



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA PENAL DE DECISIÓN

PROCESO: 05 001 60 00206 2016 19088 (9109)
DELITO: Artículo 376 C.P.
CONDENADO: JOSÉ SEBASTIÁN RÍOS ACEVEDO
PROCEDENCIA: Juzgado 3º Penal circuito de Medellín
OBJETO: Apelación de sentencia.
DECISIÓN: REVOCA CONDENA Y ABSUELVE
M. PONENTE: Rafael M Delgado Ortiz

sentencia N°014

Aprobada según acta N°128

Medellín, veinticuatro de agosto de dos mil diecisiete

ASUNTO A TRATAR

Se decide el recurso de apelación presentado por la defensa, en contra de la sentencia dictada el once (11) de julio de dos mil diecisiete, por el Juez Trece Penal del Circuito de Medellín (Antioquia), con funciones de conocimiento, por medio de la cual condenó a JOSÉ SEBASTIÁN RÍOS ACEVEDO, como autor material, del delito de tráfico, fabricación o Porte de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo, imponiendo en su contra penas principales de diez (10) meses y veinte (20) días de prisión y multa de doscientos veintisiete mil quinientos veinte (227.520) pesos, además de accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena restrictiva de

la libertad, negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

ANTECEDENTES FÁCTICOS

Conforme al escrito de acusación¹, el doce de abril de dos mil dieciséis, dos patrulleros de la Policía Nacional, en vía pública, carrera 19 con calle 56 F, barrio Tres Esquinas de esta ciudad, en desarrollo de sus labores de vigilancia, requirieron a un ciudadano que por allí se desplazaba para que les enseñara lo que portaba al interior de un bolso que llevaba.

Al ser revisado dicho elemento, fueron halladas en su interior tres (03) bolsas plásticas de color negro, que en su interior contenían, respectivamente, treinta y cuatro (34) bolsas plásticas transparentes herméticas, cada una de ellas con una sustancia con características similares a la cocaína base; en la segunda, ocho (08) cigarrillos de color café, compuestos por una sustancia vegetal compatible con marihuana y la tercera bolsa contenía noventa y nueve (99) cigarrillos artesanales de sustancia vegetal de similares características a los anteriores.

Sometidas las sustancias a prueba preliminar arrojaron resultado positivo para el elemento cocaína y sus derivados y marihuana, con un peso neto de trece coma seis (13,6) gramos para la sustancia a base de

¹ Folio 5

cocaína y ciento cuarenta y siete (147,2) gramos de la sustancia vegetal identificada como marihuana.

El ciudadano fue identificado como JOSÉ SEBASTIÁN RÍOS ACEVEDO.

Por tal motivo el aprehendido y los elementos incautados fueron puestos a disposición de la fiscalía general de la nación que deprecó, por intermedio del delegado 219 Seccional, la celebración de audiencias preliminares.

El trece de abril de dos mil dieciséis, ante la Jueza cuarenta y dos penal municipal de Medellín (Antioquia), se llevaron a cabo audiencias de legalización de captura y formulación de imputación y en ellas el funcionario citado extendió aval al procedimiento de aprehensión y la incautación de elementos.

La fiscalía le formuló imputación a JOSÉ SEBASTIÁN RÍOS ACEVEDO como presunto responsable, como autor, del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo sin que se allanara a dicho cargo.

Declinó el delegado del ente investigador de la petición de imposición de medida de aseguramiento.

El seis de mayo de dos mil dieciséis, el fiscal 68 seccional de Medellín, presentó escrito de acusación² en contra de JOSÉ SEBASTIÁN RÍOS ACEVEDO señalándolo como presunto responsable, como autor material del delito que le fuera imputado previamente, consagrado en el artículo 376 inciso primero del código penal, modificado por el artículo 11 de la ley 1453 de 2011.

Asumió conocimiento³ el Juez Trece Penal del Circuito de Medellín quien fijó fecha para adelantar audiencia de acusación que se llevó a cabo el veintidós de noviembre de dos mil dieciséis⁴.

La preparatoria se agotó el día diez de mayo de dos mil diecisiete⁵ y allí se estipuló por las partes lo siguiente: i) la plena identidad del procesado, ii) las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la captura, iii) La cantidad, calidad y mismidad de las sustancias incautadas y iv) que el ciudadano actuó en circunstancias ignorancia y pobreza extremas conforme a las previsiones del artículo 56 del Código Penal.

El juicio oral se realizó en audiencia del once de julio de dos mil diecisiete, fecha en la cual se anunció sentido de fallo condenatorio; en ese escenario se adelantó audiencia de individualización de pena y se dictó la sentencia que fue apelada por la defensa.

² Folios 4

³ Folio 8. Orden del 16.05.2016

⁴ Folio 18

⁵ Folio 25

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Luego de analizar los medios demostrativos arrimados por la fiscalía, tendientes a demostrar la materialidad de la infracción y la responsabilidad del acusado en su realización, halló el A quo conocimiento más allá de cualquier duda para emitir juicio de reproche.

Sostuvo en la sentencia que con base en las estipulaciones se sabe que el día doce de abril de dos mil dieciséis, el acusado fue sorprendido por personal de la policía nacional en vía pública, portando la sustancia en la cantidad y calidad referidas.

Encontró entonces con lo estipulado, demostrada plenamente la materialidad de la infracción y la autoría de la conducta por parte del acusado, básicamente, dice, porque el acusado no fue sorprendido en actitud de consumo y ninguna actividad probatoria se hizo frente a su condición de *multiadicto*, siendo relevante para el A quo el concepto de “límite de razonabilidad” al cual hace referencia en algunas providencias la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Por ello, lo condenó como autor de la conducta punible por la cual deprecó esa decisión la Fiscalía General de la Nación y le impuso las penas ya reseñadas, negando subrogados y sustitutos por expresa prohibición de ley.

DE LA APELACIÓN

En forma oportuna, dentro de la audiencia de lectura de fallo⁶ el defensor del acusado interpuso recurso de apelación.

Dentro del término de ley⁷, arrió escrito por medio del cual busca la revocatoria de la sentencia.

En resumen, disiente el apelante de la decisión de condena por cuanto, en su criterio, el fallador incurrió en errores respecto a la interpretación del artículo 376 del código penal dadas los recientes pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, pues en ellos, se dice, que a la Fiscalía General de la Nación no le basta con probar el mero porte de la sustancia sino acreditar que se tenía para fines diferentes al consumo.

Difiere también en torno al criterio esbozado por el fallador respecto a que no se acreditó por la defensa que la droga se tuviera para el consumo del acusado y dice, por el contrario, un argumento como ese, supone una inversión de la carga de la prueba y no requiere entonces demostrar la ausencia de lesividad frente al bien jurídico tutelado.

⁶ Audiencia del 07.07.2017

⁷ Folio 63 Escrito presentado el 18.07.2017

En otro punto, respecto a la negativa de la concesión de beneficios y subrogados, se aparta del criterio del fallador sobre los alcances del artículo 68 A del Código Penal y pone de presente otras interpretaciones del mismo, citando providencia de una Sala de decisión penal de este Tribunal sobre el tema.

Pide entonces, la revocatoria de la sentencia de condena emitida por el A quo y en subsidio el otorgamiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

SE CONSIDERA PARA DECIDIR

Somos competentes, conforme al artículo 34, numeral primero, de la Ley 906 de 2.004, para conocer de la presente apelación habida cuenta que la primera instancia fue agotada por el Juez Trece Penal del Circuito de Medellín (Antioquia) adscrita a este distrito judicial.

Es límite de nuestra intervención, de acuerdo con las técnicas del recurso de apelación, los temas propuestos por el impugnante y aquellos que sean inescindibles, existiendo en nuestro criterio, sustentación suficiente por parte del censor para que el asunto sea analizado en su fondo.

El primer problema jurídico propuesto, hemos de decirlo desde ahora, no está exento de controversia; por el contrario, hay voces que se apartan de la

doctrina que para el día de hoy se halla vigente, respecto al punto, en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

El Juez de Primera Instancia ha optado en esta ocasión, sin dejar de lado totalmente las posturas que ha desarrollado la corporación citada, por emitir un juicio de reproche, apoyado básicamente en dos criterios: *i)* que al interior del presente proceso nada se acreditó respecto a la calidad del acusado como consumidor de las sustancias incautadas y *ii)* que aunado a lo anterior, la cantidad y forma en que llevaba consigo la droga permite inferir una finalidad diferente al consumo que podía tener el alijo.

El Defensor por su parte, difiere de esa conclusión pues, dice, que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado una tesis, plasmada especialmente en las sentencias 41.760 de 2016, 43.725 de 2017 y 44.997 de 2017 según las cuales, la Fiscalía General de la Nación debe demostrar que la finalidad del porte de la sustancia es diferente al propio consumo, conductas que sean atribuibles al tráfico o comercialización o entrega a título gratuito de la misma y, además, no puede haber una inversión de la carga de la prueba respecto a si el acusado es o no consumidor de las mismas pues ello contraría la lógica del proceso penal.

Y, debemos decirlo desde ahora, con el respeto que merece la tesis del A quo, tiene razón el recurrente cuando ataca la sentencia apoyado en los

recientes pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En sentencia del nueve de marzo de dos mil dieciséis, dentro del proceso radicado bajo el número 41760, SP 2940-2016, MP FERNÁNDEZ CARLIER, se abordó, una vez más, el polémico tema que en este evento se trabaja, pero, a diferencia de ocasiones anteriores, planteó algo que fue una nueva propuesta en torno al asunto.

La sentencia en cita, tuvo en cuenta todo el desarrollo de los postulados jurisprudenciales respecto al controvertido problema jurídico que supone la sanción penal a aquellas personas que son sorprendidas "*llevando consigo*" ciertas cantidades de estupefacientes que no se ofrecen de manera clara como destinadas a cosa diferente al propio consumo.

Pues bien, lo primero que llama la atención frente a la sentencia mencionada es que, a diferencia de lo que hasta ese momento se venía diciendo respecto a que dichas conductas de "*llevar consigo*" alguna cantidad de estupefacientes en cantidades que no muestran excesivas y se tienen para el consumo, suponían que no se ponía en peligro efectivo el bien jurídico tutelado y por ende carecían de antijuridicidad material, en esta ocasión se ubica el problema en la tipicidad. Dijo al respecto la Sala de Casación lo siguiente:

“... la Corte considera que ha de ser resuelto dogmáticamente en el ámbito de la tipicidad y no en el de la antijuridicidad, pues a partir de las modificaciones introducidas al ordenamiento jurídico por el Acto Legislativo 02 de 2009 ha de sopesarse en todo caso el ánimo de ingesta de las sustancias, como ingrediente subjetivo o finalidad, de ahí que el porte de una cantidad de droga compatible exclusivamente con ese propósito de consumo será una conducta atípica, en los términos que se explican en esta providencia.”

Y más adelante expuso:

Si la cantidad de dosis personal puede constituir ilícito cuando no está destinada para el uso personal, mutatis mutandi cuando es palpable esa finalidad no debe entenderse comprendida dentro de la descripción del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes sin que dependa de la cantidad de la droga que les sea hallada.”

Adviértase que claramente la Corte plantea una solución radicalmente distinta a la hasta ese momento aceptada pues ya establece que la finalidad con la cual es portada la sustancia debe ser analizada en el tipo como ingrediente subjetivo por manera que, si solo está destinada al consumo, al margen de su cantidad –*con algunas aclaraciones que no dejan de generar dificultad*- entonces se estará en presencia de una conducta atípica.

Pero no solo se expuso esta tesis, sino que además, respecto de la presunción legal que supone el artículo 376 del Código penal, modificado por el artículo 11 de la ley 1453 de 2011, radicó en cabeza de la Fiscalía la obligación de acreditación del destino de la sustancia incautada diferente al simple consumo.

Sobre el punto enseñó la Corporación en la mencionada decisión:

En ese Acto Legislativo, como ya se reseñó, se distingue al consumidor y la conducta del delincuente que fabrica, trafica y distribuye las drogas ilícitas, garantizando a los primeros la protección del derecho a la salud pública.

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.

De ahí que tratándose de consumidores o adictos que porten o lleven consigo sustancias con esa específica finalidad no pueden ser judicializados por la justicia penal y su proceder es de competencia de las autoridades administrativas de la salud en el orden nacional, departamental o municipal.

En otras palabras, como el querer del constituyente fue no penalizar la dosis personal, desde allí se autoriza o permite el porte de droga destinada para el consumo."

Y dijo además:

"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. "

Mírese que con estos planteamientos la cantidad de estupefaciente incautado ya no tiene una relación directa con la cantidad establecida en

la ley 30 de 1986, sino que se debe analizar en cada caso concreto.

Y agregó lo siguiente:

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.

Esta última afirmación supone entonces, por lo menos así lo ve la Sala, que la Corte Suprema estima que, a efecto de un reproche penal, debe la Fiscalía General de la Nación demostrar que lo incautado tiene finalidad diferente al propio consumo acorde con las particularidades de cada caso en particular.

Lo anterior, fue sin dudas ratificado en recientes providencias, en especial en la sentencia del 11.07.2017 dentro del radicado 44.997 MP. PATRICIA SALAZAR CUELLAR, adicionando además:

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 prueba⁸. Por eso, en ningún evento, la carga de la prueba de su inocencia le corresponde al procesado, ella se presume.

Y más adelante complementó:

“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 toques 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....

“...Por lo tanto, aun cuando se repute como categoría vigente el concepto de dosis personal⁹, 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.”

Sobre la manera en que fue encontrada la droga incautada y las conclusiones que sobre ese aspecto pueden aventurarse dijo:

⁸ ALEJANDRO KISS, *El delito de peligro abstracto*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2011, p. 96

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-491 de 2012.

“La cocaína hallada se encontraba distribuida en varias bolsas plásticas y la marihuana armada en un cigarrillo:

La misma deficiencia argumentativa se ofrece en el fallo recurrido, cuando para arribar a la misma conclusión relativa a que la finalidad del porte de los estupefacientes por parte del procesado REYES MARÍN, respondía a su interés en comercializarlos, arguye que en su poder se encontró la cocaína en porciones distribuidas en varias bolsas plásticas, además de un cigarrillo armado de marihuana, un listado que parecía de contabilidad y billetes de diferentes denominaciones.

La fragilidad de estas proposiciones impide hacer el menor juicio sobre su idoneidad para construir a partir de ellas una regla con estructura general, abstracta y con pretensión de universalidad.”

Es este evento, el hallazgo de dos clases de sustancias, así como la forma en que se encontraban empacados, unido ello a la cantidad del alijo, si bien permite elaborar una hipótesis diferente al consumo, no es ello suficiente para elevar un juicio de reproche, pues ello, se queda en el campo de la especulación.

Las apreciaciones esbozadas por el organismo de cierre, respecto al asunto, sin duda que son aplicables al caso aquí analizado y desde luego que surge entonces, sin que sean necesarias mayores disquisiciones, una falencia en la acreditación de la teoría del caso propuesta por el delegado de la Fiscalía General de la Nación.

Al margen de si se comparte esta particular posición acerca de la carga que se le impone a la Fiscalía General de la Nación respecto a la necesidad de demostrar el ingrediente subjetivo de la finalidad *–lógica exigencia si entendemos que estamos hablando de tipicidad–* mírese

entonces que, si como en el caso concreto, únicamente contamos con elementos demostrativos acerca del porte de una específica cantidad de sustancia, respecto de la cual no podemos establecer si era para su consumo o para la distribución o venta, lo que emerge es una falencia de orden demostrativo, de tal entidad, que mal podemos sostener que el ente acusador cumplió con su carga de demostrar la materialidad de la infracción.

En otras palabras, la Fiscalía General de la Nación, en este proceso en concreto, únicamente demostró, suficientemente eso sí, que el acusado, el día de los hechos, portaba consigo unas cantidades específicas de cocaína y marihuana, sin que acreditara su finalidad, misma que finalmente no puede ser extraída de los medios de conocimiento y no podemos entonces concluir que la llevaba con aviesos fines, verbigracia, venderla o distribuirla, pues podía en todo caso, pese a lo notorio de su volumen, llevarla únicamente para su uso personal.

Nadie desconoce, también como probabilidad, que pudo llevar la droga o parte de ella para distribuirla; de hecho su cantidad y la forma en que se hallaba empacada puede orientar en esa dirección nuestras disquisiciones, pero tales elucubraciones no pasan de ser meras hipótesis sin ningún elemento demostrativo que las respalden. Así lo reseña la última de las providencias citadas.

Corolario, contrastando el caso aquí analizado con la nueva posición que sobre el tema ha

adoptado la Sala de Casación penal de la Corte suprema de Justicia en las sentencias tan ampliamente citadas, la conclusión no es otra que afirmar, que en este evento en particular, no hubo demostración por parte de la Fiscalía General de la Nación, en torno a la materialidad de la infracción.

Así las cosas, ha de absolverse al acusado del cargo que le fuera enrostrado por el acusador y debido a que obra constancia de que éste fue capturado el 18 de agosto de 2017, se dispone la cancelación de la orden de captura 2013-01045 proferida el 12 de julio de 2017 por el Juez Trece Penal del Circuito de Medellín y se ordena su libertad inmediata e incondicional, siempre y cuando no se encuentre requerido por otra autoridad judicial.

Por sustracción de materia no hay lugar a analizar el segundo de los problemas jurídicos planteados por el recurrente pues el mismo supone, cómo no, la existencia de una sentencia de condena.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR, la sentencia de fecha once de julio de dos mil diecisiete, por medio de la cual el Juez Trece Penal del Circuito de Medellín, condenó a **JOSÉ**

SEBASTIÁN RÍOS ACEVEDO como autor, del delito de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes y en su lugar se le **ABSUELVE** del cargo mencionado, conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta sentencia.

Como consecuencia de lo anterior, se dispone la cancelación de la orden de captura 2013-01045 proferida el 12 de julio de 2017 por el Juez Trece Penal del Circuito de Medellín y **se ordena su libertad inmediata e incondicional**, siempre y cuando no se encuentre requerido por otra autoridad judicial.

SEGUNDO: En contra de esta decisión procede el recurso de casación, que debe ser interpuesto en la forma y términos previstos en el artículo 183 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la ley 1395 de 2010 y normas concordantes.

TERCERO: Quedan, partes e intervinientes, notificados en este estrado.

CÓPIESE Y CÚMPLASE

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ
Magistrado

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ
Magistrado

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
Magistrado