



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA PENAL DE DECISIÓN

PROCESO: 05 001 60 00206 2016 46229 (9201)
DELITO: Artículo 376 C.P.
CONDENADO: LUZ DARY RESTREPO CUARTAS
PROCEDENCIA: Juzgado 20° Penal circuito de Medellín
OBJETO: Apelación de sentencia.
DECISIÓN: REVOCA CONDENA Y ABSUELVE
M. PONENTE: Rafael M Delgado Ortiz

Sentencia N°024

Aprobada según acta N°176

Medellín, catorce de noviembre de dos mil diecisiete

ASUNTO A TRATAR

Se decide el recurso de apelación presentado por la defensa, en contra de la sentencia dictada el veintiséis (26) de septiembre de dos mil diecisiete por el Juez Veinte Penal del Circuito de Medellín (Antioquia), con funciones de conocimiento, por medio de la cual condenó a LUZ DARY RESTREPO CUARTAS como autora material del delito de tráfico, fabricación o Porte de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo, imponiendo en su contra penas principales de doce (12) meses de prisión y multa equivalente a cero coma treinta y tres (0,33)SMMLV, además la 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 once de septiembre de dos mil dieciséis, a eso de las tres de la tarde, sobre la vía pública, calle 105B con carrera 76, en esta ciudad, una patrulla de la policía nacional que recibió informes del operador de cámaras del sistema 1-2-3, acerca de un presunto expendio de estupefacientes por parte de una mujer que vestía blusa verde y falda azul con flores verdes, hizo presencia en el lugar y, auxiliados por una patrullera de la institución, practicaron una requisita a la ciudadana quien, de manera voluntaria, reza el informe, sacó de entre sus glúteos, una bolsa negra que contenía en su interior cinco bolsas de similar color, cada una conteniendo veinticinco (25) papeletas de una sustancia con características similares a la cocaína.

Sometidas las sustancias a prueba preliminar arrojaron resultado positivo para el elemento cocaína y sus derivados y marihuana, con un peso neto de veintidós (22) gramos.

La ciudadana fue identificada como LUZ DARY RESTREPO CUARTAS.

Por tal motivo la mujer y los elementos incautados fueron puestos a disposición de la fiscalía general de la nación que deprecó, por intermedio del

¹ Folio 6

delegado 200 local, la celebración de audiencias preliminares.

El doce de septiembre de dos mil dieciséis, ante el Juez Sexto penal municipal de Medellín (Antioquia), se llevaron a cabo audiencias de legalización de captura e imposición de medida de aseguramiento y en ellas el funcionario citado extendió aval al procedimiento de aprehensión y la incautación de elementos.

La fiscalía le formuló imputación a LUZ DARY RESTREPO CUARTAS como presunta responsable, como autora, 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 tres de octubre de dos mil dieciséis, la fiscal 110 seccional de Medellín, presentó escrito de acusación² en contra de LUZ DARY RESTREPO CUARTAS señalándola como presunta responsable, como autora 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, en la modalidad de llevar consigo.

² Folio 6

Asumió conocimiento el Juez Veinte Penal del Circuito de Medellín quien fijó fecha para adelantar audiencia de acusación que se llevó a cabo el veintiséis de enero de dos mil diecisiete³.

La preparatoria se agotó el veinticuatro de marzo de dos mil diecisiete⁴ y allí se estipuló por las partes lo siguiente: i) la plena identidad de la procesada, ii) las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la captura, iii) La cantidad, calidad y mismidad de las sustancias incautadas y iv) que la ciudadana es consumidora habitual de estupefacientes y es persona marginal conforme a las previsiones del artículo 56 del Código Penal.

El defensor pidió y le fueron decretados los testimonios de ALBA LUZ CUARTAS, madre de la acusada, YORLADYS RESTREPO, hermana, ALBA NELLY HERRERA, nuera y SAMUEL RODRÍGUEZ, suegro de la acusada.

El juicio oral se realizó en audiencia del veinte de abril de dos mil diecisiete, y en ella, el delegado de la Fiscalía General de la Nación y el defensor, deprecaron la emisión de un fallo absolutorio, no siendo atendida la petición por el Juez que por el contrario, anunció sentido de fallo condenatorio.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Luego de analizar los medios demostrativos arrimados por la fiscalía, tendientes a demostrar

³ Folio 13

⁴ Folio 16

la materialidad de la infracción y la responsabilidad de la acusada en su realización, halló el A quo conocimiento más allá de cualquier duda para emitir juicio de reproche.

Dijo en su providencia que se aparta, tomando como apoyo sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de la petición de absolución del fiscal delegado por cuanto, en su criterio, además de que lo incautado no es una "*nadería*", hay manifestación de la propia acusada respecto a que distribuyó droga entre sus amigos, lo que demuestra que se afectó, con esa conducta, el bien jurídico de la salubridad pública.

Elevó una crítica a la labor desplegada por el ente investigador en tanto teniendo informes de la Policía Nacional sobre la ubicación de cámaras en el lugar de los hechos, dejó de lado su consecución para acordar la calidad de consumidora de la acusada y solicitar la absolución.

Concluye que conforme a los elementos probatorios, hay lugar a emitir sentencia de condena dado que la conducta, que para el momento de su aprehensión, realizaba la ciudadana, tuvo la potencialidad efectiva de dañar la salud pública, al portar cantidades superiores a las permitidas por la ley y su sola condición de adicta y marginal no se erige por sí sola como causa de justificación de su proceder.

Por ello, la condenó como autora 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 fallo⁵ el defensor del acusado interpuso recurso de apelación.

Dentro del término de ley⁶, arrió escrito por medio del cual busca la revocatoria de la sentencia.

Presenta el recurrente tres motivos de disenso con la sentencia de primera instancia: i) Falta de congruencia entre la petición del delegado de la Fiscalía General de la Nación y la sentencia objeto del recurso, ii) el desconocimiento de las estipulaciones y el material recopilado en el juicio oral y iii) el falso juicio con relación a un presunto video que no fue arriado al plenario.

Frente a los últimos tópicos hemos de afirmar que el problema jurídico que con ellos se plantea tiene relación con la valoración probatoria efectuada por el A Quo, por manera que serán desarrollados en un mismo capítulo.

Respecto a su primer reparo, se queja el censor que el Juez de instancia no obstante la

⁵ Audiencia del 26.09.2017

⁶ Folio 63 Escrito presentado el 03.10.2017

petición de absolución elevada por la Fiscalía, dictó sentencia de condena apartándose, “*caprichosamente*”, de lo sustentado por la Fiscalía y la Defensa, imaginándose un video que jamás fue allegado al juicio; que al proceso tampoco se llevaron los agentes de la policía que realizaron el operativo, analizando entonces, respecto del punto, lo que se dice en el informe de policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia.

Y, en relación con la tesis de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, tomada como soporte por el Juez para apartarse de la petición de absolución del delegado de la Fiscalía General de la Nación, manifiesta que dicha providencia presenta cuatro salvamentos de voto, en los cuales los disidentes se apartan de la posición mayoritaria.

Afirma entonces que el Juez en este evento se apartó del principio de legalidad pues no se solicitó condena por el delegado el ente acusador.

Y, respecto al aspecto probatorio, sostiene que la prueba recaudada permite afirmar que estamos en presencia de una mujer adicta a los estupefacientes sin que se haya arrojado prueba que permita concluir que se hallaba en labores de expendio.

Cuestiona el interrogatorio desarrollado por el Juez de Instancia pues, en su criterio, no se trató solo de preguntas complementarias o aclaratorias sino que, por el contrario, insinuaban la respuesta pese a la

insistencia de las declarantes, incluida la acusada de que ella no es más que una consumidora habitual del estupefaciente.

Pide entonces que la sentencia de condena sea revocada y en su lugar se desestime el cargo presentado en la acusación.

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 Veinte Penal del Circuito de Medellín (Antioquia) adscrito 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.

DE LA CONGRUENCIA

El primer ataque del recurrente contra la providencia consiste en el cuestionamiento de la decisión de Juez de emitir juicio de reproche no obstante que el delegado de la Fiscalía General de la Nación al presentar su alegado de clausura solicitó la absolución del acusado.

En criterio del censor, pese a que existen decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, entre ellas la citada por el Juez de

Primera Instancia, que desarrollaron esa tesis, cuestiona su razonabilidad en tanto en aquellas providencias presentan sendos salvamentos de votos que se apartan de tal solución.

Pues bien, al respecto hemos da manifestar lo siguiente:

Desde luego que las críticas del recurrente en torno a esta doctrina desarrollada entre otras en la sentencia SP 6808 del 25.03.2016, emanada de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, son razonables desde el punto de vista de la solidez de los argumentos que la soportan en tanto y en cuanto, cómo no, las mismas han recibido severos reparos desde el mismo seno de la Corporación que se traducen en cuatro salvamentos de voto, con serios análisis, que permiten, creemos, por lo menos, cuestionar la vigencia de tal desarrollo jurisprudencial⁷.

Empero, con las críticas que puedan hacerse a ese precedente, lo cierto del caso es que el mismo se halla vigente y fue seguido por el Juez de Conocimiento, no se trató de una tesis sacada de la chistera de un mago; cosa diferente es que se esté o no de acuerdo con la misma.

Siendo ello así, salvo que esta Sala de decisión optara por apartarse, con argumentos sólidos, del precedente al cual se aferró el A quo, para desconocer la petición de absolución del delegado de la Fiscalía General

⁷ En reciente providencia, Sentencia 8468-2017, del 14.06.2017, radicación 49467, MP CASTRO CABALLERO, se mantiene la tesis en análisis, presentando igualmente salvamento de voto de cuatro integrantes de la Sala de Casación Penal.

de la Nación, el reclamo del apelante, desde este flanco, no está llamado a prosperar.

Se dice lo anterior por cuanto, si bien existen sesudos salvamentos de voto respecto a la teoría avalada por la Sala mayoritaria de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el precedente se encuentra vigente y, creemos, en este caso en particular, no es menester que la Sala adopte una u otra posición pues, más allá de esta interesante discusión, lo que advierte es que las críticas al proceso no solo de valoración probatoria sino de su recaudo, son del suficiente calado para atender la petición de revocatoria de la sentencia de condena como a continuación para a explicarse.

DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA ACUSADA

LUZ DARY RESTREPO CUARTAS fue acusada por la Fiscalía General de la Nación como presunta responsable, como autora material, del delito de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo pues, eso no se discutió entre las partes, de hecho fue estipulado, que en las horas de la tarde del once de septiembre de dos mil dieciséis, fue capturada, en vía pública de esta ciudad, mientras portaba, oculta en su cuerpo, una buena cantidad (22 gramos netos) de estupefaciente cocaína, por agentes de la Policía Nacional que acudieron allí, según se dice en el informe oficial, ante petición de personal que maneja las cámaras de vigilancia, para verificar una presunta venta de estupefacientes.

Lo demostrado por la Fiscalía General de la Nación es que LUZ DARY RESTREPO CUARTAS tenía, para ese momento, la referida cantidad de estupefaciente, sin que en el documento público que da cuenta de la aprehensión se detalle algún evento de venta o expendio de ese elemento, por el contrario, en el informe se dice que al momento de la captura se encontraba sola y sentada⁸.

Y, pese a que se advierte en ese informe que el motivo de la presencia de los funcionarios fue generada por esa información que, presuntamente, señalaba a una mujer vestida en una forma específica, distribuyendo droga, finalmente nada de eso se acreditó en el juicio oral.

De ello se queja el Juez de Primera Instancia pues, existiendo las aludidas cámaras de seguridad, no advierte la dificultad para que los investigadores recolectaran las grabaciones y ello no se quedara más que en una anotación en un documento que da cuenta de una aprehensión en la cual, los agentes del orden, no advirtieron tal conducta.

Ahora bien, lo que también quedó demostrado en el juicio oral, con el testimonio de las cercanas familiares de la acusada y por su propia voz, es que LUZ DARY RESTREPO CUARTAS es, en efecto, una habitual y compulsiva consumidora del estupefaciente que le fue incautado. Ella explicó en el estrado que se prostituye con el fin de obtener dinero para comprar el elemento y calmar su ansia.

⁸ Folio 19

Y, en este punto, respecto a lo expuesto por la acusada en juicio oral, sí es criticable que el A quo, echando mano de las facultades que le otorga la ley, para formular preguntas aclaratorias, haya decidido realizar un interrogatorio que, creemos, desborda tal finalidad.

Un ejemplo de lo anterior es la siguiente pregunta:

“...en ese momento dijo que estaba bebiendo, bebiendo y consumiendo, ¿Dónde estaba bebiendo y consumiendo?... en el parque Los chivos... ¿Quién estaba con usted?... ¿quiénes eran las personas que estaban con usted?... Usted dice que hace lo que sea por el vicio, ya...incluso prostituirse, incluso robar... pero dijo que vender no, por qué entonces tiene escrúpulos para hacer cosas... para vender tiene escrúpulos...dónde adquiere esa bazuca... Dónde la compra...esa droga que le cogieron la compró ahí.. cuánto le costaron esas seis bolsas...Aquí se informa que las cámaras de la policía estaban...advirtieron la presencia de una fémina, de una mujer que estaba distribuyendo... usted le estaba dando a otras personas, entonces... cuántas personas... todo el mundo llegó a pedirle y usted les daba, usted les daba... bien, suficiente...”

Realmente, lo que ve el Juez como algunas preguntas complementarias termina siendo un directo interrogatorio sobre aspectos que la defensa no desarrolló y culmina, en algunos casos, por sacar conclusiones.

Pero aún, al margen de esta crítica sobre la manera como el Juez obtuvo las respuestas de la acusada, esas manifestaciones lo único que dan cuenta es de la adquisición de una cantidad de estupefaciente con

fines de consumo que, en su cotidiana miseria, terminó por compartir con aquellas personas que como ella, consumidoras y marginales, se hallaban en el lugar.

Y es que, si se repara con cuidado en la providencia de primera instancia, fueron estos dichos los que finalmente sellaron la suerte de la acusada pues el A quo, apoyado en tal afirmación dada por la acusada y lo dicho en el informe sobre una presunta distribución, supuestamente avistada por cámaras, culmina por manifestar que la droga no era para el exclusivo consumo de la acusada.

Desde luego, en consideración de quienes aquí decidimos, sostener que la droga incautada tenía una finalidad de distribución porque así quedó plasmado en el informe según el cual, eso era lo que advertía a través de las cámaras, no pasa de ser una hipótesis sin corroboración pues, ese registro de imágenes no se arrimó al proceso, tampoco se presentaron los agentes de la policía que realizaron la captura y, aún si admitiéramos que lo dicho por la acusada respecto a que ante los pedidos de “...todos esos gatos...” dejó que tomaran parte de ella, esa actividad explicaría, razonablemente, lo que para el Juez se erige en una clara distribución de estupefaciente, esta sí sancionada por la ley penal, pero que no advierte la Sala.

La sentencia en su contexto no es más que una crítica a la labor de la Fiscalía General de la Nación; el A quo se duele de lo que en su criterio es un “pasotismo” que permite a los delegados de esa entidad “ubicarse en una zona de confort”...y veladamente declinan de la

persecución penal, entendiendo que con los últimos criterios de la jurisprudencia se ha despenalizado el porte.

Vale la crítica, pero no puede ser ella entonces elemento que justifique, en casos como el presente, condenar a una persona que como la acusada, a ojos vista, se ofrece como consumidora habitual e incluso con un alto grado de adicción, solo porque la cantidad incautada se ofrece excesiva en comparación con la dosis legal y se concluye a partir de elementos de prueba inexistentes – *registros de video-*, y un agresivo interrogatorio de parte del Juez a la acusada, que ella, para ese momento, expendía o distribuía droga entre sus marginales y ocasionales compañeros.

Para la Sala, lo que se demostró en este proceso no es nada diferente al porte de una buena cantidad de estupefaciente a base de cocaína que fue adquirido, como la misma acusada lo dijo, con fines de consumo propio y si, por circunstancias de modo y lugar, permitió que parte de esa sustancia fuera utilizada por otros consumidores que allí se hallaban, ello no la convierte en distribuidora a título gratuito y menos en expendedora, con fines de lucro, de la misma.

En nuestro criterio, no probó el Delegado de la Fiscalía General de la Nación, como era su deber, que ese “*llevar consigo*” droga estupefaciente por parte de la acusada fuera para actividades diversas a su propio consumo atendida su condición, establecida en el proceso, de consumidora habitual y compulsiva de esa sustancia,

quedando por ello, acorde con una ya sólida línea jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sin demostración un elemento de la tipicidad del comportamiento atribuido a la acusada.

Al efecto, recordemos que 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.

La sentencia mencionada, 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 prueba⁹. 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 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....

“...Por lo tanto, aun cuando se repute como categoría vigente el concepto de dosis personal¹⁰, 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:

⁹ ALEJANDRO KISS, *El delito de peligro abstracto*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2011, p. 96

¹⁰ 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.”

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.

Ahora bien, no se desconoce, también como probabilidad, que pudo la acusada 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, la conclusión a la cual arriba la Sala, 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 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.

En ese orden de ideas, ha de absolverse entonces a la acusada del cargo que le fuera enrostrado por el acusador y cancelarse, por tanto, la orden de captura que fue expedida en su contra.

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,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR, la sentencia de fecha veintiséis de septiembre de dos mil diecisiete, por medio de la cual el Juez Veinte Penal del Circuito de Medellín, condenó a **LUZ DARY RESTREPO CUARTAS** en calidad de autora 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 cancelará la orden de captura que fue impartida en su contra por el Juez de Primera Instancia.

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