

## **SALA DE DECISIÓN PENAL**

*Medellín, ocho (08) de febrero de dos mil dieciocho (2018)*

<b>RADICADO</b>	<b>05001-60-00206-2015-18926</b>
<b>DELITO</b>	<b>TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES</b>
<b>PROCESADO</b>	<b>WILFER ADOLFO CASTAÑEDA QUINTANA</b>
<b>ASUNTO</b>	<b>SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA</b>

**MAGISTRADO PONENTE:**

**DR. OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ**

*Proyecto aprobado en Sala del cinco (05) de febrero de dos mil dieciocho (2018), mediante Acta Nro. 04 y leído en la fecha*

### **1. ASUNTO A DECIDIR**

*Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por el defensor público Dr. Álvaro Sánchez Franco, en contra de la sentencia proferida el 30 de enero de 2017 por el Juzgado 23° Penal del Circuito de Medellín, a cargo de la doctora **GLORIA PATRICIA LOAIZA GUERRA** en la cual condenó al señor **WILFER ADOLFO CASTAÑEDA QUINTANA** como autor del delito de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**.*

### **2. HECHOS**

*El 18 de abril de 2015, a eso de las 18:22 horas en la carrera 48 con calle 10 del barrio Patio Bonito, agentes de Policía Nacional realizaban labores de vigilancia, cuando observaron a un sujeto que iba caminando en forma rápida. Inmediatamente le solicitaron un registro y le palparon un abultamiento en la parte derecha de la pantaloneta, a lo que este de forma voluntaria sacó una bolsa plástica negra la cual contenía 40 bolsitas transparentes pequeñas en cuyo interior había una sustancia pulverulenta similar al bazuco. Posteriormente dichos elementos fueron sometidos a prueba preliminar homologada, arrojando la muestra un resultado positivo para cocaína y sus derivados con un peso neto total de 25.7 gramos de cocaína y sus derivados, razón por la cual el señor - identificado como **WILFER ADOLFO CASTAÑEDA QUINTANA**- quedó a disposición de la Fiscalía.*

### **3. RECUENTO PROCESAL**

*El 19 de abril de 2015 ante el Juzgado Cuarenta Penal de Garantías de Medellín se llevó a cabo la audiencia de legalización de captura y se formuló imputación al señor **CASTAÑEDA QUINTANA** por el delito de 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 inicialmente al Juzgado Veintidós Penal del Circuito de Medellín, donde se llevaron a cabo con normalidad las audiencias de acusación y preparatoria, pero luego de ello el juez se declaró impedido, decisión que fue aceptada por su homóloga la Juez 23° Penal del Circuito que concluyó el trámite de juicio oral. Finalmente, el 30 de enero de 2017 emitió fallo de condena en contra del acusado, como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de llevar consigo, imponiéndole una pena de 12 meses de prisión y multa de 1 SMLMV. Por último, se le negaron los subrogados penales por estar prohibidos expresamente, decisión frente a la cual la defensa interpuso recurso de apelación.*

#### **4. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN**

*El apelante plantea tres puntos de inconformidad con el fallo a saber: el primero se relaciona con la lesividad al bien jurídico tutelado; la segunda es la decisión de la A quo de apartarse de la petición de absolución efectuada por la Fiscalía y la tercera, relacionada con la negativa de la suspensión condicional de ejecución de la pena.*

*Sobre el primer punto, reconoce que era carga de la defensa demostrar que no se puso en peligro el bien jurídico tutelado y que además la Fiscalía contaba a su favor con la presunción iuris tantum de antijuricidad material de la conducta, sin embargo, durante la celebración del juicio oral, las partes estipularon la totalidad de la prueba, en especial dos situaciones basílicas que refuerzan su argumento: **1) la condición de consumidor de su defendido, quien ingería el alucinógeno dos o tres veces al día y que por residir en el municipio de la Pintada, acostumbraba venir a Medellín a aprovisionarse y 2) que su captura fue en cumplimiento de una labor de requisa, sin que su defendido estuviese distribuyendo el alucinógeno, pues tampoco le encontraron dinero que diera lugar a pensar que estaba comercializando la sustancia.** (lo resaltado es de la Sala).*

*En relación con la decisión de la A quo de apartarse de la solicitud de absolución de la Fiscalía, refiere que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia utilizado como referente, no era aplicable a este caso ya que, en este proceso, ninguno de los intervinientes solicitó condena, mientras que en la jurisprudencia 43837 del 28 de mayo de 2016, sí hubo una solicitud en ese sentido. De manera que estima que el sentido de fallo de la A quo comporta una violación al debido proceso por desconocimiento del principio de presunción de inocencia.*

*Frente a la negativa de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, refiere que su defendido no fue capturado ejerciendo el comercio o distribución del estupefaciente, de manera que no le es aplicable la prohibición del artículo 68A de la ley 1709 de 2014, ya que esta alude exclusivamente al tráfico, no para aquellos eventos donde se portan sustancias con fines diferentes a este.*

*Por todo lo anterior, pide revocar la sentencia de condena, y en forma subsidiaria, de no acogerse dicha solicitud, que se le conceda el subrogado legal a su cliente.*

## **5. 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 23° Penal del Circuito de Medellín, despacho que profirió la providencia objeto de apelación.*

*Sea lo primero afirmar que este proyecto tuvo varias discusiones, en principio se planteó el problema sustancial de la inexistencia del delito, en el entendido que faltaba uno de los elementos esenciales del tipo penal, pero se convino pronunciarse respecto a un problema fundamental planteado que es el de la congruencia que por demás tiene relación con el primer punto planteado.*

*La Fiscalía alegó de conclusión afirmando que existe la tipicidad de la conducta y la antijuridicidad formal, pero no es materialmente antijurídica puesto que en su criterio se probó la calidad de consumidor y que lo incautado permite inferir que es para su propia ingesta, no para su distribución. El Ministerio Público comparte el criterio de la Fiscalía, y la defensa igual, a más que trae a colación el criterio jurisprudencial de la Corte al respecto.*

*Los problemas jurídicos a resolver se responderán de la siguiente manera: 1. Frente al problema de la congruencia. 2. Si en el presente caso se dan los elementos de la Conducta Punible. 3. Del subrogado.*

### **5.1. DEL PROBLEMA DE LA CONGRUENCIA EN EL CASO PRESENTE.**

*A manera de introducción es claro que procesalmente la Fiscalía solicitó absolución lo mismo que el agente del Ministerio Público y, obvio, también la defensa. El Juzgado no atendió estos pedimentos o pretensiones y, por el contrario, dictó sentencia condenatoria y mantuvo privado de la libertad al señor CASTAÑEDA. La pregunta obligada que surge es ¿si el actuar de la funcionaria de instancia está conforme con los postulados del principio acusatorio?*

*Para responder este interrogante tenemos que afirmar lo siguiente:*

*5.1.1. El principio acusatorio es un logro de la civilidad democrática y humanista, impone la división entre quien pretende una condena o una sanción, con la debida posibilidad de defensa efectiva por parte del acusado, la práctica transparente de los medios de prueba y un funcionario distinto, el juez que es quién toma la decisión de condena o absolución. Este principio, dentro de las diversas culturas jurídicas ha sido dividido en dos grandes versiones generales, el sistema anglosajón en el cual el Fiscal tiene una inmensa autonomía pues rige para él el principio dispositivo, puede iniciar o no una investigación, ejercer la acción penal, o desistirla, o renunciar sin motivación alguna a la misma, o iniciar un principio de oportunidad, o si quiere, realizar negociaciones variadas con el acusado. Es en*

*esos sistemas entendido como un ente político y parte del poder ejecutivo. A más que socioculturalmente está vinculado a un sistema utilitarista y pragmático.*

*La otra gran versión acusatoria es la continental europea en la cual el fiscal no tiene el poder dispositivo, este es reglado, no solo responde de sus actos conforme a la Constitución, sino también a la ley y a sus reglamentos internos, se le imponen principios como el de objetividad, que solo puede hacer lo que la constitución la ley o el reglamento le permite, tiene una visión más jurídica que política, la inmensa mayoría de su actuación es fundamentada en lo que la ley, por regla general, le permite efectuar, sus servidores públicos no son ruedas sueltas, responden por el uso del poder conferido.*

*Si bien la legislación colombiana acoge varias figuras del derecho anglosajón, por la naturaleza de la estructura constitucional y de nuestra propia cultura, somos más afines al último de los sistemas referidos. Por ello se tiene que tener especial cuidado que en las interpretaciones a realizar, para no caer en contradicciones esenciales en especial por aplicar la facultad dispositiva que no existe en nuestro medio.*

*5.1.2. También hay que tener en cuenta que en la aplicación del Código de Procedimiento Penal, no se debe recurrir a figuras incompatibles en especial de las contenidas en el Código General del Proceso. Es importante destacar que a diferencia del sistema procesal civil en donde los intereses en controversia por regla general son disponibles por las partes del conflicto jurídico, y, por tanto, renunciables, además porque en general intervienen particulares. En materia penal, la relación es de interés público, en principio el demandante, o pretendiente, es un funcionario público, con normativización constitucional y legal (por excepción aparece ahora el acusador privado, pero con una expresión de delegación de la función pública), a más que el compromiso de la afectación de los bienes jurídicos y la intensidad de los mismos es la más importante del orden jurídico, recuérdese que regula los conflictos más graves de una sociedad permitiendo ahora la presencia formal de la Víctima y del Ministerio Público. Por ello también la especial regulación de toda su actuación, se consagran los principios básicos de la legalidad del delito, la pena, el proceso y el juez.*

*5.1.3. Una vez presentado o puesto en conocimiento de la Fiscalía el conflicto, por regla general este debe en últimas ser resuelto por un juez de la República, solo por excepción y cuando resulta incontrovertible la inexistencia de conflicto penal, el Fiscal puede archivar el caso, aun en ese evento, cuando se presenta controversia, intervine la judicatura, véase la sentencia de constitucionalidad C-1154/05. Insiste la Sala que en las decisiones fundamentales debe y tiene que ser definido por un juez de la república y con efecto de cosa juzgada material. Como no opera el principio dispositivo, no es correcto afirmar que el Fiscal retira la acusación, o que es el dueño de la misma o de la acción penal, solo es titular de ésta y actúa en representación del pueblo. Aún con esta restricción, el Fiscal Colombiano tiene un gran poder de maniobrabilidad.*

*Ahora, surge otra pregunta: ¿cómo ejerce el Fiscal la función acusatoria en nuestro medio?*

*5.1.3.1. En la fase de investigación tiene una más amplia función en orden a la reconstrucción de los hechos y la virtualidad de atribuir, cuando sea del caso, las consecuencias penales a una persona. En esta etapa surge una regla fundamental: Cuando la Fiscalía y su cuerpo de investigación en su actividad comprometa los derechos fundamentales del investigado o de personas o bienes relacionados con el caso, en actuación previa o posterior, tiene que hacer un control judicial de su actuación.*

*5.1.3.2. En la imputación y acusación. El ideal es la presentación de la actuación y los elementos de prueba ante un juez en orden a la pretensión de condena penal. También debe ejercer su función con el propósito de lograr la preclusión de la actuación cuando no exista delito. Uno de los errores estructurales de la manera como hemos operativizado el sistema tiende a entender que la imputación es un acto de parte. En una dimensión garantista, no eficientista del sistema, su razón de ser estriba en la convicción para el ciudadano a no iniciársele juicio sino cuando exista un mínimo probatorio, una inferencia razonable de comisión de la conducta y del responsable. (art. 287 del C.P.P.). Ello impone un control material mínimo de los elementos de prueba que tiene la Fiscalía, es lo que en el lenguaje anglosajón se denomina una "causa probable". También es importante el conocimiento de ese sustrato mínimo probatorio por parte del imputado para el ejercicio material de la defensa, sino, estaríamos validando la fundamentación de actuaciones que afectan derechos fundamentales con pruebas secretas. Ello es un filtro para que la Fiscalía no abuse del poder que tiene y el mismo Estado también pues al final una vinculación judicial indebida o una consecuente privación de la libertad que termina en absolucón o preclusión es un error judicial que tiene consecuencias de responsabilidad patrimonial del Estado, incluso también para el patrimonio personal de los agentes del Estado que intervinieron en el mismo.*

*Nótese por demás las consecuencias que conlleva la imputación desde el punto de vista jurídico: "Desde el punto de vista normativo tal calificación genera efectos varios, por ejemplo, con tal acto se inicia formalmente el proceso penal (art. 126 C.P.P.), además con el se interrumpe el término de prescripción de la acción penal (art. 292 C.P.P.), luego de ese acto el proceso debe terminar ya sea con condena, absolucón o preclusión de la acción penal. La posibilidad de la Fiscalía para archivar ciertos casos la pierde. La Fiscalía asume su función esencial pues tiene la carga de probar su pretensión punitiva. Es prerrequisito para dictar medida de aseguramiento, el delito por el cual se imputa es de obligatoria observancia para determinar la medida de aseguramiento aplicable, también para solicitar medidas cautelares (art. 90 del C.P.P.), se abre el espacio para los preacuerdos y negociaciones (art. 350 del C.P.P.), desde ese momento se pueden aplicar algunas causales de preclusión (arts. 331 y 332 del C.P.P.), se le fijan unos términos perentorios a la Fiscalía para presentar la acusación formal (arts. 175 y 294 C.P.P.), el imputado no puede enajenar bienes sujetos a registro (art. 97 C.P.P.), igual se abre la oportunidad para la aplicación de la mayoría de*

*causales del principio de oportunidad (art 324 C.P.P.), incluso para aplicar las figuras de la justicia restaurativa (art. 519 C.P.P.).”<sup>1</sup>*

*Sobra cualquier comentario respecto a la importancia de esta figura y la manera como afecta derechos fundamentales, por ello, la pertinencia del control material de su fundamento. Si no se hace este control, quien procesalmente afecta derechos fundamentales a su arbitrio sería la Fiscalía lo cual desvirtúa toda la filosofía del sistema acusatorio, al final este administraría justicia.*

*Dentro de las trascendentales consecuencias de la figura de la imputación está la fijación absoluta del hechos jurídicamente relevantes, es muy limitado el margen de modificación del mismo, su núcleo esencial es inmodificable, es el objeto del proceso y orienta toda la dinámica de la prueba, en nuestros términos se fija el *THEMA PROBANDUM*. Igual es importante la determinación concreta de la persona que será juzgada, debe ser debidamente individualizada e identificada, ella adquiere la condición de parte y tiene por tanto el derecho al ejercicio técnico y material de defensa.*

*La modificación de la conducta es admisible es decir la tipificación de la misma, ello conforme a la dinámica del caso en concreto, puede agravarse o degradarse. En cualquiera de las posibilidades SIEMPRE tiene que garantizarse el derecho fundamental de contradicción, que está orientado en especial a la Defensa, pero también opera para el Ministerio Público y para la Víctima en su derecho fundamental a la verdad. En eventos en que se agrava la conducta, debe hacerse ante un juez de control de garantías, en casos de degradación de la conducta a una más favorable al imputado, existe mayor margen de operatividad tanto de la Fiscalía como del mismo juez de conocimiento. Antes se sostenía que solo se podía variar la calificación en conductas con un mismo bien jurídico protegido, ahora se sostiene que se puede variar si se mantiene el núcleo esencial del hecho a conductas de distinto bien jurídico, ejemplo, de concusión, puede variarse a extorsión, o constreñimiento ilegal.*

*5.1.3.3. Una de las funciones que ha pasado desapercibida, a pesar de la suma importancia del mismo, es la prioridad constitucional y legal de procurar soluciones alternativas de conflictos, en la consagración del sistema acusatorio se afirmó que por esa vía se solucionarían más del 90% de ellos, que es desarrollo y aplicación de los artículos 2 de la Constitución, al facilitar la participación de quienes están en estos problemas a su solución, en el deber que tenemos todos de colaborar como ciudadano en la buena marcha del sistema, artículo 95 ibdem, el de la paz como deber y derecho, art.22 ibdem, todo ello en integración con los artículos 250 de la C. Política. Cualquier acuerdo que se haga, obvio, debe tener como faro los principios de verdad y justicia y renuncia libre del derecho de no autoincriminación. Vale decir que al menos debe presentarse un estándar probable de verdad para con ello plantear una solución legítima y que no desconozca los derechos de otros, con base en esa verdad, se puede construir una solución justa. A la judicatura se le exige, por tanto, una actitud distinta, es mejor*

---

<sup>1</sup> T.S.M. Sala Penal. Radicado 11001-60-00050-2014-10166, del 05-02-16. Acta 004. M.P. Oscar Bustamante H, acompañado por los doctores Cerón Eraso y De La Pava Marulanda.

*una solución concertada que una contenciosa. Recuérdese que dentro de sus funciones constitucionales está el ser un factor de paz y convivencia social. Si bien es pertinente el control material, este se debe efectuar en pro de tales soluciones y no para rechazarlas.*

*5.1.3.4. Otra variante del sistema nuestro es la presencia de unos "sujetos o intervinientes", ellos tienen derecho a participar en el proceso, si bien la víctima directamente no puede pedir pruebas pues lo tiene que hacer por intermedio del Fiscal, ello dizque para respetar el principio de igualdad de armas. En cambio el Ministerio Público sí lo puede hacer, art. 112 del C.P.P., ahí sí no se vulnera el principio de igualdad de armas. Mas que la cantidad de intervinientes, somos de la idea que lo importante es dar la oportunidad al efectivo ejercicio del derecho material de defensa, con ello se logra un equilibrio razonable entre los intereses en conflicto. De todas maneras, ellos tienen el derecho a participar del proceso penal ya sea concertado o contencioso.*

*5.1.3.5. La dinámica probatoria impone la carga de la prueba de la conducta punible y de la responsabilidad del acusado a la Fiscalía, resaltamos que es de TODOS los elementos de la conducta punible, en idioma anglosajón será más allá de duda razonable, en el nuestro será de certeza toda vez que al juez le asiste la carga de fundamentar su decisión. Es resaltable en esta fase el valor que tiene el silencio de las partes frente a las pruebas, si bien el que pretende tiene que probar, quien se calla pierde una buena cantidad de oportunidades de controversia, se dice que es una estrategia, la realidad impone la ignorancia del sistema. Otro elemento relevante es la estipulación como figura jurídica muy eficiente para ahorrar recursos de todo orden, más que el hecho, su sustento probatorio es fundamental ello por imposición de la norma rectora consagrado en el artículo 7 del C.P.P., se da en ese caso la realización del derecho a la renuncia de la controversia probatoria. Vale indicar que las pruebas se tienen que practicar en presencia de todas las partes e intervinientes.*

*5.1.3.6. Otro de los ejercicios de la efectivización del principio acusatorio es el alegato final, de hondas consecuencias en toda esta sistemática. Sabemos que la acusación inicial es provisional, esta no puede ser rígida e inmutable, pues las dinámicas sociales e históricas no lo son, y es el derecho el que debe acoplarse a ellas, lo sustancial es el movimiento y el cambio, si fueran estrictas y rígidas las formas del derecho no tendría sentido el debate probatorio, como tampoco la participación de las otras partes o sujetos procesales. El alegato final del fiscal impone la concreción definitiva de su pretensión luego de la prueba debatida, es el referente obligado de las otras partes y sujetos, pero como tienen ellos derechos, pueden también hacer pretensiones autónomas referidas al hecho jurídicamente relevante.*

*En cuanto al Fiscal, él no puede aumentar o agravar la pretensión en ese momento, si lo hiciera, estaría confesando un error en su gestión, pero además sorprendería a los otros sujetos procesales y a la defensa impidiéndole el ejercicio efectivo de su derecho. También se le obliga al cumplimiento del principio de objetividad, tiene que ser muy transparente en el ejercicio del poder que tiene, en estas dinámicas la regla general será la condena, pero también le es lícito pedir absolución o una condena menor a la inicialmente acusada. Todo ello con*

*fundamento en la prueba allegada y conforme a la argumentación correspondiente. Su intervención en la audiencia es obligatoria.*

*Las partes tienen derecho a escuchar, también a pretender, igual a ser escuchadas y que lo pedido sea respondido, las otras partes con igual sentido tienen derecho a hacer lo mismo. Por ello, el artículo 443 del C.P.P., último inciso, en parte es inconstitucional, por ser contrario a los artículos 2, 29 y 95 de la Carta. Todos tienen derecho a participar, y a controvertir, obvio que en últimas quien tiene el derecho a la última palabra es la defensa.*

*En esta interacción es muy importante hacer una lectura muy atenta del contenido del artículo 448 del C.P.P., dice que el acusado no podrá ser declarado culpable **por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.** Ello impone el principio de inmutabilidad del hecho jurídicamente relevante, por una parte, y, por la otra, no se dice que solo el fiscal sea el único encargado de efectuar una pretensión de condena. Insistimos, todas las partes tienen derecho a pretender y a controvertir las diversas pretensiones, en ese orden tanto la víctima como el Ministerio Público pueden apartarse de lo pretendido por la Fiscalía.*

*Ahora bien, cualquiera de las pretensiones debe tener un argumento probatorio y un argumento jurídico, o, como se dice ahora, un estándar de prueba, de lo que se colige una obvia valoración de la prueba. Para poder valorar la corrección o no de la pretensión de la Fiscalía es preciso SIEMPRE tener en cuenta el referente de prueba que es el criterio que da la certeza del acierto o no de la misma. En este orden de ideas, se prevé con relación a la pretensión condenatoria de la Fiscalía, cuatro hipótesis probables a saber:*

*5.1.3.6.1. La Fiscalía pide condena, la Víctima y el Ministerio Público piden condena por el mismo delito del Fiscal, hay prueba de condena y el juez condena. Independiente de la pretensión de la defensa, no hay problema de congruencia.*

*5.1.3.6.2. La Fiscalía pide absolución, no se da el estándar de prueba para condenar, el Ministerio Público y Víctima pueden pedir absolución o condena, el juez absuelve, tampoco se presenta inconveniente alguno frente a la congruencia.*

*5.1.3.6.3. La Fiscalía pide condena, no se da el estándar para condenar, el Ministerio Público y la Víctima pueden pedir condena o absolución, el juez absuelve, allí tampoco hay problemas de congruencia.*

*5.1.3.6.4. La Fiscalía pide absolución, hay prueba de condena, se dan a la vez dos hipótesis, que el Ministerio Público o Víctima pidan condena, evento en el cual el juez puede condenar. La segunda hipótesis frente a la petición de la Fiscalía y la existencia de prueba para condenar cuando tanto Ministerio Público y Víctima no se hacen parte o piden absolución, solo en eventos extraordinarios podría el juez condenar, casos en que la prueba es contraevidente con la absolución, es el supuesto que en parte trae la Corte, en los pronunciamientos con radicados 26468/07, 41905/16 y 43837/16.*

*Son razones de sustancialidad, justicia material y evitar la impunidad. Insistimos que es un error tomar solo la simple pretensión sin tener en cuenta el fundamento*



*probatorio, pues quedaría la discusión en un aspecto formal. Al final estas discusiones son una constante lucha por la realización de la justicia material, y también, en un esfuerzo para que la Fiscalía cumpla con su deber en forma eficiente y así evitar errores judiciales. Una solicitud de absolución cuando es manifiestamente contraevidente, es un error que no obliga ni vincula a la judicatura pues el juez no está obligado, en desarrollo de su autonomía e independencia a obrar en contra de la verdad y la justicia. Menos en el esquema de Estado Social y Democrático de Derecho. Estos errores de la Fiscalía no solamente comprometen los intereses de su propia institución sino que también lo hace del mismo funcionario, eventualmente tienen consecuencias disciplinarias, penales e incluso patrimoniales. Esta situación se comentará más adelante para dar solución al caso concreto, plantearemos que en este caso se desconoció el principio de congruencia que afecta las garantías del aquí acusado.*

## **5.2. DEL ESTADO DEL PRECEDENTE EN EL DELITO DE PORTE DE ESTUPEFACIENTES CON FINES DISTINTOS AL CONSUMO.**

*Ahora, para el caso presente la pregunta obligada es ¿si existen los elementos de la conducta punible de porte de estupefacientes con fines distintos al consumo? Para el efecto tomamos como punto de referencia la evolución jurisprudencial y el estado del arte en este punto, en especial lo que la Sala Penal interpreta respecto a la modificación de la Constitución y la ley, como se verá, el Juzgado no acogió, ni manifestó razones por las cuales se aparta de los precedentes que desde antes conforman una línea jurisprudencial.*

*En el último pronunciamiento de la Corte (sentencia 44997 del 11 de julio de 2017), se hace un muy afortunado y completo análisis de la evolución con respecto al problema del porte de estupefacientes destinados al consumo, incluso, radicaliza el discurso referente a la tipicidad y a la carga de la prueba, y en ese sentido hacemos propios sus argumentos, resaltaremos lo que consideramos pertinente para la solución del caso presente:*

*“En su permanente revisión sobre el tema alusivo a la adecuación jurídica de las conductas alternativas relacionadas en el tipo penal de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (artículo 376 del Código Penal), la Sala ha venido fijando una posición que conduce a la necesidad de diferenciar si la persona tiene la condición de mero consumidor de sustancias alucinógenas prohibidas o si el comportamiento objeto de juzgamiento está relacionada con su tráfico, pues solamente en este último evento es tolerable una respuesta punitiva por parte del Estado<sup>2</sup>.*

*Lo anterior como consecuencia de la evolución legislativa y jurisprudencial que en materia del tratamiento despenalizador se ha venido ofreciendo en relación con las personas que destinan las sustancias estupefacientes, sicotrópicas o drogas sintéticas al único propósito de su consumo personal, **llegándose a consolidar la tesis de considerar al consumidor como sujeto de protección***

<sup>2</sup> CSJ SP-15519-2014, 12 nov. 2014, rad. 42617; CSJ SP-2940-2016, 9 mar. de 2016, rad. 41760; CSJ SP-4131, 6 abr. 2016, rad. 43512; CSJ SP-3605, 15 mar. 2017, rad. 43725.

***constitucional reforzada, merecedor por lo tanto de una discriminación positiva, la que riñe con el contenido de injusto de una conducta punible<sup>3</sup>.***

*En realidad, la simple constatación de la interpretación constitucional que se ha surtido en torno al concepto de dosis para uso personal de sustancias estupefacientes, permite advertir el cambio de paradigma en relación con el objeto de prohibición penal.*

*Así, la Corte Constitucional en la sentencia C-221 de 1994 determinó que la penalización de conductas dirigidas al consumo de la definida legalmente como dosis para el consumo personal –llevar consigo, conservar para su propio uso o consumir-, resultaba lesiva para la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, razón por la cual declaró inexecutable el artículo 51 de la Ley 30 de 1986.*

*En esta misma línea, en la sentencia C-689 de 2002 la Corte Constitucional declaró ajustado a la Carta Política el contenido del artículo 376 de la Ley 599 de 2000, en el entendido de la necesaria distinción entre el porte, conservación o consumo de sustancias estupefacientes en cantidad considerada como dosis destinada al uso personal y el narcotráfico como actividad ilícita alentada por el afán de lucro, resultando incuestionable la penalización de esta última como criterio político-criminal implícito en la tipificación de las conductas punibles que le son afines.*

*Así mismo, de cara al Acto Legislativo 02 de 2009, la Corte Constitucional en las sentencias C-574 y C-882 de 2011, precisó por vía interpretativa el alcance y contenido deóntico completo de la reforma constitucional en el sentido que la prohibición del porte y consumo de estupefacientes establecida, en modo alguno conlleva a su penalización, destinando para ello, como consecuencia jurídica, la imposición de medidas administrativas de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, siempre bajo el consentimiento informado del adicto.*

*Finalmente, en la sentencia C-491 de 2012 la Corte Constitucional declaró ajustado al texto superior la Ley 1453 de 2011 que modificó el artículo 376 del Código Penal, razonando de paso que la supresión de la expresión “salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal” del tipo penal de “tráfico, fabricación o porte de estupefacientes”, tal como fue descrito por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, no puede interpretarse como una nueva penalización del porte y consumo de sustancias estupefacientes, sicotrópicas o drogas sintéticas, en cantidad considerada como “dosis personal” al tenor del artículo 2º literal j) de la Ley 30 de 1986<sup>4</sup>.*

<sup>3</sup> CSJ SP-15519-2014, 12 nov. 2014, rad. 42617.

<sup>4</sup> La postura legal y hermenéutica que de esa manera propende por la no penalización de los comportamientos relacionados con el consumo de estupefacientes, se encuentra en consonancia con la normatividad internacional sobre la materia: Convención Única sobre Estupefacientes (ONU 1961), enmendada por el Protocolo de 1972 –artículos 36 y 38-, así como en el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas (ONU 1971) –artículos 20 y 22-.

*Ahora bien, problemático ha resultado siempre en materia jurisprudencial la determinación del ámbito de lo prohibido en la regulación de la norma del artículo 376 del Código Penal, lo que ha girado alrededor del concepto de dosis permitida para el consumo personal y del principio de lesividad como factor de protección del bien jurídico de la salud pública tutelado por el legislador.*

*Precisamente, sintetizando la posición sostenida de manera pacífica con posterioridad a la sentencia C-221 de 1994 de la Corte Constitucional, la Sala, en función interpretativa del contenido del Acto Legislativo 02 de 2009, acotó:*

*[a] pesar de la reforma constitucional a través del Acto Legislativo 02 de 2009 y de la modificación del artículo 376 del Código Penal mediante el artículo 11 de la Ley de Seguridad Ciudadana, es posible tener por impunes las conductas de los individuos dirigidas al consumo de estupefacientes en las dosis fijadas en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, o en cantidades ligeramente superiores a esos topes, esto último de acuerdo con el desarrollo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema.*

*Lo anterior, en razón al respeto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, y a la ausencia de lesividad de conductas de porte de estupefacientes encaminadas al consumo del adicto dentro de los límites de la dosis personal, pues éstas no trascienden a la afectación, siquiera abstracta, del bien jurídico de la salud pública, el cual es el que principalmente protege el tipo penal descrito en el artículo 376 del Código Penal.<sup>5</sup>*

*De esa manera, el sentido de la prohibición se mantuvo con fundamento en el concepto de dosis personal, desarrollado en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, precisándose, sin embargo, que cuando la sustancia estupefaciente, atendiendo a cantidades insignificantes, no desproporcionadas, o ligeramente superiores a la dosis personal, está destinada exclusivamente al consumo propio de la persona, adicta o sin problema de narcodependencia, no concurre el presupuesto de la antijuridicidad material (principio de lesividad, artículo 11 del Código Penal), en tanto se trata de conductas que no son idóneas para afectar el bien jurídico de la salud pública<sup>6</sup>.*

*Ligado a lo anterior, hasta entonces se mantuvo la recurrente idea consistente en que el porte de estupefacientes, en tanto delito de peligro abstracto, en cantidad superior a los límites de lo establecido como dosis para el uso personal alberga una presunción de*

<sup>5</sup> CSJ SP, 17 ago. 2011, rad. 35978.

<sup>6</sup> En este sentido, CSJ SP, 8 ago. 2005, rad. 18609; CSJ SP, 8 oct. 2008, rad. 28195; CSJ SP, 18 nov. 2008, rad. 29183; CSJ SP, 8 jul. 2009, rad. 31531; CSJ SP, 17 ago. 2011, rad. 35978; CSJ SP, 18 abr. 2012, rad. 38516; CSJ SP, 3 sep. 2014, rad. 33409.

*antijuridicidad: iuris tantum, presunción legal que admite prueba en contrario, cuando se trata de cantidades ligeramente superiores a las previstas como dosis para uso personal; y, iuris et de iure, presunción de derecho que no permite su controversia, cuando se supera el tope de lo razonable en relación con los límites de la dosis personal establecidos en la ley<sup>7</sup>.*

***Sin embargo, precisando aquel concepto, la Sala definió con base en su propia jurisprudencia<sup>8</sup>, que no obstante la legitimidad del legislador para configurar delitos de peligro abstracto, estos no pueden contener una presunción iuris et de iure y en todos los casos admite prueba en contrario en el proceso valorativo sobre su lesividad, llevado a cabo por el juez frente a la conducta concreta:***

*[e]l 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.<sup>9</sup>*

*Con ello quedaba resuelto el problema relacionado con el peso de la sustancia que era objeto de porte, pues la cantidad deja de ser un factor determinante a efectos de establecer la lesividad de la conducta, precisándose la posibilidad de desvirtuarse en el juicio concreto de responsabilidad el carácter antijurídico presunto de las acciones de llevar consigo sustancias estupefacientes que desbordan los límites previstos legalmente para la dosis de uso personal.*

*El tema fue retomado, finalmente, 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 las que se acentuó la vigencia del concepto de dosis mínima para el uso personal, previsto en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, bajo el entendido que la proposición jurídica debe integrarse con el Acto Legislativo 02 de 2009 y las sentencias que se han adoptado en este sentido, bajo la comprensión que el consumidor o adicto puede portar una cantidad diferente a la legalmente establecida, siempre y*

<sup>7</sup> CSJ SP, 17 ago. 2011, rad. 35978.

<sup>8</sup> «[f]rente a un delito de peligro debe partirse de la base de que la presunción contenida en la respectiva norma es iuris tantum, es decir, que se admite prueba en contrario acerca de la potencialidad de la conducta para crear un riesgo efectivo al bien jurídico objeto de tutela.»: CSJ SP, 15 sep. 2004, rad. 21064.

<sup>9</sup> CSJ SP-15519-2014, 12 nov. 2014, rad. 42617. En el mismo sentido, Corte Constitucional, sentencia C-491 de 2012.

**cuando lo haga con la finalidad de su uso personal y aprovisionamiento, acorde con sus necesidades de consumo.**

*Así se sostuvo por parte de esta Corporación:*

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

*Entonces, la atipicidad de la conducta para los consumidores o adictos dependerá de la finalidad cierta (no supuesta o fingida) de su consumo personal, lo que puede desvirtuarse en cada caso según las circunstancias modales, temporales o espaciales, como cuando la cantidad supera exageradamente la requerida por el consumidor, adicto o enfermo, o la intención es sacarla o introducirla al país, transportarla, llevarla consigo, almacenarla, conservarla, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla, financiarla, suministrarla o portarla con ánimo diverso al consumo personal.<sup>10</sup>*

***Pero, además, resulta de la mayor importancia la consideración hecha por la Sala en el sentido que el tipo penal del artículo 376 del Código Penal, cuando la conducta se relaciona con el porte de estupefacientes, contiene un ingrediente subjetivo tácito, atinente al propósito del sujeto agente, por lo 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:***

*[p]ara la tipicidad de la conducta del porte de sustancias estupefacientes se debe tener en cuenta el ingrediente subjetivo tácito que plasmó el legislador al excluir de la previsión legal la conducta de quien tenga la finalidad exclusiva de su uso personal por razón de la dependencia como consumidor, adicto o enfermo...<sup>11</sup>*

*Llegados a este punto, debe destacarse que la evolución del tema relacionado con el porte de estupefacientes –alusivo al verbo rector llevar consigo-, ha consolidado las siguientes tesis:*

- a) *Tratándose de delitos de peligro abstracto –el previsto en el artículo 376 del Código Penal, lo es-, si bien en el momento de*

<sup>10</sup> CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760.

<sup>11</sup> CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760.

*creación legislativa se deja implícita una presunción de peligro, esta es legal y no de derecho, por lo que el juez debe llevar a cabo un juicio de antijuridicidad a fin de determinar si se creó un riesgo efectivo, verificable empíricamente, para el bien jurídico protegido.*

- b) En todos los casos, el consumidor ocasional, recreativo o adicto, no puede ser considerado como sujeto pasible del derecho penal, cuando la conducta que realiza carece de cualquier connotación afín al tráfico o distribución de sustancias estupefacientes o psicotrópicas o drogas sintéticas, con independencia de la cantidad de sustancia prohibida que se lleve consigo, pues en tales eventos no se produce un efectivo menoscabo o peligro concreto para los bienes jurídicos que pueden ser objeto de tutela por el legislador.*
- c) Se reconoce la existencia de un elemento subjetivo implícito en el tipo penal, relacionado con la constatación de la intención del portador de la sustancia estupefaciente, debiéndose establecer si el propósito es el uso personal o si lo es la distribución o tráfico.*

*Ahora bien, la Sala estima necesario subrayar que la consideración atinente a que es una presunción de antijuridicidad iuris tantum, susceptible de desvirtuar, la que opera sobre la puesta en riesgo de los bienes jurídicos en el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, no se traduce en la inversión de la carga de la prueba, la misma que en materia de responsabilidad penal estará siempre en cabeza del Estado.*

*Lo anterior, por cuanto las presunciones constituyen reglas probatorias y no reglas sobre la carga de la prueba<sup>12</sup>. Por eso, en ningún evento, la carga de la prueba de su inocencia le corresponde al procesado, ella se presume.*

*En efecto, los incisos segundo y tercero del artículo 7º de la Ley 906 de 2004, en desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política, con claridad precisan que «corresponde al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal», y que «En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria».*

*Esto significa que la carga de probar tiene que ser asumida por el órgano de persecución penal, pues el procesado no tiene por qué presentar pruebas de su inocencia, siendo función del Estado acreditar la ocurrencia del delito, que el acusado intervino en su realización y que es penalmente responsable. Así lo ratifican la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 11), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14-2) y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (artículo 8-2).*

<sup>12</sup> ALEJANDRO KISS, *El delito de peligro abstracto*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2011, p. 96

***En consecuencia, es a la Fiscalía a quien compete la demostración de cada uno de los elementos del tipo penal, entre ellos, la acreditación probatoria de los fines del porte de estupefacientes relacionados con la distribución o tráfico de los mismos y, con ello, la afectación o la efectiva puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos. Obviamente, también corresponde al órgano de persecución penal, en virtud del principio de objetividad (artículo 115 de la Ley 906 de 2004), establecer situaciones relacionadas con la ausencia de responsabilidad, a efectos de no incoar la pretensión punitiva.***

*De otro lado, en relación con la acción de llevar consigo, verbo rector alternativo del tipo penal que recoge el artículo 376 del Código Penal, la Corte debe señalar que, aunque eventualmente la cantidad de droga que se porte permitiría inferir conductas relacionadas con el tráfico de estupefacientes, no es ese un elemento que pueda adscribirse a la tipicidad de la conducta.*

***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.*

*Valga decir, en el contexto de la nocividad específica de la sustancia de crear dependencia, que es el concreto cometido de protección a través del bien jurídico de la salud pública, el criterio atinente a los límites cuantitativos impuestos por el legislador al determinar la dosis para el uso personal, con frecuencia riñe con las condiciones personales del individuo, caso en el cual entran en juego otros elementos atinentes, por ejemplo, al grado de dependencia, su tolerancia y necesidad, su condición de consumidor adicto, recreativo o primerizo y la posibilidad de abastecimiento en cantidades superiores o de dosis compartidas, lo que escapa a cualquier previsión legislativa.*

*Esa misma ambigüedad se ha trasladado en la práctica al juicio de antijuridicidad realizado por jueces y tribunales del país, cuando bajo su arbitrio han recurrido a modificar los topes pretextando la aplicación del principio de insignificancia, introduciendo el discutible criterio de lo ligera o levemente superior a la dosis personal, para concluir en la falta de lesividad de la conducta realizada o, por el contrario, para entender el riesgo real para los bienes jurídicos cuando se supera lo leve o ligero.*

*Dicha solución, a más de contribuir a la inseguridad jurídica, en tanto dispensa desiguales juicios valorativos frente a situaciones fácticas semejantes dependiendo del capricho del juzgador, conduce a perder de vista que tratándose de bienes jurídicos supraindividuales los protegidos en este caso por el legislador, su afectación no depende de una cantidad concreta de sustancia psicoactiva, cuando el riesgo no trasciende la esfera privada del portador y, por lo tanto, no interfiere en derechos ajenos susceptibles de protección penal.*

*En realidad, no es ese un criterio que pueda resolver de manera satisfactoria el problema de la lesividad de la conducta, puesto que el principio de insignificancia presupone un auténtico juicio de adecuación típica y una afectación real del bien jurídico –aunque de manera nimia-. En tales casos la conducta del agente carece de relevancia para el derecho penal, aun cuando, prima facie, reúna los elementos contenidos en la figura prevista en el Código Penal.*

*Por lo tanto, aun cuando se repunte como categoría vigente el concepto de dosis personal<sup>13</sup>, aparte de su función reductiva (será impune portar cantidades que no superen ese rango, a excepción de los casos asociados al tráfico o distribución), no es un criterio suficiente para determinar la prohibición inserta en el tipo penal, cuando se admite que independientemente de la cantidad de sustancia estupefaciente que un individuo lleve consigo, lo que en realidad permite establecer la conformación del injusto típico es el fin propuesto de traficar o distribuir con el psicotrópico. Por lo mismo, se hace inocuo la apelación a criterios caprichosos empleados en la praxis judicial como el de cantidad ligera o levemente superior a esa dosis personal.*

*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.*

<sup>13</sup> Corte Constitucional, sentencia C-491 de 2012.



*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<sup>14</sup>, 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.*

*Como se sabe, en algunas ocasiones es el mismo legislador el que incluye elementos subjetivos en el tipo penal (p. ej. artículo 239 del Código Penal). En otras, sin embargo, es la jurisprudencia la que recurre a elementos especiales de ánimo cuando no se han previsto expresamente en el tipo penal, haciéndose necesarios para identificar con claridad la carga de intencionalidad y, con ello, el sentido de la conducta.*

*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, empaque 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,*

---

<sup>14</sup> 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.

*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.”<sup>15</sup>*

*Frente a las posiciones contrarias<sup>16</sup>, que desconocen el precedente anterior, lo primero a decir es que si se pretende apartarse del mismo se debe hacer un esfuerzo argumentativo para contradecirlo, no es solo manifestar su desacuerdo y basarse en jurisprudencias ya superadas, sino hacer el ejercicio nuevo de manifestar las razones por las cuales no se comparten los fundamentos de esta línea de pensamiento consolidada por el órgano de cierre. Por otro lado, es bueno recabar que la Constitución Nacional es fuente de derecho, es la más importante, mucho más que una ley, en nuestro caso con la existencia del acto legislativo 02 de 2009, se modifica no solo toda la política relacionada con la salud pública, sino también lo consecuente con la política criminal, el consumidor no es tratado ahora como delincuente. Si aceptamos que “solo” el legislador sea el que consagre tipos penales, estaríamos dando más importancia a la ley que a la Carta Política.*

*Además, 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”**. Resaltamos que es lo decidido en la parte resolutive de la mencionada sentencia, es decir, es lo obligatorio desde el punto constitucional y legal. Entendemos que estos cambios rompen una tradición interpretativa de décadas, lo que implica un esfuerzo de los interpretes por cambiar la mentalidad anterior, obvio que a varios se les hace muy difícil y tienden a volver con tesis de tiempos pasados. Pero ese es el deber, de evolucionar y ser cada día más justos en la interpretación y aplicación del derecho, no es aceptable, ahora, recluir en las cárceles a consumidores y adictos a los estupefacientes como en pretéritas épocas se hacía.*

*Las interpretaciones jurisprudenciales antes citadas lo hacen del sistema integral normativo, Constitución y Ley, no es un invento jurisprudencial como se sugiere. Es cierto, por otro lado, que es muy difícil la prueba de la finalidad distinta al consumo, pero no imposible, es hora que las autoridades de policía judicial y de vigilancia se concentren, no en capturar drogadictos para el logro de un pírrico “positivo” y que la judicatura le haga el juego a ello, sino que una verdadera gestión útil a la sociedad será perseguir a todos los demás encargados de la cadena productiva de estupefacientes. La finalidad de tales autoridades no es la de combatir drogadictos, sino la de exterminar toda actividad económica e industrial efectuada con estupefacientes de manera directa o indirecta. En otras palabras, la no distribución de los mencionados enervantes. Por ejemplo, es mucho más útil allanar las “ollas de vicio”, laboratorios, transportadores, etc., decomisar tanto los muebles e inmuebles y sus verdaderos distribuidores y con ello hacer imposible en esos sectores la presencia de las organizaciones criminales dedicadas a esa actividad. No se discute siquiera que ello es mucho más eficiente*

<sup>15</sup> C.S. de J. SP. M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR SP 9916-2017 Radicación n° 44997.

<sup>16</sup> Véase T.S. DE M. SP, sentencia 050016000206201323947, M.P. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO.

*en salud individual y social, economía, vida, paz social, orden público, etc., que la recurrente captura de consumidores.*

*Recuérdese, frente al aspecto probatorio que es el Estado quien tiene la carga de probar TODOS los elementos de la conducta punible, es por principio rector, por norma constitucional y de tratados internacionales un imperativo. A más que en sistemas acusatorios la defensa no tiene cargas adicionales, es absurdo que la negligencia de la misma termine en condena, pero siendo inocente el imputado, que se le condene no porque es responsable de una conducta penal, sino porque - como en este caso- no pudo probar su inocencia.*

*EDUARDO M. JAUCHEN, en su manual LOS DERECHOS DEL IMPUTADO, al respecto manifiesta lo siguiente:*

*“En ese orden de ideas, se advierte que teniendo el Ministerio Público (Fiscalía) una función objetiva en el proceso penal y que responde no a un interés individual sino al de la comunidad, en verdad no es científicamente solo una carga que tiene sus representantes de demostrar la culpabilidad del imputado, sino un deber procesal y funcional. Ello es así, pues el cumplimiento de tal actividad no lo es en su interés individual (como ocurre en materia civil), y su incumplimiento no trae aparejada una consecuencia desfavorable para él, sino para la comunidad, sin perjuicio, claro está, de las sanciones eventuales por mal ejercicio de sus funciones. Por el contrario, la Fiscalía tiene un DEBER PROCESAL, que consiste en la investigación, persecución, esclarecimiento de los delitos y formulación del requerimiento que corresponda de tal resultado, ya sea a favor o en contra del imputado. Si se opta por esta última alternativa su deber procesal se transforma en el de demostrar la culpabilidad con eficacia tal que pueda quebrantar su estado de inocencia. Esto no obsta a que siempre se mantenga durante todo el proceso su deber de objetividad, por lo que un giro probatorio contundente en pro de la inocencia en cualquier grado del proceso debe conducirlo a requerir él mismo, según las circunstancias particulares, el sobreseimiento o la absolución.*

***El imputado, por su lado, no tiene que probar su inocencia, pues ya de antemano es constitucionalmente considerado así. Corresponde al Estado, mediante sus órganos predispuestos, demostrar lo contrario para poder revertir ese estado y obtener condena.***

***El imputado no tiene, en consecuencia, ni la CARGA, ni el DEBER de probar nada. Es más, su posición estática y pasiva no puede ser tomada como prueba, presunción ni indicio en su contra. No obstante, siempre tiene el DERECHO de aportar toda prueba que estime pertinente para acreditar su inocencia. Pero el incumplimiento de esta facultad -insisto- no le puede acarrear***

*ningún perjuicio, de ahí que no sea técnicamente una carga conforme a los conceptos ya expuestos.”<sup>17</sup>(lo resaltado es nuestro).*

*Obvio que el peso del estupefaciente incautado es relevante, sí; al respecto hay que hacer análisis valorativos en orden a establecer el destino real, pero ello es un problema probatorio y no dogmático. Para nuestra desgracia, la estrategia del “combate” contra los estupefacientes solo se ha concretado en la aprehensión de quienes portan o llevan los alcaloides, es toda una política muy pobre, los grandes “capos” no se “untan” de esos materiales. Los esfuerzos tienen que orientarse en su contra, si verdaderamente estamos en la voluntad seria de acabar con este grave problema.*

*Insistimos que cuando se habla de “finalidad distinta del consumo” nos referimos como lo expresó la Corte, a un problema de tipicidad no de antijuridicidad, por ello es plenamente pertinente hacer propios los argumentos contenidos en un pie de página de la sentencia de la Sala Penal de la Corte 31531 del 8 de julio de 2009:*

*“El principio de impunidad del consumidor implica defender la no incriminación de todas las conductas relacionadas con la droga, no sólo la tenencia o posesión, que tengan como exclusivo objeto el autoconsumo de la misma por el agente (...) La impunidad no alcanza sólo al toxicómano o adicto a la droga, que v.gr., cultiva o posea droga para su consumo, sino también al consumidor ocasional, es decir, al que no presenta dependencia física ni síquica y consume esporádicamente droga. La no exigibilidad de responsabilidad criminal en estos caso deriva de la falta de tipicidad del consumo, como acto final o fin objetivo en sí mismo considerado.”<sup>18</sup>*

### **5.3. CASO CONCRETO**

*Es forzoso predicar la configuración del primero de los elementos de tipo penal del artículo 376 del C. Penal, si se quiere ello probatoriamente no se discute quedando pendiente lo atinente a la responsabilidad penal del acusado.*

*Sin embargo, el entendimiento de la estipulación 5 celebrada entre la Fiscalía y la defensa, por demás aceptada expresamente por la misma juez de instancia, tiene serios inconvenientes que es preciso resaltar: Recordamos que al inicio del juicio oral y cuando se le dio la palabra a la Fiscal, **ella empieza anunciando que su teoría del caso será la absolucón, allega la estipulación en la cual afirma que el procesado es consumidor de estupefacientes, que lo llevado consigo era para su ingesta personal, anexó la entrevista del mismo procesado que acepta ser consumidor de “perico” desde hace 6 años, que vive en la Pintada y que viaja a Medellín a comprar su dosis. Su hermano JHON R. CASTAÑEDA QUINTANA manifiesta también que WILFER es consumidor de perico, que no tiene problemas con la justicia, que no es expendedor, igual la madre del acusado declara que es consumidor, también lo hace ADRIANA M. ALVAREZ, en general confirman el hecho que el estupefaciente adquirido es de aprovisionamiento para su consumo personal. Se dice que esos elementos***

<sup>17</sup> Eduardo M. Jauchen. Derechos del Imputado. ED. RUBINZAR-CULZONI. Buenos Aires. 2005. Pags. 115 y 116.

<sup>18</sup> JAVIER IGNACIO PRIETO RODRIGUEZ, el delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español, Barcelona, Editorial Boch. 1986, pág. 221.

***fueron entregados al Juzgado y a los demás sujetos. Lo cierto es que estos no aparecen en la carpeta, insistimos que esta estipulación, como las demás, fueron admitidas por la misma funcionaria de instancia. (minuto 8 y ss de la audiencia).***

***El juzgado a pesar de considerar la situación de adicción del acusado, afirma que si bien las partes estipularon la calidad de consumidor del procesado, "en modo alguno esa situación puede exonerar de la realización de la conducta por cuanto no se probó que su condición de consumo tuviera relación directa con el llevar consigo, no se probó cual es el tipo de consumo, su frecuencia, ni aspectos similares para derivar una dosis de aprovisionamiento, mucho menos que el llevar consigo se explicara con un contexto de legalidad, es decir, no se probó al menos una actividad lícita por parte del procesado y no pueden sacarse deducciones de las estipulaciones más allá de las mismas." (lo resaltado es nuestro).***

***Sobre este asunto la misma Corte Suprema de Justicia afirma que las estipulaciones no se prueban (algunos sostenemos con base en el artículo 7 del C.P.P. que sí debe existir un mínimo de prueba pero que se renuncia con la estipulación a su controversia, ello puesto que no estamos en sistema dispositivo). Fundamenta además cierto problema con la cantidad de estupefaciente y se apoya en jurisprudencias con radicados 42617, 18609 y 33409. Afirma que la presunción de antijuridicidad en delitos de peligro abstracto se aplica en este caso, que esta presunción es juris tantum, o sea que admite prueba en contrario, por tanto debe demostrarse que no existe lesividad. De lo anterior infiere que, "sin importar una inversión de la carga de la prueba o la aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba, la antijuridicidad se presume y corresponde a la defensa una carga probatoria específica en la idea de desmontar el riesgo efectivo al bien jurídico, tal presunción se finca en últimas en la cantidad de estupefaciente incautado que en criterio de la funcionaria de instancia es alto." (lo resaltado es nuestro).***

***Como se puede apreciar, lo expuesto en este punto dista en forma diametral con lo argumentado por la juez en su sentencia para no reconocer la calidad de adicto del señor CASTAÑEDA, ni que el estupefaciente era de aprovisionamiento para su consumo posterior. A más que no se vislumbra por lado alguno una voluntad o ánimo de expendio del alcaloide. No afirma la funcionaria de instancia porque lo dicho en esas entrevistas no es cierto, o porque no hay que tenerlas en cuenta, se presenta una contradicción entre todo lo expuesto y la aceptación de la estipulación por la misma juez. No tiene presentación que no se alleguen a la carpeta las entrevistas antes comentadas y que lo expresado por la Fiscal como estipulación se le de un contenido diverso al plasmado allí, obvio que una cosa es lo que uno como interprete del derecho pueda sostener y otra lo que los precedentes, la legislación y la misma Constitución imponen, desconocerlos para imponer una particular visión jurídica y con ello condenar y privar de la libertad a un inocente, nos parece una conducta abiertamente contraria a los postulados mínimos que eticamente un juez debe desarrollar en su labor como administrador de justicia.***

*Ahora, cuando la solicitud de absolución de la Fiscalía se fundamenta en ausencia de elementos de prueba o cuando no se supera el estándar de certeza o de más allá de duda probatoria, TODOS los sujetos procesales piden absolución y el juez condena que es el supuesto del presente caso, salvo los errores manifiestos y burdos de los pretendientes en la valoración de la prueba, en los demás casos se tiene que respetar el criterio de las partes, nótese que se les sorprende a todos con un debate que nunca se dio, lo cual es contrario a todo el presupuesto del debido proceso, es cierto que el juez decide, pero no puede actuar de oficio, no a su capricho, tampoco es una rueda suelta, incluso, en tales casos es mucho más coherente con el derecho de defensa el declarar la nulidad, recabamos que existen obligaciones para con la víctima y con la sociedad como sujeto procesal representado por la Procuraduría, no es una relación sola entre Fiscalía y acusado, no se puede llegar a extremos, o el poder dispositivo del Fiscal o el poder oficioso del Juez. En estricto sentido de los supuestos antes mencionados, no se da la excepción prevista en el numeral 5.1.3.6.4., es decir no es caso burdo ni contraevidente. Por el contrario, lo planteado es lo previsto en el supuesto del numeral 5.1.3.6.2., ello puesto que la prueba es plenamente indicadora de la inexistencia de uno de los elementos del tipo penal, y, además, existe plena permisión legal y constitucional del porte y destinación del estupefaciente antes incautado en el caso presente. El error flagrante y burdo es de la funcionaria de instancia.*

*Concluimos que sí existe una suficiente fundamentación de la posesión de ese alijo con el consumo y la provisión del mismo en orden a desplazarse al municipio de la Pintada donde vive. En consecuencia, es equivocada la apreciación de la funcionaria de instancia en ese punto. Que se debía probar la actividad lícita del imputado y al o hacerlo, ello opera en contra del mismo imputado es una afirmación absurda y repugnante con el principio universal de presunción de inocencia, a más que las entrevistas que sustentan la estipulación dicen lo contrario, sí se afirmó la dedicación lícita del procesado. A la vez, como lo manifestó la Corte en la cita anterior, la antijuridicidad no se presume, a la Fiscalía se le atribuye la carga de probar la antijuridicidad, lo mismo que el de tipicidad y, repetimos, TODOS los elementos de la conducta punible, recuérdese que el artículo 11 del C. Penal impone que el bien jurídico EFECTIVAMENTE se vulnere, esta carga por el contrario, según la Fiscalía no se da, fue muy expreso en este punto, a pesar que la funcionaria manifestó que no se debe invertir la carga de la prueba o admitir el concepto de carga dinámica de la misma, lo cierto es que materialmente ello fue el fundamento para efectuar el juicio de responsabilidad penal en contra del señor CASTAÑEDA.*

*Recuérdese además, como criterio democrático y principio rector, dentro de los derechos de defensa, artículo 8 del C.P.P., y, en consecuencia, el acusado no puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo, ni tampoco a autoincriminarse, y, que se utilice el silencio en su contra, exigir cualquier carga adicional al imputado o a la defensa que si no se hace se convierte en argumento en su contra es derruir todo un sistema de garantías democráticas y procesales a los ciudadanos, es increíble la conclusión que se da en este caso, que se le condena no porque sea responsable penalmente, sino porque no probó su inocencia. Críticamos la manera como se construyeron los indicios de responsabilidad en el caso en estudio, en la jurisprudencia citada en extenso, la Corte hace un duro reprochoche frente a análisis valorativos similares a los aquí censurados.*

*Conforme con todo lo anterior, observa la Sala, que la sentencia de condena adoptada por la Juez de Conocimiento, no solo constituye una clara afrenta contra el principio de congruencia, como quiera que desconoció la solicitud de absolución invocada al unísono por la Fiscalía y la Defensa y fundamentada probatoriamente en la ausencia de prueba de los elementos de la tipicidad, sino también porque la decisión criticada se soporta en argumentos caprichosos e interpretaciones equivocadas de aspectos ya recogidos por la Sala de Casación Penal de una muy superada línea de pensamiento. Podemos concluir que la A quo incurrió en un falso juicio de identidad por distorsión del acervo probatorio, ya que desconoció arbitrariamente los hechos que las partes dieron por ciertos, relativos a la calidad de consumidor del acusado y al destino de ingesta personal y de aprovisionamiento de lo incautado, circunstancias que imponen necesariamente la revocatoria de la sentencia de primer grado. Obsérvese que la Fiscalía - y menos el Juzgado- no cuenta con otros mecanismos probatorios para acreditar el elemento subjetivo que reclama el tipo penal, esto es, la finalidad de comercialización o distribución, y que conforme las evidencias aportadas, se puede inferir razonablemente que el imputado ostenta la calidad de consumidor (y muy posiblemente también la de adicto), lo cual es compatible con la cantidad de droga que llevaba consigo, es claro que en este punto, le asiste razón al recurrente, al señalar que el tratamiento que debe recibir el señor **CASTAÑEDA QUINTANA** debe ser orientado más a la rehabilitación de este, a fin de combatir su dependencia a los estupefacientes, que a la imposición de una sanción penal.*

*Por último observamos que este supuesto de hecho encaja perfectamente dentro del precepto establecido en los artículos 1 y 3 de la ley 1566 de 2012, es decir, que al señor **CASTAÑEDA QUINTANA** se le debe considerar como un enfermo, siendo elemental concluir que la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y la Secretaria de Bienestar Social del Municipio de Medellín o de La Pintada, para el caso concreto son quienes están obligadas a dar el tratamiento de rigor y es por ello en este caso no solo se debe revocar la decisión y **ABSOLVER** al procesado, sino que además se debe oficiar a dichas entidades, para que procedan a efectuar el tratamiento pertinente en orden a la rehabilitación del señor **CASTAÑEDA QUINTANA**. Por sustracción de materia no se tratará lo relacionado con el subrogado.*

*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** la sentencia objeto de apelación, y en su lugar, **ABSOLVER** al señor **WILFER ADOLFO CASTAÑEDA QUINTANA** del cargo formulado por la Fiscalía en su contra, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la decisión. Se levantarán todas las medidas restrictivas de sus derechos. Así mismo, se oficiará a las entidades mencionadas en el último párrafo para lo de su competencia.

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

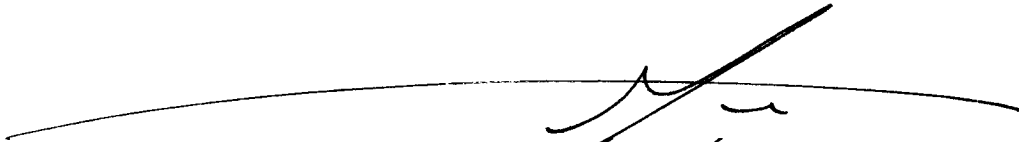
**RADICADO:** 05001-60-00206-2015-18926  
**PROCESADO:** WILFER ADOLFO CASTAÑEDA QUINTANA  
**DELITO:** TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

**TERCERO:** Copia de esta providencia será enviada a la juez de instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ**  
**Magistrado**



**LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO**  
**Magistrado**  
**-con aclaración de voto-**



**RICARDO DE LA PAVA MARULANDA**  
**Magistrado**  
**-con aclaración de voto-**



REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado: 050016000206201518926  
Procesado: Wilfer Adolfo Castañeda Quintana  
Delito: Tráfico, fabricación o porte de  
estupefacientes  
M. Ponente: Oscar Bustamante Hernández

ACLARACIÓN DE VOTO

A pesar de que estamos de acuerdo con la decisión del Magistrado Ponente, consideramos importante advertir que la argumentación del Doctor Ricardo de la Pava Marulanda y el suscrito se circunscriben únicamente al hecho de que el juez violó el principio de congruencia y el principio acusatorio, por cuanto se apartó de la petición absolutoria de la Fiscalía para condenar al procesado, por lo que en el caso concreto era innecesario en segunda instancia, hacer una valoración de las pruebas practicadas en el juicio oral.

Para el efecto se debe indicar que pese a que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia 43.837 de 2016 como en la subsiguiente con radicado 45464 de 2017, varió su posición, en el sentido de considerar que la petición de absolución de la Fiscalía no resulta vinculante para el Juez, lo cierto es que la primera providencia incluso generó un salvamento parcial de voto de los señores magistrados doctores Patiño, Hernández y Castro, por lo que es difícil tomarlas como un precedente, ya que la posición de los Magistrados no es uniforme.



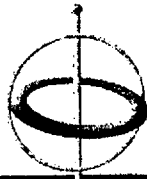
SALA DE DECISIÓN PENAL

Ahora, es de nuestro criterio que una consecuencia necesaria del principio de congruencia es que la petición de absolución de la Fiscalía inexorablemente debe conducir a una sentencia en igual sentido, pues la esencia del principio acusatorio no es la oralidad, la inmediación o concentración, sino que lo es la división de funciones: Fiscalía, defensa y juez, por lo que es requisito *sine qua non* para la condena que haya acusación, en desarrollo del principio *nemo iudex sine actore*. No hay juez sin acusación, y sin acusación no hay sentencia.

Aunado a ello, es un desarrollo de principio de legalidad, como quiera que el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, el cual se encuentra vigente, establece: “el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”.

Para los suscritos, la anterior posición de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, resultaba más acertada, como quiera que se sostenía que la petición de absolución formulada por el representante del ente acusador en los alegatos de cierre, le imponía al juez proferir un fallo absolutorio, fundamentando asertivamente que: (i) la sistemática procesal desarrollada en la Ley 906 de 2004, la Fiscalía es la titular de la acción penal; (ii) la congruencia se establece sobre el trípode acusación-petición de condena-sentencia; (iii) la acusación no es una decisión judicial sino una pretensión del ente persecutor, y por tanto, éste la puede impulsar o no; (iv) en un sistema de partes el juez no puede actuar de oficio y, la Fiscalía

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA DE DECISIÓN PENAL

es la dueña de la acusación, luego entonces, si el juez puede condenar aun cuando el ente acusador solicite condena, asume el rol de titular de la acción penal.

En razón de lo expuesto, se acoge la inicial postura de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, y por ello, en el caso concreto, el juez de primera instancia debió emitir una sentencia absolutoria.

Fecha *ut supra*



LEONARDO EFRAIN CERÓN ERASO

Magistrado



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado

