

M. PONENTE	: LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
ACTA DE APROBACIÓN	: 57 de 2017
RADICADO	: 05-001-60-00206-2016-46683
CLASE DE ACTUACIÓN	: APELACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA CONDENATORIA
FECHA	: 5 DE JUNIO DE 2017
DECISIÓN	: CONFIRMA
DELITOS	: TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES

PROVIDENCIA

DESCRIPTOR

- CARGA DE LA PRUEBA

RESTRICTOR

-LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA CONDICIÓN DE CONSUMIDOR DEL ACUSADO RECAE EN LA DEFENSA: Solo satisfecha esa carga, ésta se traslada a la fiscalía que debe probar como destino de la sustancia uno diferente del propio consumo.

Si la defensa no cumple con su carga probatoria, la conducta es típica y se presume antijurídica, por tratarse de un tipo penal de peligro presunto.

PROCESO: 05-001-60-00206-2016-46683
DELITO: Tráfico de Estupefacientes
CONDENADO: Brayan Alexis Rosales Sierra
PROCEDENCIA: Juzgado 30 Penal del Circuito de Medellín
OBJETO: Apelación de sentencia Condenatoria.
DECISIÓN: Confirma
M. PONENTE: Luis Enrique Restrepo Méndez

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISION PENAL

Medellín, de dos mil diecisiete (2017).

Proyecto aprobado mediante acta Nro.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia proferida el 29 de marzo de 2017, por el Juzgado 30 Penal del Circuito de Medellín, por medio de la cual se condenó a Brian Alexis Rosales Sierra, por el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

I. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

El 13 de septiembre de 2016, a eso de las 15:15 horas, en la carrera 45 con calle 110, vía pública del barrio Andalucía de esta ciudad, agentes de la Policía Nacionalprehendieron en situación de flagrancia a Brian Alexis Rosales Sierra, luego de que fuera observado arrojando una bolsa plástica de color negro, la que en su interior contenía 98 bolsas plásticas, cada una con dos cigarrillos, para un total de 196, mismos que estaban elaborados con una sustancia vegetal con características similares a la marihuana.

La sustancia fue sometida a prueba de identificación preliminar homologada (PIPH) y arrojó como resultado 257.9 gramos positivos para cannabis o marihuana.

El capturado fue acusado por la Fiscalía General de la Nación, mediante escrito presentado el 12 de octubre de 2016, requerimiento fiscal que se concretó en audiencia celebrada el 8 de noviembre siguiente, como autor responsable del punible de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo, de que trata el artículo 376 inciso segundo del C.P. Realizado el juicio oral el *a quo* profirió la sentencia que se revisa, y en ella se halló penalmente responsable al acusado y se le condenó a las sanciones de diez (10) meses y veinte (20) días de prisión, multa de 0.33 smlmv e inhabilitación para el ejercicio de funciones y cargos públicos por el mismo lapso; no se le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia, ni la prisión domiciliaria.

II. DECISIÓN OBJETO DE RECURSO

Las partes estipularon como probados los hechos relacionados con la plena identificación del acusado, las circunstancias en que se produjo su captura, la cantidad y mismidad de la sustancia incautada y el hecho de presentar condiciones de marginalidad y pobreza. Con esos presupuestos la *a quo* entendió acreditada la existencia de la conducta; en punto de la antijuridicidad, consideró que la defensa dejó de demostrar fehacientemente el destino final de la sustancia, cuya cantidad estimó exorbitante, pues supera ampliamente la autorizada a título de dosis personal.

Trayendo a colación recientes fallos de la Corte Suprema de Justicia, destacó que al juicio no se introdujo prueba de la cual pudiera deducirse la calidad de consumidor del procesado, ni menos sobre la necesidad y habitualidad de consumo del señor Rosales Sierra, lo que, consideró, indica que con dicho comportamiento se puso en efectivo riesgo el bien jurídicamente protegido.

III: DEL RECURSO

Contra dicha decisión, la defensa interpuso recurso de apelación, que sustentó mediante memorial con los siguientes argumentos:

Realizó inicialmente un recuento dogmático de la figura de las estipulaciones probatorias, para luego afirmar que para el caso en concreto, los únicos hechos que se demostraron por esta vía, lo fueron las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se dio captura al procesado, así como la naturaleza, cantidad y calidad de la sustancia que le fue incautada.

Considera que, no obstante lo anterior, no se puede afirmar que se demostró también la responsabilidad penal del acusado, ya que, explica, de la sola cantidad de sustancia incautada, no puede inferirse válidamente el daño al bien jurídico. Estima que no existe en el proceso un elemento de convicción que permita inferir que, además de que el señor Rosales Sierra llevaba consigo el estupefaciente, también lo compartía con otra u otras personas a título gratuito u oneroso, como para suponer que se dedicaba al tráfico o distribución.

Destaca que la Fiscalía no fue más allá de demostrar la tipicidad objetiva, sin arrimar prueba que acreditara los demás elementos estructurales del delito.

Citó una aclaración de voto del fallo radicado 42.617 de 2014, según el cual la atipicidad del comportamiento se extiende no solo para el consumidor habitual o adicto que destina la sustancia para su propio consumo, sino a quien porta la sustancia sin esa calidad pero sin distribuirla a cualquier título.

Finalmente, se refiere a un salvamento de voto de esa misma Corporación, sin citar la decisión respecto de la cual se produjo, la cantidad que portaba su cliente puede entenderse como dosis de aprovisionamiento para dos semanas.

Solicita revocar la sentencia condenatoria y que se absuelva a su prohijado.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. En primer término ha de manifestarse que esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004.

2. El problema jurídico planteado por el recurrente puede enunciarse en el sentido de establecer si en el caso bajo examen es posible o no arribar a una conclusión de responsabilidad penal con base solo en los hechos que fueron estipulados por las partes.

La defensa recurrente afirma que no es posible, pues con los hechos estipulados como probados solo se demostró la tipicidad objetiva, quedando pendiente de acreditar la antijuridicidad de la conducta que en su opinión tiene que ver con el daño al bien jurídico tutelado. En respaldo de su afirmación el censor realizó una extensa disertación en punto de la naturaleza de las estipulaciones probatorias acordadas con la Fiscalía que en esta sede no

es del caso reiterar en su integridad, pues responde a conceptos respecto de los cuales no existe discusión.

3. Para resolver el problema propuesto, basta recordar que las partes estipularon las circunstancias en que se produjo la captura del ciudadano Rosales Sierra, la naturaleza, calidad y cantidad de sustancia encontrada en su poder y la condición de marginalidad y extrema pobreza que determinó el comportamiento del acusado, ello en razón de su actividad como albañil o persona dedicada a la mano de obra civil.

Expresado de diferente manera, debe entenderse demostrado en la actuación que Rosales Sierra fue sorprendido por la Policía llevando consigo 196 cigarrillos de marihuana, almacenados en 98 bolsas plásticas con dos cigarrillos cada una, todas ellas en una bolsa de mayor tamaño que tiró al ver a los uniformados y luego trató infructuosamente de huir; así mismo que este comportamiento se desencadenó dada la extrema pobreza del acusado, hecho que sin duda alguna se constituyó en una concesión graciosa de la Fiscalía en su favor, acudiendo a una suerte de negociación velada.

Más claro, esos hechos pudieron haber sido objeto de controversia por parte de la defensa, no obstante lo cual, por decisión propia renunció a hacerlo.

Ahora, los anteriores hechos, se adecuan a la descripción típica contenida en el inciso segundo del artículo 376 del C.P¹. en la modalidad de llevar consigo, tipo penal que ha sido

¹ ARTICULO 376. TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> <Artículo modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, **lleve consigo**, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de droga sintética, sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de ketamina y GHB, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de droga sintética, quinientos (500) gramos de nitrato de amilo, quinientos (500) gramos de ketamina y GHB, la pena será de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de ciento veinte y cuatro (124) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

<Inciso adicionado por el artículo 13 del Ley 1787 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> Las sanciones previstas en este artículo, no aplicarán para el uso médico y científico del cannabis siempre y cuando se tengan

considerado por la doctrina y la jurisprudencia como de peligro presunto, lo que significa que su antijuridicidad se da por establecida solo con demostrar su tipicidad. Ahora, por tratarse de una presunción, esta se interpreta en contra de una de las partes, para el caso, el acusado. No obstante, también ha considerado la jurisprudencia que se está ante una presunción *iuris tantum*², es decir, de aquellas que admiten prueba en contrario, lo que constituye una carga en cabeza de la defensa que se verá liberada de tal presunción demostrando que el acusado es adicto o consumidor habitual, a fin de que la carga probatoria se traslade nuevamente a la Fiscalía, esta vez, en dirección a que demuestre que la sustancia tiene un fin distinto al propio consumo. Si la defensa no procede de conformidad, esto es, demostrando que su patrocinado es consumidor habitual o adicto, a la Fiscalía le basta con demostrar que el agente portaba una cantidad superior a la dosis personal, para entender que la conducta, además de típica es antijurídica.

Ahora bien, es claro que la jurisprudencia constitucional ha avalado la existencia de tipos penales de peligro presunto como el de porte de estupefacientes, que de ninguna manera ha desaparecido de nuestro ordenamiento, ello, bajo la condición de que se trate de un peligro próximo, inmediato, palpable no lejano. Sobre lo primero ha sostenido la Corte:

8.3.1. La moderna sociedad de riesgo ha transformado profundamente los conceptos tradicionales del derecho penal y la política criminal. El abandono de los principios seculares de un derecho penal liberal y la expansión de la intervención punitiva del estado en muchos ámbitos, es una de sus características. La necesidad de controlar los inmensos riesgos que se originan en la época que más adelantos tecnológicos ha producido en la historia de la humanidad, hizo indispensable anticipar la protección de los bienes jurídicos a una etapa anterior al efectivo menoscabo de los valores fundamentales de una sociedad.³ Para ello se utiliza, entre otros instrumentos, la técnica de los tipos de peligro, que se caracterizan porque la punibilidad de un comportamiento no depende de la efectiva lesión del objeto de protección penal, sino simplemente de la probabilidad de un daño para el mismo.

Cuando el Estado decide anticipar el ámbito de protección a una etapa anterior a la vulneración efectiva de un bien jurídico, puede emplear básicamente dos alternativas:

i) Hacer punible una simple actividad peligrosa que, en virtud de una valoración anticipada del legislador se considera necesaria de intervención penal. Se trata de los llamados delitos de peligro abstracto, en los cuales la simple realización de la actividad prohibida es relevante para el tipo, sin que se requiera verificar que

las licencias otorgadas, ya sea por el Ministerio de Salud y Protección Social o el Ministerio de Justicia y del Derecho, según sus competencias.

² *ibíd.*

³ Cfr. Jesús-María Silva Sánchez. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Cuadernos civitas. Madrid. 1999. Págs. 21 y ss

realmente ha producido una situación de riesgo para los bienes jurídicos protegidos^{4,5}

Sobre lo segundo se ha manifestado en los siguientes términos:

En los tipos de peligro debe considerarse la mayor o menor cercanía de la conducta peligrosa al bien jurídico protegido. Cuando el peligro es remoto, el bien no se halla amenazado en forma concreta, y lo que en realidad se castiga es la mera desobediencia o violación formal de la ley con la realización de una acción inocua en si misma. En última instancia, la potencialidad dañina que encierra la conducta se juzga realizable a partir de consideraciones que involucran no al acto mismo sino a su autor. Por el contrario, cuando el peligro es próximo porque la realización de la conducta está vinculada con la potenciación de un daño concreto, resulta justificada la represión de la misma, pues el derecho penal no sólo tiene por objeto sancionar los delitos, sino también prevenirlos.⁶

De acuerdo con la cita precedente, se equivoca en censor cuando exige que además de la tipicidad al fiscalía debió demostrar el daño al bien jurídico tutelado, ello, en razón a que por tratarse de un delito de peligro presunto, bastaba contar con elementos que permitieran calificarlo como próximo, no remoto, condición que se satisface con creces en el *sub lite*. Veamos las razones de este aserto:

Es claro, pues así lo admitió la defensa, que el acusado llevaba consigo una sustancia para nada insignificante de yerba, unos gramos más de media libra, que los llevaba además distribuidos en cigarrillos, pero no solo eso, en 196 cigarrillos, en bolsitas de a dos cigarrillos, con lo cual el peligro sobre el bien jurídico tutelado es latente, pues la posibilidad de que se compartan a cualquier título también lo es. Si a ello se suma que dentro de los hechos estipulados no se incluyó la condición de consumidor o adicto del acusado, la que tampoco se demostró probatoriamente en el juicio por la razón que haya sido, que de todos modos es imputable a la defensa material, queda claro que la Fiscalía, con ayuda de la defensa, cumplió con su carga probatoria, generando la correlativa carga para la defensa que se quedó corta en esa tarea.

Finalmente, la conciencia de la antijuridicidad de la conducta como elemento de la culpabilidad también aparece clara, de los mismos hechos estipulados en relación con la captura, donde se estableció que llevaba la yerba en una bolsa grande y al ver a los policiales se descargó de la misma y trató de huir.

⁴ Cfr. Blanca Mendoza Buergo. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Civitas. Madrid. 2000. Págs. 78 y ss.

⁵ Cfr. Sentencia C-939-2002.

⁶ Cfr. Sentencia C-430-1996.

Así las cosas, la Sala debe darle la razón al *a quo* en cuanto al sentido de su decisión.

4. Ahora bien, las referencias que realiza la defensa en cuanto a una posible dosis de aprovisionamiento, resultan impertinentes ante la falta de prueba en el plenario sobre la condición de adicto o consumidor habitual de su cliente, que se constituye en la base sobre la cual la Corte sustenta la línea jurisprudencial que en los últimos días ha hecho carrera en el sentido de entender atípica la conducta de llevar consigo cuando quien lo hace es un consumidor habitual o adicto⁷, sin que la fiscalía demuestre que el destino de la sustancia es diferente al propio consumo. Es claro que se trata de un hecho no demostrado en el juicio, sin que se pueda acudir en su defecto a algún documento acompañante de las estipulaciones para demostrar esa calidad, tal como el propio censor lo reconoce en su escrito de sustentación, criterio que ha ratificado la Corte Suprema en innumerables decisiones, una de las cuales se cita a continuación:

“Una estipulación es un convenio, un acuerdo que, en este caso, comporta que las partes dan por demostrados, por verificados, los aspectos reseñados taxativamente en la norma, de lo cual surge que los mismos quedan excluidos de someterlos al sistema probatorio dentro del juicio, razón por la cual la estipulación misma, sin más aditamentos, constituye la prueba del hecho o circunstancia, de donde deriva que no existe la carga de anexar elemento alguno para respaldar la estipulación, por lo cual se tiene que si las partes tuvieron a bien aportar algún soporte en respaldo del pacto, el mismo no tiene incidencia alguna, pues no puede probar ni menos ni más de lo acordado.

“Por tanto, si alguna consideración puede darse a ese anexo, que no debe serlo pues la prueba es la estipulación, la misma apunta única y exclusivamente al hecho, a la circunstancia que expresamente convinieron las partes.

Si el anexo allegado inoficiosamente como soporte de la estipulación refiere aspectos diversos del hecho concreto acordado, estos no pueden ser apreciados en ningún sentido, por la razón simple pero evidente de que ese anexo no es prueba alguna, en la medida en que no ha sido introducido bajo los lineamientos del proceso penal, esto es, no ha sido descubierto, enunciado, ni pedido como prueba, ni, menos, allegado como tal dentro del debate oral, público y contradictorio.

En ese contexto, si el funcionario apoya su decisión en un elemento allegado como soporte de la estipulación, por fuera de lo expresamente acordado, deriva incontrastable que falsea el contenido real de la prueba, que no es cosa diversa al hecho estipulado. A la par, como hipótesis puede considerarse que esa forma de apreciación lo que hace, en esencia, es

⁷ Corte Suprema de Justicia, sentencia 43.725. SP3605-2017 (Aprobado Acta número 83) del 15 de marzo de 2017

suponer una prueba inexistente, en tanto ese anexo no tiene connotación de prueba, menos si se lo usa para acreditar aspectos no convenidos.”⁸

En razón de lo hasta aquí discurrido la decisión será confirmada.

Por lo anterior la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución **CONFIRMA** la sentencia de fecha, origen y contenido indicados.

La presente decisión se notifica en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

CÚMPLASE.

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO

NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO

⁸ Corte Suprema de Justicia. Radicado 38975 del 6 de febrero de 2013.