. Una condena impuesta en tales circunstancias vulnera el debido proceso.*

*4.2 En el presente caso, la Corte detecta que la declaración de responsabilidad penal y la consecuente imposición de sanción penal a GUSTAVO ADOLFO BERMÚDEZ TORO por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes son violatorias del debido proceso. Como a continuación se expondrá, la conducta por la cual fue juzgado GUSTAVO ADOLFO BERMÚDEZ TORO es atípica, por lo que surge evidente la aplicación indebida del art. 376 del C.P.*

*Para soportar dicho aserto, en primer lugar, la Sala reiterará algunos aspectos concernientes a los elementos del tipo de injusto del art. 376 del C.P., así como a las consecuentes exigencias para afirmar la tipicidad de la conducta de portar o llevar consigo estupefacientes (num. 4.2.1 infra). En segundo término, se contrastarán los enunciados fácticos que se declararon probados en las sentencias de instancia con tal marco conceptual (num. 4.2.2 infra), a fin de evidenciar que la hipótesis delictiva no satisface las exigencias necesarias para predicar la responsabilidad del acusado (num. 4.2.3 infra).*

*4.2.1 Estructura del juicio de adecuación típica en el porte de estupefacientes*

*Partiendo del discurso constitucional sobre el ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad general de acción -expresado en el libre desarrollo de la personalidad (art. 16)-, articulado con la función de protección de bienes jurídicos asignada al derecho penal, la jurisprudencia penal (cfr. CSJ SP 15 sep. 2004, rad. 21.064 y CSJ SP 17 ago. 2011, rad. 35.978, entre otras) abordó inicialmente la problemática de la punibilidad del porte de estupefacientes para consumo personal, cuando se superaba en mínimas cantidades el tope legal establecido para dosis personal, para dar una respuesta desde la perspectiva de la antijuridicidad material (CSJ SP 8 jul. 2009, rad. 31.531).*

*En esa línea de pensamiento, a la luz del art. 11 del C.P., la necesidad de punición decae, por ausencia de lesividad, cuando la conducta resulta inidónea para afectar la salud pública, en tanto bien jurídico colectivo. Si el comportamiento no trasciende la órbita personal del sujeto activo, habrá de estimarse carente de dañosidad social y, por consiguiente, no puede predicarse su antijuridicidad.[[5]](#footnote-5)*

*Sin embargo, a la luz del art. 49 inc. 6º y 7º de la Constitución -modificado por el Acto Legislativo Nº 02 de 2009-, desde la óptica del tipo de injusto, se produjo una evolución jurisprudencial en la comprensión del asunto. Hoy en día, es criterio consolidado, lo trascendental para justificar la punición del porte de estupefacientes es su destinación, más allá de criterios cuantitativos que inicialmente hicieron parte de la definición del concepto de dosis personal. Así, independiente de la cantidad (art. 2º de la Ley 30 de 1986), si el propósito específico del sujeto activo es el de portar o tener drogas para su propio consumo, su comportamiento deviene atípico, máxime si se trata de una persona en estado de adicción. Empero, si la intención concreta va más allá de la órbita personal del consumidor -al margen de que sea adicto o no-, y el porte va unido a la intención de comercializar, traficar, suministrar o distribuir los narcóticos, el comportamiento se torna punible por interferir en derechos individuales y colectivos que conforman el bien jurídico supraindividual salud pública.*

*Parecería paradójico que, en sede de tipicidad, tuviera lugar un análisis atinente al menoscabo del bien jurídico, por ser aquél un examen que, en línea de principio, es característico de la antijuridicidad. Empero, cimentándose el injusto típico en el desvalor de resultado y, por ende, en el principio de lesividad, para nada contradictorio se ofrece que la afectación del interés jurídico protegido por la norma funcione como un criterio de interpretación anticipado en el proceso de adecuación típica, máxime que, en la temática concernida, el propósito del porte de tales sustancias es determinante para valorar la relevancia penal de esa conducta.*

*Tal constelación es una muestra de que el proceso de adecuación típica comporta una doble valoración: el juicio de correspondencia comparativa (homogeneidad) entre la conducta y el tipo, más un juicio adicional de verificación sobre la idoneidad de esa conducta típica para afectar el bien jurídico tutelado por la norma[[6]](#footnote-6). Hay circunstancias de atribución al tipo que, de entrada, hacen decaer la afirmación de la punibilidad, como la insignificancia de la conducta o su adecuación social. Si un comportamiento es socialmente adecuado, sin más, ha de entenderse atípico[[7]](#footnote-7). Por ejemplo, si el consumo de estupefacientes no puede ser sancionado, por ser manifestación de la libertad general de acción, el porte de drogas destinado para el propio consumo mal podría estimarse tipificado en la ley penal.*

*En esa dirección, la Sala expresó (CSJ SP3605-2017, rad. 43.725):*

*Y tras destacar que con anterioridad la Corporación, cuando se superaba la cantidad establecida como de uso personal, había resuelto los asuntos en sede de antijuridicidad en relación con el daño potencial o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos como la salud pública, la seguridad pública y el orden económico y social (CSJ SP, 3 sep. 2014, rad. 33409; CSJ SP, 12 nov. 2014, rad. 42617, entre otros), se puntualizó que ahora tales eventos han de ser desarrollados dogmáticamente en los terrenos de la tipicidad, porque con la modificación hecha a través del Acto Legislativo 02 de 2009, el ánimo de ingesta de las sustancias se constituye en ingrediente subjetivo o finalidad del tipo, de ahí que el porte de una cantidad de droga compatible exclusivamente con ese propósito de consumo ha de considerarse como una conducta atípica.*

*Así, se concluyó que:*

*… En otras palabras, 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. […]*

*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.*

*En la misma línea, la Corte ha clarificado que incluso tratándose de consumidores o adictos siempre se debe analizar si la finalidad de la posesión o tenencia del alcaloide era para su consumo personal, porque puede suceder que la cantidad supere exageradamente la requerida por el consumidor, o la intención sea sacarla o introducirla al país, transportarla, llevarla consigo, almacenarla, conservarla, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla, financiarla, suministrarla o portarla con ánimo diverso al consumo personal, casos en los cuales la conducta del consumidor, concurrente con esas otras finalidades, lo convierte en un infractor penal.*

*En posterior decisión, luego de repasar históricamente el recorrido jurisprudencial en el tratamiento del tema tanto en la jurisprudencia constitucional como especializada, la Sala concretó la evolución dogmática del asunto, para determinar que el referente más adecuado para analizar la problemática penal del consumo personal de drogas y del porte destinado a ese simple propósito, es el de la tipicidad objetiva, en la identificación de un ingrediente subjetivo del tipo. A ese respecto, se lee en la CSJ SP9916-2017, rad. 44.997:*

*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. […]*

*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.*

*Y ese dolo específico, valga destacar -no obstante tratarse del análisis de un cargo por la vía de la violación directa de la ley sustancial-, ha de ser acreditado por la Fiscalía, como quiera 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.´*

*4.2.2 Hipótesis delictiva afirmada en las sentencias*

*Pues bien, revisado el registro de video de la audiencia de lectura de sentencia de primera instancia[[9]](#footnote-9), que se integra por unidad jurídica al fallo dictado por el ad quem, se extracta que los hechos por los cuales fue condenado el acusado son los siguientes:*

*En horas de la madrugada del 29 de junio de 2012, personal de la Policía de la localidad de La Tebaida capturó al señor GUSTAVO ADOLFO BERMÚDEZ TORO, quien se desplazaba en una motocicleta por la calle 8 entre carreras 8ª y 9ª del barrio Alfonso López de dicho municipio. Llevaba una bolsa en su interior con 13 envoltorios con sustancia semejante a la cocaína. El material incautado fue sometido a prueba de identificación y pesaje, arrojando resultado positivo para el estupefaciente cocaína en peso neto de 4.9 gramos.*

*Dicha conducta, destacó el a quo, se imputó al tenor del art. 376 del C.P. en el verbo portar. En el informe de captura en flagrancia[[10]](#footnote-10), destaca, consta que el procesado llevaba consigo la sustancia estupefaciente.*

*Ninguna otra premisa fáctica en punto de la hipótesis delictiva, constata la Sala, se declaró probada en las sentencias confutadas.*

*Ahora, al momento de connotar jurídicamente el mencionado comportamiento, el juez de primera instancia afirmó:*

*Con esa conducta se afecta el bien jurídico de la salud pública con daño colateral a otros bienes como el orden económico y social, la administración pública, la seguridad pública y la integridad personal […] Es un tipo penal de peligro abstracto porque no se exige que se concrete un daño; basta con la eventualidad que el interés resulte amenazado para que la conducta sea punible.*

*En síntesis, puso de presente que en eventualidades en que se supera amplia o “gravemente” la cantidad autorizada legalmente para el consumo personal -como en el presente caso-, ha de afirmarse la lesividad del comportamiento, pues sólo se autoriza portar como máximo un gramo de cocaína como dosis personal.*

*El adicto a las drogas, prosigue, debe entonces someterse a los límites establecidos por el ordenamiento jurídico. Si la persona porta cantidades superiores a lo legalmente tolerado, incurre en conducta punible, pues “ha de presumirse una destinación ilícita del estupefaciente”. Sólo puede concluirse que es para consumo, enfatiza, cuando la cantidad incautada respeta los topes permitidos para dosis personal o los supera ligeramente.*

*En esos términos, para el juez no hay duda sobre el carácter delictivo del comportamiento del acusado, debido a que llevaba consigo cocaína en cantidad de 3.9 gramos por encima de la dosis personal permitida (1 gramo). Ahora, subraya, si bien en la audiencia de verificación de legalidad del allanamiento a cargos y sentencia la defensa puso de presente la condición de adicción de GUSTAVO ADOLFO BERMÚDEZ a las drogas alucinógenas, tal situación no lo excusa ni le permite portar estupefacientes en cantidad superior a la fijada por el legislador para consumo personal.*

*Sobre este último particular, destaca la Corte, a la actuación ante el juzgado de conocimiento se incorporó evidencia documental indicativa de que el acusado presenta adicción a drogas alucinógenas. Ello, según la historia clínica en la Clínica El Prado de Armenia, suscrita por el siquiatra Óscar Cabrera Erazo, quien documentó que los antecedentes de consumo, para esa época, presentaban 30 años de evolución, y diagnosticó en GUSTAVO BERMÚDEZ TORO “trastornos mentales y del comportamiento debidos al uso de múltiples drogas y al uso de otras sustancias psicoactivas”[[11]](#footnote-11).*

*4.2.3 Conclusión*

*Pues bien, contrastados los enunciados fácticos que se declararon probados en la sentencia de primera instancia con las premisas normativas y jurisprudenciales expuestas en precedencia (num. 4.2.1 supra), salta a la vista la incorrección de la declaratoria de responsabilidad penal emitida en las instancias en contra del acusado.*

*En efecto, ninguna premisa fáctica integrante de las sentencias impugnadas acredita, en lo sustancial, el ingrediente subjetivo o dolo específico tácito, concerniente al propósito del sujeto agente de destinar la cocaína para tráfico, comercialización, distribución o suministro a terceras personas. Los hechos jurídicamente relevantes que se declararon probados son que GUSTAVO ADOLFO BERMÚDEZ TORO llevaba consigo 4.9 gramos de cocaína, repartidos en 13 papeletas. Nada más. Y esas circunstancias son insuficientes para afirmar la tipicidad de su comportamiento.*

*Pero hay más, al aplicar el juicio de adecuación típica, los falladores de instancia inadvirtieron otra circunstancia sumamente trascendente, indicativa del carácter atípico del comportamiento, a saber, la condición de adicción del señor BERMÚDEZ TORO. Al momento de dosificar la sanción[[12]](#footnote-12), el a quo reconoció que aquél es un drogadicto, pero en lugar de articular la ausencia absoluta de cualquier evidencia o hecho indicativo de la destinación de la cocaína para el tráfico, comercialización, distribución o suministro a terceros con la prolongada situación de dependencia visible en el acusado, para descartar la tipicidad de su comportamiento, se aplicó un erróneo entendimiento sobre la lesividad de la conducta, basada en la comprensión de la dosis personal desde una perspectiva meramente cuantitativa.*

*En esos términos, salta a la vista la aplicación indebida del art. 376 del C.P., por ausencia de un ingrediente subjetivo del tipo que impide afirmar la tipicidad del comportamiento. En ese entendido, como se afirmó la responsabilidad por una conducta atípica (art. 9º inc. 1º ídem), la condena es igualmente lesiva del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 inc. 2º de la Constitución).*

*4.4 Decisión a adoptar*

*En eventualidades como la aquí verificada -que la conducta atribuida al procesado deviene atípica y pese a ello se dicta sentencia condenatoria en virtud de allanamiento a cargos-, la jurisprudencia ha reconocido la vulneración del debido proceso en su componente de legalidad, en tanto garantía fundamental. No obstante, por tratarse de un aspecto objetivo que imposibilita la emisión de una sentencia condenatoria, la Sala ha determinado que la solución adecuada para el restablecimiento de tal prerrogativa ius fundamental no es la nulidad, sino la emisión de un fallo absolutorio.*

*Al respecto, en la SP 8 jul. 2009, rad. 31.531, en un caso donde un imputado por porte de estupefacientes fue condenado en virtud de allanamiento, pese a que la droga que llevaba consigo estaba destinada para su uso personal, la Corte dictó sentencia absolutoria.*

*En esa oportunidad, la Sala puso de presente que la renuncia al juicio y a las garantías a éste inherentes de ninguna manera implica el desistimiento de las demás prerrogativas en cabeza de quien es procesado penalmente, así sea por la vía del procedimiento abreviado, activado por la vía de la aceptación de culpabilidad:*

*Así mismo, cuando se trate de la protección de garantías fundamentales de repercusiones sustanciales que se hubieran materializado como errores in iudicando, la Sala Penal de la Corte, cuando se trate de sentencias anticipadas que se impugnen en vía extraordinaria deberá casar la sentencia ya sea de manera rogada u oficiosa como aquí se hace al encontrar que la violación se ha materializado de manera evidente.*

*Pueden darse los casos, por ejemplo, entre otros: que la sentencia anticipada se hubiera proferido con violación al principio de derecho penal de acto, al principio de legalidad del delito o de la pena o del principio de favorabilidad sustancial, por violación del principio de prohibición de analogía in malam partem, por desconocimiento del principio de cosa juzgada y del non bis in ídem, o en la que se hubiera consolidado una violación manifiesta por indebida aplicación sustancial referida a la adecuación del injusto típico, formas de participación o de las expresiones de culpabilidad atribuidas, o por menoscabo del principio antijuridicidad material y ausencia de lesividad, como es el caso concreto, o del principio de culpabilidad subjetiva en la que se evidencie una ausencia de responsabilidad penal dada la presencia de alguna de las causales que la excluyen y se hubiese condenado con criterios de responsabilidad objetiva o por desconocimiento del principio de in dubio pro reo.*

*En las sentencias anticipadas proferidas tras la vía de la política del consenso, esto es, de los preacuerdos y negociaciones o al declararse culpable al inicio del juicio oral, exclusivamente se renuncia por parte del imputado o acusado a los ejercicios de prácticas de prueba y de contradicción probatoria, pero no se renuncia a ninguno de los derechos y garantías fundamentales de lo debido sustancial y debido probatorio (necesidad, licitud, legalidad de la prueba), postulados que en un Estado constitucional, social y democrático de Derecho de manera imperativa deben ser objeto de protección, máxime al haberse concebido a la casación penal como un control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias de segundo grado, de nomofilaxis, sede extraordinaria por excelencia en la que tiene espacio y cabida por sobre todo la prevalencia del derecho sustancial, principio constitucional que sin excepciones se proyecta aplicativo tanto a las sentencias que hubiesen terminado de manera normal como las anticipadas.*

*Tal solución -restablecer la garantía fundamental conculcada mediante sentencia de reemplazo, sin anular la actuación- se ha adoptado en situaciones similares, en las cuales, por ejemplo, se vulneró el principio de legalidad por haberse dictado una condena -con allanamiento a cargos- por dos delitos pese a configurarse un concurso aparente (cfr. CSJ SP 14 ago. 2012, rad. 39.160).[[13]](#footnote-13)*

*Como consecuencia de lo expuesto, la Corte casará la decisión de segundo grado y, en su lugar, emitirá fallo de sustitución para absolver al procesado del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 del C.P.)….”* (Subrayas ex texto) .

6.10 Con base en el precedente mencionado y pese a la manifestación del delegado de la FGN en la audiencia prevista en el artículo 447 del CPP, donde manifestó que no tenía pruebas para demostrar que el señor PJNJ portara los 6.9 gramos de la sustancia que fue identificada como positiva para cocaína y sus derivados con un ánimo diverso a proveer a su consumo, por lo cual su conducta era atípica en atención a las decisiones de la SP de la CSJ que citó, se considera que no hay lugar a anular el acto de aprobación del preacuerdo celebrado entre el procesado y la FGN, porque no se advierte la existencia de alguna situación que afecte su legalidad, lo que lleva a confirmar la decisión recurrida, lo cual no impide que el juez de conocimiento al momento de dictar sentencia examine la situación particular del procesado PJNJ frente al cargo que aceptó, con base en la jurisprudencia de la SP de la CSJ sobre la materia antes mencionada relacionada con el porte de sustancias controladas en cantidad que excede de la dosis individual, para fines diversos a su comercio, lo que guarda necesaria relación con lo dispuesto en los artículos 9º del CP y 381 del CPP.

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira,

**RESUELVE**

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Quinchía – Risaralda, en providencia del 20 de marzo de 2018, que negó la declaratoria de nulidad del preacuerdo celebrado entre la FGN y el acusado PJNJ, el día 31 de enero de 2018. En consecuencia se ordena que se devuelvan las diligencias al juzgado de origen, para que se continúe con el trámite correspondiente, en atención a lo manifestado en el apartado 6.6. de esta decisión.

SEGUNDO: Contra la presente determinación no procede ningún recurso.

TERCERO: 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. Folio 3 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 7 y 8 [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 1 Fte y vto [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 2 a 6 [↑](#footnote-ref-4)
5. Dicha postura, desde la perspectiva dogmática, fue modificada por la Sala para adoptar la solución de ausencia de responsabilidad por *atipicidad*  de la conducta. Cfr. CSJ SP 6 abr. 2016, rad. 43.512. [↑](#footnote-ref-5)
6. FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien Jurídico y Sistema del Delito.* Montevideo: B de f, 2004, p. 160. [↑](#footnote-ref-6)
7. Cfr. *ibídem,* pp. 162-170. [↑](#footnote-ref-7)
8. 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. Min. 20:12 y ss. [↑](#footnote-ref-9)
10. En el respectivo informe (fl. 9 C.1) se dejó consignado que los policías observaron “*una persona…en una motocicleta AKT color negro en actitud sospechosa”.* Se acercaron a él y le solicitaron una requisa, a la cual accedió voluntariamente. Le hallaron en el bolsillo izquierdo de la parte media del pantalón una bolsa plástica transparente que un su interior contenía 13 envolturas de papel que contenía una sustancia pulverulenta de color habano y olor penetrante, de características similares al bazuco. Sin que mediara ninguna otra circunstancia, le dieron a conocer los derechos del capturado y lo aprehendieron. [↑](#footnote-ref-10)
11. Cfr. fls. 54-57 C.1. [↑](#footnote-ref-11)
12. Con base en documentación que aportó la defensa en la audiencia de verificación de legalidad de allanamiento y emisión de sentencia. [↑](#footnote-ref-12)
13. En esa oportunidad, adujo la Sala: “*En principio, el incumplimiento de este deber le representaba a la Corte en casación decretar la nulidad, en el entendido de que la actuación correcta por parte del juez era rechazar en todos los casos el consenso o la declaración unilateral ante la imposibilidad de dictar sentencia en los términos aceptados. Sin embargo, todo error de juicio que signifique la vulneración de una garantía judicial podrá subsanarlo esta Corporación casando la decisión impugnada y dictando la de remplazo, que incluso puede ser una absolución”.* [↑](#footnote-ref-13)