



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, nueve (09) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

RADICADO	05001-60-00206-2013-55292
DELITO	TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES
PROCESADO	OSCAR FABIÁN GARCÍA GUIRAL
ASUNTO	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

MAGISTRADO PONENTE:
DR. OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Proyecto aprobado en Sala del dos (02) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), mediante Acta Nro. 35 y leído en la fecha

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensora pública del señor **OSCAR FABIÁN GARCÍA GUIRAL**, en contra de la sentencia emitida el 13 de julio de 2016 por el Juzgado Veinte Penal del Circuito de Medellín, donde se le condenó como autor del delito de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**.

2. HECHOS

El 20 de octubre de 2013, aproximadamente al medio día, el señor **OSCAR FABIÁN GARCÍA GUIRAL** se desplazaba por la carrera 62 con calle 77 vía pública de esta ciudad, cuando fue abordado por unos patrulleros de la Policía nacional, quienes le solicitaron una requisa a la que el ciudadano accedió, encontrándole en el interior de un bolso que cargaba en el hombro izquierdo una bolsa negra que contenía a su vez 99 papeletas de una sustancia color blanco similar al bazuco, la cual fue sometida a prueba

preliminar de campo, arrojando la muestra un peso neto de 27.1 gramos de cocaína.

3. RECUENTO PROCESAL

El 21 de octubre de 2013 ante el Juzgado Veinticinco Penal Municipal de Garantías de Medellín se llevó a cabo la audiencia de legalización de captura y se formuló imputación al señor **OSCAR FABIÁN GARCÍA GUIRAL** por el delito de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** en la modalidad de llevar consigo, contenido en el artículo 376 inciso 2 del Código Penal, no obstante, este no se allanó a los cargos. Ese mismo día, el capturado quedó en libertad, ya que la Fiscalía declinó de la solicitud de imposición de medida de aseguramiento.

Seguidamente la Fiscalía 190 Seccional presentó escrito de acusación, correspondiendo el asunto al Juzgado Veinte Penal del Circuito de Medellín, donde se llevaron a cabo con normalidad las audiencias de acusación, preparatoria y juicio oral. Finalmente, el 13 de julio de 2016 se emitió sentencia condenatoria en contra del acusado, imponiéndole una pena de 12 meses de prisión, multa de \$250.000 pesos e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual a la pena principal, sin derecho a ningún tipo de subrogado penal. Esta decisión no agradó a la defensa, quien interpuso recurso de apelación.

4. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

En escrito allegado oportunamente, la defensora del procesado expuso que el motivo de su inconformidad con el fallo se relaciona con la valoración de la prueba efectuada por el *A quo*, ya que, en su criterio, no se demostró más allá de toda duda razonable que su defendido llevaba consigo el aludido estupefaciente con otro fin diferente al consumo.

Señala que el juez de primer grado no hizo una adecuada valoración de la prueba recaudada en el juicio oral, compuesta por estipulaciones probatorias y el testimonio de la señora **SANDRA LUCÍA GUIRAL**

METAUTE, y de la cual se puede concluir con facilidad que la destinación del alijo encontrado era para el consumo exclusivo del señor Oscar Fabián.

Expone que no hay discusión alguna sobre la forma en que se dio la captura, ni tampoco sobre el carácter y peso del estupefaciente incautado a su defendido, sin embargo, dejaron de mirarse aspectos como que este presenta condiciones de marginalidad, hecho que tampoco fue controvertido, y si a ello le sumamos lo expuesto en su declaración en juicio por la tía del procesado, en calidad de testigo personal y directa de su situación de poliadicto y consumidor constante de marihuana y bazuco desde los 16 años, es factible concluir que dicha sustancia constituía su dosis de aprovisionamiento.

Insiste en que no se demostró la antijuricidad material del hecho, ni tampoco el peligro potencial al bien jurídico tutelado, pues lo único realmente probado es que la finalidad del alucinógeno era el consumo exclusivo por parte de su portador, descartándose la afectación a terceros. Por otro lado, el A quo no solo desestimó la versión de la testigo presencial, aduciendo que un solo testigo no era suficiente, desconociendo que en este sistema penal no existe tarifa legal; sino que omitió dar aplicación a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia sobre el tratamiento legal que debe darse en este tipo de casos, cuando se demuestra que el porte de la sustancia solo tiene fines exclusivos de consumo. Por lo expuesto, solicita revocar el fallo de primera instancia y en su lugar, absolver al procesado de todos los cargos.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Conforme lo reglado por el artículo 34 numeral primero de la Ley 906 de 2004, es competente la Sala para conocer el recurso de alzada en tanto es superior funcional del Juzgado Veinte Penal del Circuito de Medellín, despacho que profirió la providencia apelada.

El problema jurídico que debe abordar la Sala se contrae a analizar si la sentencia condenatoria de primera instancia se encuentra ajustada a los cánones legales y constitucionales, o sí, por el contrario, le asiste razón a la

defensa, al solicitar la absolución de su defendido, por considerar que la Fiscalía no demostró que la sustancia estupefaciente que le fue incautada tuviese otro fin diferente al consumo.

En relación con la materialidad típica de la infracción por la que se procede, según el artículo 376 del Código Penal (modificado por el artículo 11 de la ley 1453 de 2011) el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, consiste en lo 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.

Sobre este punible en particular, la gran mayoría de la Doctrina (con contadas excepciones) lo considera un delito de peligro abstracto, en el sentido de que no exige la concreción de un daño al bien jurídico tutelado, sino que basta la eventualidad de que el interés resulte lesionado, pues se pone en peligro la salud pública; salud mirada como un bien socialmente difuso, universal y colectivo, por lo que con esta clase de conductas se vulnera la estabilidad de la colectividad, no solo en el plano físico, psicológico, moral, sino también en el económico. Así las cosas, se ha aceptado como bien jurídico básicamente protegido la salud pública y no la vida o la salud individual.

Partiendo de este presupuesto, se ha reconocido gradualmente que no se trata sólo de un tipo penal orientado a proteger la salud pública, sino que

eventualmente atenta contra otros bienes jurídicos como el orden socio-económico), la administración pública, la seguridad pública, la autonomía personal y la integridad personal, intereses también protegidos en el Código Penal, de ahí que se predique su naturaleza pluri-ofensiva.

Conforme los requisitos enlistados en precedencia y aplicados al caso objeto de estudio, se estableció que el señor **OSCAR FABIÁN GARCÍA GUIRAL** fue sorprendido en situación de flagrancia desarrollando uno de los verbos rectores descritos en la norma, esto es portar, así mismo, en lo que tiene que ver con el segundo componente, se probó que el objeto material encontrado en la bolsa que llevaba consigo era sustancia estupefaciente, concretamente cocaína, cuyo peso neto fue de 27.1 gramos.

En este orden, es forzoso predicar la configuración del primero de los requisitos que el legislador prevé en el artículo 381 de la ley 906 de 2004 para emitir sentencia condenatoria, esto es, la certeza sobre la existencia del delito, conforme lo expuesto en acápites anteriores, quedando pendiente, lo atinente a la responsabilidad del acusado.

Para efectos de lo anterior, resulta pertinente traer a colación la sentencia proferida por esta corporación el 18 de octubre de 2011, en Sala integrada por el suscrito como primer revisor, donde se hace un extenso análisis del tema y se fijan las distintas posturas sobre el tratamiento penal para los consumidores de sustancias prohibidas. Refiere dicho pronunciamiento:

“Por lo que se ha dicho, la Sala considera que ya sea por atipicidad objetiva o subjetiva no hay lugar al reproche penal en los casos de consumidores que porten sustancias prohibidas para su propio consumo, independientemente de su cantidad, para lo cual en cada caso –y eso es lo realmente importante- impera acreditar la historia personal del portador de la droga, la relación existente entre el porte y el consumo y, finalmente, la ausencia de prueba sobre distribución a terceros a título gratuito u oneroso.

Es de anotar que existe unanimidad legislativa y jurisprudencial en castigar penalmente a quien, sin importar la cantidad de sustancia estupefaciente, sea sorprendido portándola para fines distintos al consumo personal, esto es para su

distribución o venta, a cualquier título –no importa si quien la distribuye lo hace de manera gratuita-.

De todas maneras el criterio definitivo debe radicar en el elemento subjetivo de la conducta, atendiendo al ánimo que inspira al agente o la finalidad que persigue, de manera que jamás puede ser tratado como traficante aquel que porta la sustancia para su propio consumo”¹

Con posterioridad a este pronunciamiento de la Sala, la Corte Constitucional emitió la sentencia C-491 del 28 de junio de 2012, en la que condicionó la exequibilidad del artículo 376 del Código Penal, tal como fue modificado por el artículo 11 de la ley 1453 de 2011, a que se entienda **“que no incluye la penalización del porte o conservación de dosis, exclusivamente destinada al consumo personal, de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética, a las que se refiere el precepto acusado”**.

En esta sentencia, la Corte Constitucional, si bien no avaló la postura que en la sentencia transcrita nos llevó a considerar que el concepto de dosis personal previsto en el literal j) del artículo 2º de la ley 30 de 1986 había desaparecido del ordenamiento jurídico, dejó expresamente consignado que prohijaba la interpretación efectuada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia relacionada específicamente con el porte de dosis personal, como quiera que *“resultaba razonable y acorde con los mandatos constitucionales”*.

Al decir del juez constitucional, entonces, de acuerdo con jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, los límites de ilicitud penal en lo que a porte, tráfico o fabricación de estupefacientes se refiere, se definen así: *“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*

¹Tribunal Superior de Medellín, auto de 18 de octubre de 2011, radicado 2011-00081. M.P. Santiago Apráez Villota.

pretende proteger” (En negrillas destacó la Corte Constitucional la transcripción que prohijó de la sentencia de casación 29183 de 2008).

De esta manera, entonces, el alto Tribunal Constitucional habría adoptado la tesis de que es atípica subjetivamente –por falta de lesividad-, la conducta de quien porta sustancia para su propio consumo en las dosis fijadas en el literal j) del artículo 2º de la ley 30 de 1986 o superiores a esos topes en cantidades insignificantes o no desproporcionadas.

No obstante, con posterioridad a dicha providencia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia recogió la postura anterior, donde se sostenía que *“si la cantidad que se lleva consigo sobrepasa ligeramente la dosis legal de uso personal carecerá de lesividad por su insignificancia. Un exceso superior, aun cuando sea para el propio consumo, siempre será antijurídico porque hace presumir –de derecho- el riesgo para la salud pública, el orden socioeconómico y la seguridad pública, tal y como se afirmó en la decisión proferida el 17 de agosto de 2011, Rad. 35978. En ese orden, se tendría que cuando el exceso es mínimo la presunción de antijuridicidad es iuris tantum porque admite prueba en contrario, como la del fin de consumo, mientras que cuando el exceso es mayor la presunción es iuris et de iure porque no admite controversia probatoria alguna.”*²

En esa sentencia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia llegó a las siguientes conclusiones:

- a. Que el consumo de estupefacientes es una conducta que no tiene la potencialidad de afectar bienes jurídicos ajenos (la salud o la seguridad pública, o el orden económico y social);*
- b. Que la presunción de antijuridicidad para los delitos de peligro abstracto, como es el de fabricación, tráfico y porte de estupefacientes, es iuris tantum siempre, y no solo cuando se trate de excesos ligeros a la dosis de uso personal.*
- c. Que el drogadicto, incluido su entorno familiar, es sujeto de una especial protección porque es concebido como una persona enferma. Además, el consumidor en general es también sujeto de una discriminación positiva*

² CSJ. Sala de Casación penal. sentencia SP15519-2014 de 12 de noviembre de 2015 (Radicado 42617)

porque se establecen en su favor medidas curativas y rehabilitadoras en el nivel normativo superior.

- d. Que el consumo de drogas no podría ser factor constitucional de discriminación positiva y, al tiempo, una circunstancia antijurídica, mucho menos desde el punto de vista punitivo.*

En síntesis, para la Corte Suprema de Justicia, el porte de estupefacientes en una cantidad superior a la establecida legalmente como dosis de uso personal, es una conducta típica que se presume antijurídica. Sin embargo, como quiera que tal presunción ostenta carácter iuris tantum, la prueba de que su destino es el consumo estrictamente personal sin que apareje interferencia en derechos ajenos (orden socio-económico o la seguridad pública), desvirtúa tal suposición legal y, por ende, excluye la responsabilidad penal. En consecuencia, la cantidad de estupefaciente que se lleve consigo **no es el único elemento definitorio de la antijuridicidad**, sino sólo uno más de los que habrán de valorar los juzgadores a fin de determinar la licitud de la finalidad del porte.

Esta sentencia contó con un salvamento parcial de voto del Magistrado Eugenio Fernández Carlier, quien va más allá al señalar que a partir del acto legislativo 02 de 2009, dado el ingrediente subjetivo tácito establecido en esta normatividad, la sustancia portada para el consumo personal – incluida la dosis de aprovisionamiento- no es delictiva, y por ende su tratamiento compete al Ministerio de Salud, ya que estas personas solo son destinatarias de educativas, profilácticas o terapéuticas, mas no penales.

Precisamente, en una lectura interesante sobre los efectos de la sentencia C-491 de 2012, el Dr. Fernández Carlier expresó que la alusión que hizo la Corte Constitucional al factor cuantitativo consagrado en el artículo 2º, literal j, de la ley 30 de 1986, constituye un *obiter dicta*, “*pues el tema de la demanda de inconstitucionalidad no se ceñía a determinar la cantidad que representaba la dosis personal, por lo que la fijación de ese criterio por la Corte Constitucional conforme a sus propias enseñanzas no es de obligado acatamiento, máxime cuando ese juicio está sustentado en un error de política criminal al acoger el de la ley 30 de 1986 que no es el recogido por el acto legislativo 02 de 2009.*”.

Siguiendo esta línea de pensamiento del citado Magistrado, se colige que en el proceso penal no se presume la tipicidad, ni la antijuridicidad, ni la culpabilidad, de manera que sus elementos se deben demostrar en el proceso. Ergo: *“No se puede presumir que la conducta reúne uno cualquiera de los elementos del delito, porque nuestro ordenamiento jurídico proscribe la responsabilidad objetiva e impone la carga de la prueba a la Fiscalía. Una cosa es el régimen probatorio en el proceso penal, del que hacen parte las presunciones y otra muy diferente los contenidos dogmáticos de las categorías que componen conceptualmente la conducta pública. Por ello, se insiste, en cada caso se deben probar los elementos que integran cada categoría.”*

En razón a esta conclusión, que apareja innegables efectos en la carga de la prueba, la decisión mayoritaria, luego de hacer recomendaciones sobre la protección reforzada a los consumidores por parte de las autoridades y a la posibilidad de su judicialización, habría de expresar: *“Además, si bien la Fiscalía a la hora de demostrar, como le corresponde por ostentar la carga de la prueba en el proceso penal, cada uno de los presupuestos de la conducta punible, se beneficia de la presunción legal de antijuridicidad propia de los delitos de peligro abstracto como es el Tráfico, fabricación y porte de estupefaciente; lo cierto es que el tratamiento diferenciador impuesto a nivel constitucional, así como la racionalización del poder punitivo y de la actividad judicial, imponen un mayor rigor en el acopio de elementos de conocimiento previo a la formulación de una imputación, que permitan ratificar o desvirtuar la presunción de lesividad de conductas como el porte o la tenencia, pues lo contrario implica el irrazonable y desproporcionado inicio de causas cuya prosperidad dependería casi que exclusivamente de la capacidad probatoria de la contraparte”* (negritas fuera de texto).

En ese entendido, concluye la Corte: *“En todo caso, con base en la valoración razonada de las pruebas o medios de conocimiento legalmente aportados por las partes, será el juez a quien corresponderá decidir si en -el- evento de porte de estupefacientes se acreditó la antijurídica finalidad de tráfico o la legítima de consumo, con el propósito de que adopte la decisión que corresponda.”*

Por lo que se tiene, entonces, aquello que se ha venido abriendo paso en la jurisprudencia a lo largo de estos años, máxime a partir del acto legislativo 02 de 2009, es que el porte de cualquier cantidad de sustancia compatible

exclusivamente con el propósito de consumo personal –en la que se incluye la dosis de aprovisionamiento-, es una conducta penalmente irrelevante, como desde hace mucho tiempo lo viene sosteniendo esta Sala y otras de este mismo Tribunal, donde se recogen los antecedentes del caso.

Ahora bien, en lo que hay que reparar, de acuerdo a la reflexión final que contiene la sentencia 42617 y el salvamento parcial de voto citado, es a quién corresponde acreditar la destinación de la sustancia, en tratándose de simples portadores de la misma.

Para efectos de lo anterior, lo primero que debe reflexionarse es lo relacionado con el tema de la carga de la prueba, pues en principio se venía sosteniendo que, si la defensa alegaba que su representado portaba la sustancia para su consumo personal, era a este a quien correspondía acreditar dicha situación.

Si aceptamos que en la modalidad delictual consistente en “*portar o llevar consigo*” se debe descartar el elemento subjetivo relacionado con la específica finalidad del consumo personal (ingrediente subjetivo tácito del tipo penal), en la medida que nuestro ordenamiento jurídico proscribe la responsabilidad objetiva y corresponde a la Fiscalía General de la Nación acreditar que la conducta del procesado reúne todos los elementos del tipo (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), la conclusión inevitable es que corresponde al ente acusador -de quien se predica la carga de la prueba en esta materia- demostrar que la sustancia no es para el consumo del ciudadano capturado, sino que tiene otra finalidad diferente.

En su salvamento parcial de voto, el Magistrado Fernández Carlier concluyó que una cosa es el régimen probatorio en el proceso penal, del que hacen parte las presunciones, y otra muy distinta son los contenidos dogmáticos de las categorías que componen conceptualmente la conducta punible, cuya acreditación corresponde a la Fiscalía.

En efecto, de conformidad con el artículo 7º del estatuto procesal penal, aquello que corresponde acreditar a través de sentencia en firme para desvirtuar la presunción de inocencia es la responsabilidad penal,

correspondiéndole “*al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal*”. En ningún caso, agrega la norma, podrá invertirse esta carga probatoria.

Por su parte el artículo 9º del Código Penal señala que para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

En tales términos, aquello que corresponde acreditar al representante de la Fiscalía General de la Nación es la responsabilidad penal del procesado, traducida en la plena acreditación de una conducta típica, antijurídica y culpable.

En virtud de lo anterior, es claro que, en aquellos eventos donde se está en presencia de un simple porte de sustancias estupefacientes, existe en principio una presunción de antijuridicidad, que puede ser revisada e inclusive desvirtuada por la judicatura en los casos que se sometan a su conocimiento (*iuris tantum*); sin embargo, si bien la Fiscalía puede valerse de esa presunción, está en la obligación de acopiar elementos de juicio antes de la formulación de imputación en orden a desvirtuar o ratificar esa presunción de lesividad, pues de lo contrario, de no existir convencimiento más allá de toda duda sobre el particular, no puede aventurarse a motivar una causa que estaría llamada al fracaso; aunque de hacerlo, es deber de los jueces, en todos los casos, verificar si se acreditó la antijurídica finalidad de tráfico o la legítima del consumo, en orden a adoptar la determinación que corresponda. La existencia de la duda, de todas formas, favorece la situación del procesado.

Ahora bien, aquello que parece derivarse de la propuesta del Magistrado disidente, es que no se presume la tipicidad, ni la antijuridicidad, ni la culpabilidad y que todos los elementos del tipo se deben acreditar en el proceso por el sujeto encargado de demostrar la responsabilidad penal, lo cual es cierto si seguimos el derrotero que trazan los artículos 7º de la ley 906 de 2004 y 9º del código penal.

Pese a lo anterior, independientemente de que se siga la postura mayoritaria o la del Magistrado disidente, para la Sala este es un tema que atañe exclusivamente al debate probatorio, sin que pueda establecerse reglas fijas, máxime en algunos casos como el que hoy nos concita y se está de por medio el problema de los consumidores que se aprovisionan de cantidades mayores para satisfacer su adicción, sin que por ello se pueda decir que aquello que define probatoriamente si se está o no frente a un porte con destino al consumo es la mayor o menor cantidad de la droga.

Algunos equivocadamente hablan de cantidades que duplican la llamada dosis personal, lo cual no se desprende de ninguno de los pronunciamientos de las altas Cortes, y otros, en cambio, se refieren a cantidades ligeramente –o razonablemente- superiores a la misma, lo cual es imposible de concretar como regla general.

La cantidad que lleve consigo la persona es apenas un elemento probatorio a considerar y como lo dice la Corte acertadamente es *“sólo uno más de los que habrán de valorar los juzgadores a fin de determinar la ilicitud de la finalidad del porte”*. Y como un elemento más, aquello que corresponde a las partes, dependiendo de la dinámica probatoria, es atarlo a otros elementos de juicio o evidencias, que finalmente les permitan adoptar la estrategia que deben seguir en cada caso concreto.

La carga de la prueba señalará en cada caso la estrategia que deben asumir las partes para probar su teoría del caso, pero lo único cierto es que, siguiendo la línea jurisprudencial trazada por la Corte, no basta que el Fiscal pueda valerse en todos los casos de la presunción de antijuridicidad, pues si no acredita con elementos de juicio la antijurídica finalidad de tráfico, su teoría del caso puede decaer al punto que el operador jurídico pueda terminar absolviendo, aún por duda probatoria en torno a la lesividad de la conducta. En esa misma medida, las manifestaciones del procesado relacionadas con su consumo o adicción podrían ser insuficientes, si de los demás elementos de juicio se desprende una destinación diferente, por lo que en cada caso corresponde ponderar la prueba en orden a definir la estrategia de las partes.

Claro está que entre mayor sea la cantidad, la actividad investigativa del Fiscal, que es a quien le corresponde acreditar la responsabilidad penal del procesado, será correlativamente menor, pues una cosa es que la persona lleve consigo 30 gramos neto de cannabis y otra muy distinta que sea sorprendida en posesión de 500 gramos, pues a la Fiscalía no le quedaría difícil probar en este último evento una destinación diferente al consumo, que sí en el primer caso, si es que se parte de la manifestación del procesado en ese sentido, pues siguiendo la reflexión final de la Corte, en tales eventos *“lo cierto es que el tratamiento diferenciador impuesto a nivel constitucional, así como la racionalización del poder punitivo y de la actividad judicial, imponen un mayor rigor en el acopio de elementos de conocimiento previo a la formulación de una imputación, que permitan ratificar o desvirtuar la presunción de lesividad de conductas como el porte o la tenencia, pues lo contrario implica el irrazonable y desproporcionado inicio de causas cuya prosperidad dependería casi que exclusivamente de la capacidad probatoria de la contraparte”.....*

A esos antecedentes, debe agregarse el pronunciamiento emitido el 9 de marzo del año que avanza en la actuación identificada con el radicado 41760, en el que la Corte Suprema de Justicia moduló la postura que venía asumiendo, al establecer que la finalidad de consumo descarta la responsabilidad, pero no por ausencia de lesividad, sino por atipicidad de la conducta.

Para arribar a esa conclusión, el máximo tribunal sostuvo que el Acto Legislativo 02 de 2009 aborda el consumo de estupefacientes como un problema de salud y distingue entre quien porta la sustancia prohibida con fines de ingesta y aquel que la fábrica, almacena o porta con móviles diversos al consumo, otorgando la categoría de delincuente sólo a este último, quien en consecuencia es el destinatario de las sanciones penales establecidas para el delito, pues el consumidor es merecedor de medidas paliativas para su adicción.

En palabras de la Corte: *“Al reglamentar el consumo, la adicción o la situación del enfermo dependiente y establecer que su conducta ha de entenderse como un problema de salud y que únicamente admite como medidas de control por parte*

*del Estado tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, se está partiendo del supuesto que tales personas están autorizadas a portar y consumir una cantidad de droga, sin que esa acción y porción corresponda a la descripción típica del artículo 376 del C.P*³.

Con base en ese argumento, la Corte retorna a la postura inicial de esta Sala, según la cual no serán objeto de reproche penal aquellos que lleven la sustancia con fines de consumo, lo que quiere decir que está permitido portar sustancia estupefaciente cuando sea para la ingesta personal; de ahí que el tipo en comento contenga un elemento subjetivo tácito, cual es que se verifique una finalidad diversa al consumo, pues de lo contrario la conducta deviene atípica.

Así mismo, además de la solución dogmática que se ampara, merece reparar que si bien la Corte Suprema no dice abiertamente a quién corresponde la carga de la prueba, sí señala que la finalidad de consumo que excluye la tipicidad del comportamiento debe ser cierta *“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”*.

Es decir, si la Defensa trae pruebas que hagan inferir que su prohijado llevaba la droga con fines de consumo, se traslada la carga de la prueba a la Fiscalía, quien deberá acopiar elementos en orden a desvirtuar la lícita finalidad, acreditando que está destinada a la distribución.

Pues bien, siguiendo esos lineamientos es que debe resolverse el caso sometido a estudio.

En esa labor, precisa la Sala que no existe discusión alguna en que el señor **García Guiral** fue sorprendido llevando consigo una bolsa contentiva de 27.1 gramos de cocaína, cantidad que supera ampliamente la dosis permitida para una persona; empero, los elementos de juicio aportados

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M.P.; Eugenio Fernández Carlier. Radicado 41760.

permiten concluir que a pesar del exagerado monto del alijo incautado, el mismo era portado exclusivamente para su consumo, máxime si se tiene en cuenta que los elementos probatorios recaudados, compuestos en su mayoría por las estipulaciones probatorias y el testimonio de la señora Sandra Guiral, solo se refieren a la captura del acusado, su plena identidad, la cantidad de alcaloide, la condición de marginal y su calidad de poliadicto desde la adolescencia, aspectos que generan serias dudas sobre la finalidad con la que portaba el alucinógeno y en ese sentido, no queda más que dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política y 7 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que dichas evidencias son insuficientes para estructurar más allá de toda duda razonable, el grado de responsabilidad penal requerido en el artículo 381 de la ley 906 de 2004.

Se itera, la cantidad por sí misma, no excluye automáticamente la finalidad de consumo, eso si tenemos en cuenta que el contexto en el que se dio la captura no presenta elementos que permitan indicar una finalidad de distribución, más si permite suponer un ánimo de aprovisionamiento.

En punto a la cantidad, La Corte Suprema de Justicia señaló abiertamente en el último pronunciamiento en cita que:

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

Es decir, la dosis personal no es sólo la establecida por el legislador a través de la Ley 30 de 1986, pues esa calidad depende de que la sustancia hallada sea la necesaria para satisfacer la necesidad de consumo del portador.

En virtud de lo anterior, como quiera que no existen elementos que indiquen que el estupefaciente que llevaba consigo el señor García Guiral tenía otro

fin diferente a la ingesta personal; que las pruebas de la defensa sobre su condición de consumidor trasladaron a la Fiscalía el deber de probar que el alijo tenía la finalidad de comercialización o distribución, sin que esta pudiese acreditar el elemento subjetivo que reclama el tipo penal, y que prevalece la presunción de inocencia sobre la de peligro abstracto de la infracción, podemos concluir que el comportamiento del acusado es atípico, de allí que la decisión de primer grado sea equivocada, en consecuencia, la Sala debe **REVOCAR** el fallo condenatorio en cuestión, para absolverlo de los cargos atribuidos en la acusación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR íntegramente la sentencia objeto de apelación, y en su lugar, **ABSOLVER** al señor **OSCAR FABIÁN GARCÍA GUIRAL** del cargo formulado por la fiscalía en su contra, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la decisión. En consecuencia, se dispone su libertad inmediata y se ordena cancelar todas las anotaciones que le figuren en razón a este proceso.

SEGUNDO: Esta sentencia se notifica en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

TERCERO: copia de esta providencia será enviada al juez de instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado

RADICADO: 05001-60-00206-2013-55292
PROCESADO: OSCAR FABIÁN GARCÍA GUIRAL
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

GERMÁN DARÍO QUINTERO GÓMEZ
Magistrado

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado