

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, cuatro (4) octubre de dos mil dieciocho (2018).

Radicado: 050016000206201760979
Procesado: Jhon Anderson Rentería Castro
Delito: Trafico, fabricación o porte de estupefacientes
Asunto: Apelación de Sentencia –ordinaria-
Sentencia: No.045- Aprobada por acta No.159de la fecha.
Decisión: Revoca sentencia absolutoria
Lectura: 30 de octubre de 2018, hora: 10:30 a.m.

Magistrados Ponentes

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Dr. RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

1. ASUNTO A DECIDIR

Se apresta esta Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, en contra de la sentencia del 4 de septiembre de 2018, proferida por el Juzgado Noveno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, que absolvió al señor **Jhon Anderson Rentería Castro**, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes imputado en la modalidad de llevar consigo.

2. CUESTIÓN FÁCTICA

El 15 de diciembre de 2017, siendo aproximadamente las 11:15 horas, en la carrera 53 con calle 56 del barrio Estación Villa de Medellín, agentes de policía observaron a un ciudadano que se encontraba ubicado frente al inmueble demarcado con nomenclatura 56-34 y que tenía en su poder un calcetín que al registrarlo hallaron en él 4 bolsas, cada una con 10 bolsitas pequeñas que contenían una sustancia rocosa y blanca y 3 bolsas que contenían cada una 10 envolturas con una sustancia en polvo blanco.

En consecuencia, procedieron a darle captura al citado ciudadano, quien posteriormente se identificó como **John Anderson Rentería Castro**, lo pusieron a disposición de la Fiscalía y a los elementos incautados le realizaron la prueba de PIPH que arrojó positivo para cocaína y sus derivados en un peso bruto de 72.2 gramos y uno neto de 25.8 gramos.

3. DESARROLLO PROCESAL

El 16 de diciembre de 2017 el Juzgado Segundo Penal Municipal Con Funciones de Control de Garantías de Medellín, declaró la legalidad del procedimiento de captura; seguidamente, en diligencia de formulación de imputación le fue endilgado al señor **Jhon Anderson Rentería Castro** el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, cargo que decidió no aceptar.

El día 19 de febrero de 2018 la Fiscalía presentó escrito de acusación, el que por reparto le correspondió al Juzgado Noveno Penal del Circuito de Medellín, quien en audiencia del 8 de mayo del 2018, formalizó la referida acusación. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el siguiente 12 de julio y

el juicio oral se adelantó el día el 14 de agosto de 2018, fecha última donde se emitió sentido de fallo de carácter absolutorio.

Luego, el 4 de septiembre de 2018 se leyó la sentencia absolutoria en favor del señor **Jhon Anderson Rentería Castro** y frente a la misma, la Fiscalía interpuso el recurso de apelación que hoy se resuelve.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Destacó el fallador que la absolución del señor **Jhon Anderson Rentería Castro** obedeció a la aplicación del principio del *in dubio pro reo* como quiera que no llegó al convencimiento, más allá de toda duda, de la responsabilidad penal del citado.

Aduce que si bien se acreditó la materialidad de la conducta en tanto el señor **Rentería Castro** fue capturado portando una dosis superior a la permitida legalmente, la Fiscalía no cumplió con acreditar la tipicidad de la conducta, en tanto le era exigible demostrar que lo portado por el procesado era para la venta, tal y como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia.

Señaló que la prueba aportada por la Fiscalía da cuenta que la aprehensión se presentó en un momento en que se encontraba solo el ciudadano y no estaba expendiendo o distribuyendo a cualquier otro título el estupefaciente incautado.

Entonces, señala que la tipicidad de la conducta está plenamente acreditada pero no así su antijuridicidad.

Así las cosas, al no encontrarse acreditado todos los elementos estructurales del tipo penal endilgado, lo que se imponía es la absolución.

5. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Señala la delegada del ente acusador, que el motivo de su disenso, radica en la indebida valoración probatoria que hizo la juez de primera instancia de los medios aducidos a juicio, como quiera que entendió que la Fiscalía debía probar la venta que el procesado hiciera de la cocaína incautada, cuando lo cierto es que, muy a pesar del cambio jurisprudencial que hizo una extraña introducción subjetiva al tipo penal contenido en el artículo 376 inciso 2 del C.P., lo que se imponía era que se acreditara la intención de distribución del alcaloide a cualquier título.

Lo primero que resaltó la Fiscalía era la forma en como tenía distribuido la cocaína hallada en poder del procesado, esto es en 40 bolsitas y 30 envolturas con un peso total de 25.8 gramos, el cual resulta exagerado.

Adujo que el lugar donde fue capturado el procesado es un reconocido expendio de estupefacientes y en el mismo, este ha sido capturado en varias oportunidades anteriores, aproximadamente 3 o 4 veces en el año 2017, todas por el mismo delito, situación de la que perfectamente puede concluirse que él conoce que allí venden estupefacientes y es de fácil acceso para este, luego entonces no existe razón alguna para que se considere que lo portado por él constituía una dosis de aprovisionamiento de cara a la alta cantidad que le fue hallada.

Precisó que la prueba recaudada da cuenta que fue mucho el tiempo que tardó el procesado en el lugar donde fue capturado, aproximadamente 25

minutos, que fue denunciado por un tercero que lo vio vendiendo el estupefaciente; en consecuencia no es lógico que una persona que se acerque al lugar indicado a comprar permanezca allí durante tanto tiempo, además que la hubiera comprado en diferentes presentaciones y racionada de la manera que le fue hallada.

Señaló que las versiones de los policiales requieren plena credibilidad, se trata de funcionarios públicos a los que no se tachó de mentirosos, la versión rendida por estos siempre ha sido la misma, trabajan con el narco menudeo desde hace muchos años y conocen el *modus operandi* del sector en el que fue capturado el procesado.

Consideró que no es casualidad el hallazgo del alcaloide en manos del procesado si se tiene en cuenta que al mismo se le encontró 25 minutos después de que una persona reportara que el estaba vendiendo y describió todas sus características, las cuales coincidieron plenamente con las que identificaban al procesado. Además, la presentación y distribución en que se encontraba la sustancia que escondía en sus genitales, tampoco es casualidad, pues claramente el hecho de que esta estuviera dispuesta en formas diferentes (polvo y roca) y mezclada con otras sustancias, genera la impresión o certeza de que el señor **Jhon Anderson Rentería Castro** comercializaba la cocaína hallada y en el preciso lugar en que fue capturado.

Afirmó que el hecho de que no se le hubiera hallado dinero a **Rentería Castro** no es señal inequívoca de que el alcaloide no estuviera siendo comercializado, pues como se sabe, quienes expenden este tipo de sustancias no lo hacen solos, sino que trabajan en un engranaje donde cuentan con personas que les alertan ante la llegada de autoridades, les reciben el dinero en varias oportunidades y hasta les van proveyendo el estupefaciente en la medida en que se desabastecen.

Advirtió que el llevar consigo sustancias estupefacientes no ha desaparecido de la legislación penal como conducta típica, lo que hizo la Corte Suprema de Justicia fue crear un elemento subjetivo adicional al dolo de portar y es el fin de distribución o venta, elemento que también debe ser probado por la Fiscalía, pero en todas las decisiones de esa Corporación la cantidad portada sí juega un papel determinante para la emisión de una sentencia.

Finalizó argumentando que el juez de primera instancia supuso que el procesado era consumidor, pero ello no se acreditó en manera alguna en el juicio oral y muchos menos se probó que la alta cantidad de estupefacientes que portaba fuera para su propio consumo, pues este ni siquiera compareció a juicio a concluir tal situación para con ello acreditarse la calidad de consumidos, así como tampoco se arribó ningún otro medio probatorio al respecto.

Por lo anterior, solicita se revoque la sentencia de primera instancia, para que en su lugar se condene al señor **Jhon Anderson Rentería Castro** por el delito de porte de estupefaciente, en la modalidad de llevar consigo.

6. ALEGATOS DE LOS NO RECURRENTES:

6.1. Representante del Ministerio Público:

La Procuradora Judicial manifestó estar conforme con la sentencia de primera instancia y no comparte las aseveraciones de la Fiscalía, por cuanto es claro que la Corte Suprema de Justicia en una múltiple revisión que ha realizado sobre el tema de los estupefacientes ha concluido la única intervención punitiva por parte del Estado permitida es la encaminada a

juzgar a quien porte el alcaloide en dosis superiores a las legalmente permitidas y si su propósito o finalidad es la distribución de la misma.

Considera que en el presente evento la Fiscalía no acreditó, de acuerdo al vigente criterio jurisprudencial, la tipicidad de la conducta endilgada al señor **Rentería Castro** que sin duda consistía en probar la finalidad u objetivo que motivaba al procesado a portar o llevar consigo la sustancia narcótica.

Aduce que la cantidad y forma en que estaba distribuida la sustancia no permiten de suyo inferir que la conducta desplegada por el procesado está relacionada con el tráfico de estupefacientes, pues la apariencia física y cantidad del alucinógeno también puede serlo en manos de un consumidor, debiendo considerarse el grado de dependencia, su tolerancia y necesidad del alcaloide hallado, lo que está superado en el presente trámite donde le mencionó a su captor que lo que portaba lo tenía dispuesto para una fiesta.

Considera que en el juicio oral tampoco fue probado que el lugar donde fue aprehendido el señor **Jhon Anderson** sea un reconocido expendio de estupefacientes, que en ese sector se hallaban más personas consumidoras que permanecieran frecuentemente allí y, menos aún, que el acusado fuera un eslabón más de una cadena de micro traficantes.

Advierte que el hecho de que los policiales afirmaran que el procesado ha sido capturado en otras oportunidades atrás en las mismas condiciones que generaron el presente proceso, no fue soportado a través de otros medios de prueba y tampoco fue utilizado para iniciar, por ejemplo, labores de seguimiento con miras a determinar la indiscutible calidad de comerciante de narcóticos. Además el hecho de no encontrar dinero en el señor **Rentería Castro** es un indicio que lo separa de la actividad comercializadora.

Finalmente señala que la información anónima usada por los policiales para capturar al procesado no puede ser prueba que soporte una condena como lo pretende la Fiscalía.

En síntesis solicita la confirmación de la sentencia apelada.

7. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

Esta Sala de decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por la defensa en contra de la sentencia del Juzgado Noveno Penal del Circuito de Medellín (Ant.) en razón de lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

7.2 Problema jurídico.

A tono con las previsiones del artículo 179 y siguientes de la Ley 906 de 2004, estatuto que rige este juzgamiento, la Sala limitará su decisión a los puntos centrales de impugnación y las cuestiones inescindibles a ellos, determinando si le asiste la razón al recurrente o si por el contrario la sentencia proferida por el funcionario judicial debe ser confirmada íntegramente.

En virtud de lo expuesto, el problema jurídico a resolver comporta determinar ¿si era dable emitir sentencia condenatoria en contra del señor **Jhon Anderson Rentería Castro**, de quien no se probó su calidad de consumidos ocasional o adicto, por el delito de porte de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo, cuando la Fiscalía General de la Nación acreditó que este portaba 25.8 gramos de cocaína dispuestos en 40 papeletas y 30 envolturas, pero no que dicho porte era con fines de tráfico?.

Planteadas así las cosas, con el fin de tomar una decisión al respecto, corresponde estudiar el desarrollo jurisprudencial tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional en torno al delito de porte de estupefacientes y su penalización a la luz de los elementos de tipicidad y antijuridicidad.

Hecho lo anterior, la Sala fijará su posición al respecto, con lo cual le dará respuesta a los planteamientos de la Fiscalía y el Ministerio Público.

7.3 La dosis personal de estupefacientes en el ordenamiento jurídico penal colombiano.

La cuestión de la dosis personal de psicoactivos viene planteado desde la expedición de la Ley 30 de 1986, cuando en el numeral J de su artículo segundo la definió como:

Aquella cantidad de estupefaciente que una persona porta o conserva para su propio consumo. Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos. No es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad...

Empero en el artículo 51 se estableció una serie de sanciones para el portador (multas, arrestos e internamientos en establecimientos de desintoxicación) dependiendo del grado de reincidencia y su estado de drogadicción, asumiéndose que si bien tal comportamiento no era un delito, sí se tipificaba como una contravención policial.

La Corte Constitucional abordó por primera vez el tema en la sentencia C - 221 de 1994, con ocasión precisamente de una demanda de inconstitucionalidad en contra de estos dos preceptos normativos. La referida Corporación con fundamento en el principio y derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 16 de la Carta Política, declaró constitucional la primera norma; pero inexecutable la segunda aduciendo que dicha preceptiva afectaba de manera desproporcionada la autonomía de las personas para manejar su vida de acuerdo a sus propios designios, incluido ahí el cuidado de su salud.

Según la Corte, el Derecho solo puede tener como objeto de regulación “*el comportamiento interferido*”, esto es, las acciones de una persona que afectan la órbita de otras, en tanto que lo demás, es decir, lo que tiene que ver estrictamente con el fuero interno del sujeto, solo puede quedar a la regulación de la moral. En conclusión la dosis personal tal como está definida en el literal j *idem* quedó despenalizada.

A partir de este momento, y con fundamento en el Decreto 100 de 1980 y la Ley 599 de 2000, tanto la Corte Suprema de Justicia¹ como la Corte Constitucional² sentaron sendas líneas jurisprudenciales pacíficas y consolidadas en el sentido de que el porte de estupefacientes en las cantidades establecidas en el literal j del artículo 2 de la Ley 30 de 1986 no constituye delito por vía de la atipicidad, o por vía de la antijuricidad cuando tales montos superan no de manera significativa esos baremos.

Así, por ejemplo, en una de las tantas sentencias, nuestra Corte de Cierre en lo Penal estableció:

¹ Sentencias 11177 de 1996, 18609 de 2005, 23609 de 2007, 28195 de 2008, 31531 de 2009 y 29183 de 2008 entre otras.

² Por ejemplo, la sentencia C-420 de 2002

En este orden de ideas, considera punible el transporte, porte, venta, adquisición, financiación o suministro, a partir de más de 1 gramo de droga estupefaciente (cocaína), pues este guarismo marca el límite de permisibilidad, si de dosis personal se trata, es decir, para consumidores, trátense de adictos o de no fármaco dependientes. Con todas las consideraciones que desde el punto de vista político criminal se pueden elaborar acerca del mercado de la cocaína, resulta evidente afirmar que las cantidades que se acercan al límite de lo permitido para consumidores, se ubica en una sutil franja de lo importante a lo insignificante. Empero, si bien el legislador no le ha otorgado discrecionalidad al juez para modificar las cantidades, en orden a su punibilidad, debe tenerse en cuenta que lo dispuesto para la dosis personal marca una pauta importante para fijar la ponderación del bien jurídico en orden a su protección³.

No obstante esto, con posterioridad, especialmente en el Gobierno Uribe, se hizo ingentes esfuerzos para penalizar la dosis personal, como una de las estrategias para atacar el narcotráfico⁴. Así, como tal despenalización tuvo su fundamento en el libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 16 de la Carta Política, los primeros intentos buscaron modificar dicho precepto; pero como ello no fue posible, a lo último se propuso reformar el artículo 49 Constitucional que tiene que ver con el servicio de salud y el saneamiento ambiental, lo cual efectivamente se logró por medio del Acto Legislativo 02 de 2009, que adicionó dos incisos a la norma, con los cuales efectivamente se prohibió el porte y consumo de alucinógenos⁵, a la vez que se establecieron una serie de medidas de asistencia no solo para el farmacodependiente sino también para su familia, siempre y cuando haya consentimiento de su parte.

³ Casación 18609 de 2005

⁴ Una buena síntesis de esto, se puede encontrar en la sentencia C-574 de 2011

⁵ “El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos.”

De esta manera, el acto legislativo en principio no era para flexibilizar el porte de estupefacientes **sino para prohibirlo**, tal como reza claramente su tenor literal y ello precisamente llevó a la comunidad jurídica a pensar que la dosis personal había desaparecido en Colombia, peor aún con la expedición de la Ley 1453 de 2011, que en su artículo 11⁶ reformó el 376 penal para, entre otras cosas, eliminar la expresión “*salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal*” que traía dicha preceptiva en claro acatamiento de la sentencia C-221 de 1994.

Así las cosas, en principio todo parecía indicar que la dosis personal en Colombia había sido penalizada; sin embargo, tanto la Sala de Casación Penal como la Corte Constitucional en pronunciamientos del año 2011⁷ y del 2012⁸ respectivamente coincidieron en dictaminar que ello no era así, explicando: 1.) que el literal j del artículo 2 de la Ley 30 de 1986 no ha sido derogado, 2.) que el artículo 16 de la Constitución Política tiene plena vigencia, 3.) que frente a la probable antinomia entre esta norma y el reformado artículo 49 también superior, que aunado al artículo 11 de la Ley 1453 de 2011 anulaban la autodeterminación de la persona, debía privilegiarse el canon que protegía el libre desarrollo de la personalidad y 4.) que a pesar de la prohibición que se estableció en el Acto Legislativo 02 de 2009 ya referido, ello no implicaba

⁶.”El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

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

⁷ Sentencia 35978 de 2011

⁸ Sentencia 491 de 2012

penalización sino la adopción de medidas pedagógicas y de salud pública para prevenir el consumo, pues el drogadicto se debe considerar no como un delincuente sino como un enfermo.

Ahora bien, tanto la Sala de Casación Penal como la Corte constitucional conscientes de las difíciles situaciones por las que tienen que pasar las personas farmacodependientes para proveerse de la droga a la que son adictas, desde hace varios años ya, vienen flexibilizando el concepto de dosis personal, para no asumirlo con estrictez matemática en cuanto a las cuantías estipuladas en el literal j del artículo 2 de la Ley 30 de 1986, sino más bien desde una perspectiva más amplia y contextualizada para cada caso en concreto, en donde se analice la situación en particular y dependiendo de la cantidad de droga, del estado de farmacodependencia del agente y de su intención de consumo propio o de expendio a terceros, se establezca si a pesar de que lo incautado supera lo establecido para dosis personal, ello no resulta lesivo de la salud pública, ni de otros bienes jurídicos involucrados como son la seguridad pública, el orden económico y social, la administración pública y la integridad y autonomía personales⁹.

En esa línea, en principio las dos altas Corporaciones convergieron en establecer que de manera cierta, muchas veces las personas drogadictas por los obstáculos y peligros que les representa el conseguir la droga para su consumo o simplemente por las necesidades de su adicción, tratan de proveerse de una cantidad superior a la permitida por la ley, pero con la clara intención de tenerla para su exclusivo consumo; lo cual puede asumirse como lo que se conoció en su momento como “dosis de aprovisionamiento”.

Sin embargo, para que una tal conducta resulte impune se requería en esencia, bajo la óptica jurisprudencial de ese momento, de la reunión de tres

⁹ Sentencia 35978 del 17 de agosto de 2011

condiciones a saber: 1.) que el portador sea una persona adicta a los estupefacientes o consumidor ocasional, 2.) que la droga portada o conservada sea para exclusivo consumo de aquel y 3.) que la misma sobrepase de una manera mínima o no importante lo establecido en la ley como dosis personal, ya que en estos casos se entiende que la acción del sujeto activo solo afecta su propio entorno y, por tanto, aquella no representa un peligro real o potencial para los bienes jurídicos protegidos por la norma.

Así lo dejó sentado la Sala de Casación Penal de la Corte:

Acerca de la denominada “dosis de aprovisionamiento”, la Corte dijo:

La locución “dosis personal” de por sí fija un significado. No se trata de cantidades considerables sino de porciones mínimas destinadas al uso propio, desechándose como extraña a ésta figura el suministro a tercero, aunque sea gratuito, y, con mayor razón, su tráfico, esto es, su utilización económica. Ese consumo individualizado se enfatiza con la expresión legal de ingerir o injerir (introducir una cosa en otra), por una sola vez, la sustancia o droga pertinente. Pero esto no equivale a que la reducida cantidad destinada a ese uso tenga que aplicarse unilateralmente, de modo integrado o total. No, la ley considera que esa máxima porción, es lo que, de modo usual y por una ocasión, puede satisfacer la necesidad del drogadicto. De ahí que se entienda por “dosis personal” tanto el consumo fraccionado de la misma, cuando no se excede el volumen total que es propio a esta noción. Buscándose conservar este sentido y evitar restricciones inadecuadas (consumo de una vez de la máxima cantidad de droga considerada como dosis personal), se insinúa como más apropiada la locución “dosis de aprovisionamiento para uso personal” (Proyecto de Ley num. 13 de 1978, art. 1º. Anales del Congreso de 9 de agosto de 1978).

Pero no se quiere con ésta última expresión ni ampliar la cantidad de consumo personal ni menos dilatarlo indefinidamente en el tiempo, dando margen a la posesión de mayores cantidades de drogas o sustancias, lo cual propicia su aplicación a otros fines, distintos al consumo personal, actividades éstas verdaderamente delictuosas y sometibles a severas penas.

Tan es esto así que el aludido proyecto precisa el concepto de “dosis personal” como “la cantidad de sustancia, droga o fármaco que una persona porta para su propio consumo” y señala diez gramos para marihuana, cinco gramos para marihuana hachís y un gramo para cocaína, siempre y cuando que ésta última sea de una concentración que no exceda del 10%.

Entonces, se repite, no se pretende una fundamental diferencia entre “dosis personal” y “dosis de aprovisionamiento para uso personal”, ni menos se

busca su aplicación a situaciones distintas y encontradas. Refiérense ambas a la misma cuestión y suscitan un idéntico tratamiento del tema. La segunda locución procura evitar interpretación que se utilizan en parte y en parte se reservan para intensificar, prolongar o repetir su inicial aplicación o uso.

En definitiva las dos expresiones se refieren a un porte destinado al consumo personal, directo, de escasa cantidad y ajeno por completo a propósito de suministrarla a terceros gratuitamente, por dinero o cualquier otra utilidad.¹⁰ (negrillas fuera de texto)

Y lo reiteró en el año 2009:

Bien puede afirmarse que al concepto de dosis personal se liga el de “aprovisionamiento”, el cual se evidencia en dependientes (habituales, disfuncionales, destructivos) o experimentadores y ocasionales¹¹ apenas en proceso de iniciación en ese mundo, a quienes como “consumidores hormiga” se les sorprende llevando consigo marihuana, cocaína (derivados) o cualquier otra droga que produzca dependencia física, psíquica y fenómenos de tolerancia, **en cantidades escasas que sobrepasen los topes legalmente permitidos**, eventos en los que antes que producir un daño o peligro de menoscabo al bien jurídico socio colectivo de la salud pública de que trata el Título XIII de la Ley 599 de 2000, lo que se pone de presente es un comportamiento “auto-destructivo” o de “auto-lesión” el cual incumbe los ámbitos exclusivos de la libertad de esa persona, es decir, a un fenómeno singular carente de antijuridicidad material (ausencia de lesividad) y que, por ende, no es punible.¹² (negrillas fuera de texto).

Este desarrollo hermenéutico de la Sala de Casación Penal fue avalado en un todo por la Corte Constitucional en sede de constitucionalidad:

26. En armonía con el anterior planteamiento, a efecto de definir el objeto normativo sobre el cual emitirá su pronunciamiento, esta Corte prohiará la interpretación efectuada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en relación con el artículo 376 del Código Penal, en la versión modificada por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2001, según la cual:

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Sentencia* del 6 de mayo de 1980, M. P., Dr. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ.

¹¹ 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 ni física ni psíquica y consume esporádicamente droga. La no exigibilidad de responsabilidad criminal en estos casos deriva de la falta de tipicidad del consumo, como acto final o fin objetivo en sí mismo considerado. JAVIER IGNACIO PRIETO RODRÍGUEZ, *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*, Barcelona, Editorial Bosch, 1986, página 221.

¹² Sentencia 31531 del 8 de julio de 2009

“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..¹³ (negritas fuera de texto)

Teniendo claro, entonces, que en nuestro actual ordenamiento jurídico, en razón de la clara posición jurisprudencial de las Cortes de Cierre en lo Penal y lo Constitucional, son categorías válidas la de dosis personal y la de dosis de aprovisionamiento, el problema en un momento fue el de determinar cuál era la cantidad tolerada como esta última, ya que la jurisprudencia no tenía un referente exacto al respecto, limitándose a explicar que cada caso en particular se había de analizar dentro de su contexto para determinar si la porción de droga portada era afectatoria de la salud pública y de los demás bienes jurídicos protegidos con el artículo 376 penal.

Para esos momentos cuando los dos Tribunales hablaron de dosis de aprovisionamiento siempre lo hicieron en relación a cantidades que superaban de manera mínima lo establecido como dosis personal, pues lo contrario implicaba una presunción *iuris et de iure* de antijuricidad material al considerarse el delito en comento como uno de peligro abstracto¹⁴.

No obstante, la posición de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha venido flexibilizando, al punto que para el año 2014 hizo un importante giro jurisprudencial en el sentido de que la presunción de antijuricidad por portar dosis de estupefacientes superiores a la personal no

¹³ Sentencia C-491 de 2012. En similar sentido véase la C- 574 de 2011

¹⁴ La Corte en el proceso 31531 de 2009 absolvió al procesado porque lo llevado consigo eran 1.3 gramos de cocaína, lo mismo que sucedió en el radicado 29183 de 2008 al demostrarse que lo portado era 29 gramos de marihuana; pero condenó en los procesos 23609 de 2007 y 35978 de 2011 porque lo portado fueron 5 gramos de cocaína y 79.9 gramos de marihuana respectivamente.

implicaba una presunción de derecho, sino una legal, que por tanto admitía prueba en contra:

Así las cosas, el porte de estupefacientes en una cantidad superior a la establecida legalmente como dosis de uso personal, es una conducta típica que se presume antijurídica. Sin embargo, como quiera que tal presunción ostenta carácter *iuris tantum*, la prueba de que su destino es el consumo estrictamente personal sin que apareje interferencia en derechos ajenos (orden socio-económico o la seguridad pública), desvirtúa tal suposición legal y, por ende, excluye la responsabilidad penal. En consecuencia, la cantidad de estupefaciente que se lleve consigo no es el único elemento definitorio de la antijuridicidad, sino sólo uno más de los que habrán de valorar los juzgadores a fin de determinar la licitud de la finalidad del porte.¹⁵

Actualmente, en lo que se puede decir es la última posición de la Corte, la alta Corporación desde el año 2016 ha establecido que como el problema con el porte de estupefacientes por parte de drogadictos o consumidores no es uno de política criminal, sino de salud pública, en tanto no se está tratando con delincuentes sino con enfermos, a la luz del Acto Legislativo 02 de 2009, modificadorio el artículo 49 constitucional, y que en últimas despenalizó el consumo de sustancias psicotrópicas, la cuestión se debe analizar en sede de tipicidad y no de antijuridicidad, creando para ello un ingrediente subjetivo al tipo penal del artículo 376 del C. P., bajo el entendido que no tiene relevancia penal el porte si tal conducta no está acompañada de la intención de tráfico o por lo menos de expendio gratuito:

Para solucionar el presente asunto en el que YESID ALEXANDER ARIAS PINTO, como adicto a sustancias estupefacientes, quien cumplía con el servicio militar y se aprestaba a salir del batallón para realizar patrullajes, llevaba consigo 50.2 gramos de marihuana, superando así más del doble la considerada como dosis personal, 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

¹⁵ C.S.J. Rad. 42617 del 12 de noviembre de 2014

droga compatible exclusivamente con ese propósito de consumo será una conducta atípica, en los términos que se explican en esta providencia.¹⁶

Pero la Corte va mucho más allá y partiendo de estas dos últimas posturas, modificó las cargas de la prueba en el proceso, como quiera que estableció que para que la pretensión punitiva de la Fiscalía prospere es en absoluto necesario que esta no solo demuestre, en consecuencia, que el acusado portaba droga en cantidad superior a la permitida por la ley, sino que tal acción tenía como fin el de tráfico oneroso o gratuito, para con ello poder generar la certeza en el juez de que efectivamente la conducta es típica. Es decir, por vía jurisprudencial la Corte le creó al artículo 376 del C.P. un elemento normativo subjetivo.

Al respecto de todo esto, es importante señalar por parte de esta Colegiatura que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia vertida en la sentencia 42617 del 12 de noviembre de 2014, constituyó un afortunado avance en el tratamiento penal del porte de estupefacientes, cuando estableció que la presunción de antijuricidad de tal conducta, anclada en el desbordamiento de lo establecido legalmente como dosis personal, ahora era legal y no derecho, lo que de suyo implicaba que cuando se verifique que dicho porte se hace con fines exclusivos de consumo, así se sobrepase -eso sí de manera razonable- la cantidad permitida por la ley, sea una conducta típica, como debe serlo, pero no antijurídica, bajo el entendido que no es una acción que afecte bienes jurídicos tutelados de terceros o de la sociedad misma.

Sin embargo, la posterior evolución jurisprudencial, esto es, que el problema del porte de estupefacientes ya no era un problema de antijuricidad sino de tipicidad anclado en la creación del elemento subjetivo del tipo "*con fines de*

¹⁶ C.S.J. Rad. 41760 del 9 de marzo de 2016. Esta misma posición en Radicados 43725 del 15 de marzo y 44997 del 11 de julio 2017

tráfico”, con la consecuente subregla de que la demostración de tal aspecto le corresponde a la Fiscalía General de la Nación, realmente resulta no solo problemática para la dogmática del delito en cuestión, sino para el régimen probatorio establecido en nuestro sistema procesal penal y que se guía, entre otros, por los principios generales -de pacífica aceptación universal- de presunción de inocencia y de la carga de la prueba en los sistemas acusatorios.

En efecto, el artículo 376 del C. P., por expreso mandato del legislador, pune varias conductas alternativas, pero autónomas que tienen que ver no solo con el tráfico, sino con la fabricación o el simple porte de estupefacientes, así en dicha norma se prohíbe: introducir al país, transportar, almacenar, conservar, elaborar, vender, ofrecer, adquirir, financiar, suministrar e incluso el simple llevar consigo sustancias estupefacientes sin permiso de autoridad competente.

De lo anterior se puede colegir claramente que el solo portar alucinógenos en cantidades que sobrepasen los baremos legales de dosis personal, es efectivamente una acción típica, sin que para tal configuración el legislador exija un ingrediente subjetivo del tipo especial, como por ejemplo el portar con intención de vender o suministrar. No, en este caso por disposición de la propia ley, el dolo exigido es el conocimiento del agente de la ilicitud de portar droga por encima de lo permitido por la ley y su voluntad de hacerlo, porque vuelve y se insiste, el llevar consigo es una conducta alternativa, autónoma, prevista en la norma en comento, sin que resulte cierto que el Acto Legislativo 02 de 2009 despenalizó la dosis personal, como lo hace ver la Corte, porque realmente ni esa fue la intención del constituyente ni del texto de dicha norma se puede colegir tal cosa, como bien lo comprendido la Corte Constitucional según ya se analizó en párrafos precedentes.

De esta simple hermenéutica del referido artículo 376 se pueden extraer varias premisas a manera de conclusiones: 1.) el portar estupefacientes, sin importar la cantidad, para traficarlos en cualquiera de sus modalidades es siempre punible, 2.) portar estupefacientes dentro de los límites de lo que se conoce como dosis personal con fines de consumo, es una conducta atípica, 3.) portar estupefacientes en cantidad que desborde de manera poco significativa o importante lo establecido como dosis personal, con fines de consumo es una conducta típica, pero no antijurídica materialmente, 4.) portar estupefacientes que superen de manera significativa lo establecido como dosis personal, es una conducta típica, pero además que se presume antijurídica, solo que esta presunción por ser *iuris tantum*, admite prueba en contrario; esto es, que si se verifica que la conducta tenía como única finalidad el aprovisionamiento del propio agente, la conducta debe quedar impune, en tanto se entiende que no afecta los bienes jurídicos protegidos por la norma penal en cuestión y 5.) Llevar consigo estupefacientes que sobrepasen de manera exorbitante lo permitido como dosis personal, es una conducta típica y antijurídica.

Ahora bien, las anteriores conclusiones no son de cosecha de la Sala de este Tribunal, sino simplemente la síntesis jurisprudencial de las líneas establecidas por la Corte Constitucional y por la anterior postura de la Corte Suprema de Justicia de cuyos fallos se colige que jamás se ha despenalizado el porte como tal, bajo el entendido que el delito tipificado en el artículo 376 penal, es uno de peligro abstracto, por lo que la antijuricidad se materializa no únicamente con la afectación real y efectiva de los bienes jurídicos que protege la norma, sino con su potencial puesta en peligro. Esto lo tiene muy claro la Corte Constitucional y hasta no hace mucho tiempo también lo tenía la Corte Suprema, pues es una realidad insoslayable que desafortunadamente el micro tráfico de estupefacientes se nutre en buena parte de los propios consumidores que se convierten en expendedores para

financiar su adicción y por eso el solo hecho de portar estupefacientes en cantidades significativas es también una conducta criminalizada por nuestro ordenamiento jurídico.

En consecuencia, si el artículo 376 penal, entre otras conductas, tipifica como delito el solo hecho de portar estupefacientes, la Fiscalía cumple con su cometido, para efectos de la tipicidad, cuando demuestra simplemente tal cuestión. Exigirle que pruebe a más de ello, que el porte era con fines de tráfico es crear una nueva conducta penal dentro del tipo, lo cual resulta inadmisibile desde el punto de vista dogmático, pero sobre todo desde la óptica de división de poderes dentro de un Estado Constitucional de Derecho como se precia de serlo el nuestro, en donde la criminalización de conductas le corresponde con exclusividad al poder legislativo, ello obviamente sin contar con que adicionalmente se afecta de manera dramática el principio de cargas probatorias dentro de un sistema acusatorio, porque en últimas se obliga indebidamente a la Fiscalía a hacerle el trabajo a la defensa, que era a quien le correspondía desvirtuar la presunción de antijuricidad, en el sentido de que el porte de estupefacientes, así sea por encima de la dosis personal, era para consumo propio.

En efecto, principio basilar de nuestro modelo de justicia penal es la presunción de inocencia, lo que implica que a la Fiscalía General de la Nación le corresponde probar con certeza la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad de la conducta y ello no tiene discusión. Para el caso exclusivamente del porte de estupefacientes, en consecuencia, a efectos de demostrar la tipicidad, al Ente Instructor le corresponderá únicamente demostrar que el agente llevaba consigo droga por encima de la dosis personal, y para la culpabilidad, bastará que acredite la imputabilidad de dicho sujeto y que la acción le era exigible

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el aspecto de la antijuricidad, la cuestión es más compleja, por cuanto al operar una presunción legal de antijuricidad por tratarse de un delito de peligro abstracto se pueden presentar las siguientes situaciones:

1.) Que esté demostrado el porte; pero que la cantidad de droga este por debajo de la dosis personal. En este caso la conducta es atípica y para buscar una condena la Fiscalía tendría que demostrar otro de los verbos alternativos del artículo 376 penal.

2.) Que la cantidad de estupefaciente llevado por el agente supere ligeramente la dosis personal. En este caso la conducta es típica, pero no antijurídica, por lo que para buscar una condena la Fiscalía tendría nuevamente que probar que la acción del implicado si afecta los bienes jurídicos tutelados por el art. 376 a través de la demostración de otra de las conductas previstas en esta norma especialmente las que tienen que ver con fabricación o tráfico.

3.) Que el estupefaciente portado supere de manera razonable lo previsto para dosis personal, pero no de una manera desbordada. En este caso, la conducta es típica y si bien es cierto opera la presunción de su antijuricidad, esta tiene que estar respaldada por un contexto circunstancial que indique, sin lugar a dudas, que el estupefaciente llevado consigo por el agente tenía una finalidad diferente al consumo. Aquí es importante advertirlo, en principio, la carga de la prueba para desvirtuar la presunción de antijuricidad le corresponde a la defensa como quiera que es en contra de ella que se erige la misma; sin embargo, no se puede soslayar que como es deber de la Fiscalía demostrar más allá de cualquier duda razonable todos los elementos del delito, incluida por supuesto la antijuricidad, el papel de la Fiscalía, si va en pos de una sentencia condenatoria, no puede ser del todo pasiva, pues es

importante que acopie otros elementos de convicción que refuerzan la certeza de que la conducta del procesado pudo afectar los bienes jurídicos tutelados por la norma, bajo el entendido de que cualquier duda que nazca sobre esta precisa cuestión de la antijuricidad, que ahora admite prueba en contrario, debe ser resuelta a favor del procesado y,

4.) Cuando el porte de estupefacientes supere de manera desbordada lo permitido por la ley, obviamente la conducta es típica y su antijuricidad se fortalece de manera directamente proporcional a la cantidad de la droga incautada, de tal manera que la labor de la defensa en estos casos tiene que ser muy dinámica, al punto que habrá casos en donde sea de tal entidad la cantidad de estupefaciente que el agente llevaba o transportaba consigo, que la presunción referida opere casi a plenitud, por lo que el papel de la Fiscalía casi que se deberá limitar a demostrar el porte para con ello concluir la antijuricidad de la conducta.

De otra parte, también es importante advertirlo, no hay topes aritméticos respecto de los cuales el juez, la Fiscalía o la defensa puedan hacer cálculos exactos de cuándo estamos en presencia de uno u otro caso, pues cada uno de ellos tendrá sus propias peculiaridades, su contexto socio histórico y solo la sindéresis del juez y de las partes podrán permitir llegar a decisiones no solo legales sino justas.

A juicio de la Sala, son estos los criterios que se deben tener en cuenta al momento de determinar la responsabilidad penal de una persona que porta estupefacientes, en donde se debe hacer énfasis que únicamente en casos límites, en donde la cantidad de droga resulte problemática para demostrar por sí misma la antijuricidad de la conducta, es que se le puede exigir a la Fiscalía no que pruebe un delito inexistente en nuestro ordenamiento jurídico como el de *“portar con fines de tráfico”*, que muchas veces implicara

una prueba diabólica o imposible para el Ente Acusador, pues el hecho la más de las veces se circunscribe a sorprender a una persona llevando consigo drogas en cantidades importantes sin que obviamente no haya ningún dato de tráfico, sino el de probar otra conducta alternativa del artículo 376 que de entrada asegure la responsabilidad penal desde la propia sede de la tipicidad.

En síntesis, la dosis personal se sigue manteniendo en nuestro ordenamiento jurídico por lo cual, cuando se trate de casos en donde se juzgue a una persona porque fue sorprendida llevando consigo estupefacientes en cantidades superiores a las autorizadas por la ley, la tipicidad de la conducta en principio se debe dar por demostrada, centrándose el análisis es, en determinar si la misma afectó o tuvo la potencialidad de afectar los bienes jurídicos protegidos por el artículo 376 penal, en donde el papel activo de la defensa es directamente proporcional a la cantidad de droga incautada, si se tiene en cuenta que en este delito, por ser de peligro abstracto, hay una presunción legal de antijuricidad.

La solución propuesta, considera la Sala, no solo es la que mejor consulta la dogmática penal del delito en análisis, sino que también respeta el régimen probatorio de nuestro modelo de justicia penal, pues se pone las cosas en su justo sitio: portar drogas por encima de los topes establecidos en la ley es una conducta típica, que dependiendo de la cantidad de droga incautada se puede presumir antijurídica; pero tal cuestión puede ser desvirtuada por la defensa, como debe ser, cuando se demuestre que tal porte era para fines exclusivos de consumo del agente.

7.4 Caso concreto.

Descendiendo al caso de marras, se encuentra acreditado a través de las estipulaciones probatorias, que el señor **Jhon Anderson Rentería Castro** fue sorprendido en poder del 25.8 gramos de cocaína los cuales se encontraban distribuidos en 40 papeletas y 30 envoltorios que alojaba en una 4 y 3 bolsas respectivamente que llevaba en un calcetín escondido en sus partes íntimas, es decir, una cantidad que si bien no es exorbitante, sí superó en más de 24 veces la dosis personal.

Al efecto oportuno resulta señalar que en el presente asunto no se acreditó de manera alguna por la defensa, que no por la Fiscalía, la condición de consumidor habitual de sustancias estupefacientes o de adicto a las mismas por parte del señor **Rentería Castro** y/o que lo portado era para exclusivo consumo del procesado, para con ello desvirtuar la presunción legal de antijuricidad que pesa sobre tal conducta debido al desbordamiento sustantivo de lo permitido por la ley.

En ese orden de ideas, conforme viene de analizarse, la Fiscalía, según ella misma la argumentó en el recurso, demostró la tipicidad de la conducta, como quiera que el señor **Jhon Anderson**, fue capturado por llevar consigo **25, 8 gramos de cocaína** dispuestos en 40 papeletas y 30 envoltorios, unos y otros de diferentes calidades (rocosa y polvo); además se acreditó la antijuricidad del comportamiento, en atención a que la droga incautada superaba en 25 veces el tope legal permitido – es decir, no fue una cantidad ligeramente superior a la dosis-, lo que hace presumir la puesta en riesgo de los bienes jurídicos como la salud pública, el orden económico y social y la seguridad pública, por lo que la defensa, se insiste, debía demostrar no solo la condición de consumidor o adicto de su prohijado, sino que lo efectivamente portado se compadecía con la necesidad de consumo de aquel, dada su situación personal; pero no lo hizo.

Aunado a lo anterior, la forma en que el enjuiciado llevaba dispuesto el alcaloide (40 papeletas y 30 envoltorios en dos calidades diferentes) permite inferir que el mismo no era para su exclusivo consumo, pues además de tratarse de una cantidad muy significativa, su separación no es propia de un almacenamiento para uso personal, sino que es más bien indicativa de una posterior distribución a cualquier título.

Además, el hecho de que el procesado se encontrara estacionado en un mismo sitio por más de veinte minutos, sin aparente rumbo y tratara de ocultar el narcótico en sus partes íntimas cuando observó la presencia policial también puede significar que su actuar no era legítimo, como lo sería, por ejemplo, el del consumidor habitual que al tener la necesidad de consumo, portar su estupefaciente en su bolsillo o cualquier accesorio que lleve consigo, pero no la oculta de tal manera.

También resulta muy significativa la prueba de que no era la primera vez que el procesado había sido capturado en ese lugar con estupefacientes que superaban la dosis personal, pues ello permite concluir que la finalidad del narcótico no era su aprovisionamiento; sin que al respecto pueda exigírsele a la Fiscalía, como lo pretende el agente del Ministerio Público, un soporte documental que evidencien las capturas anteriores, porque ello sería tanto como tarifar la prueba, cuando claramente existe libertad probatoria y el hecho de que los funcionarios públicos comparecieran al juicio y declararan tal situación bajo la gravedad de juramento, le resulta suficiente a la Sala para tener por probado tal hecho.

Los testigos de cargo que comparecieron al juicio y que son los mismos que llevaron a cabo la captura del procesado, dan cuenta de la afirmación que **Rentería Castro** lanzó al momento de que le indagaran sobre el destino de la cocaína que portaba y al respecto manifestó que la tenía para una fiesta,

situación que resulta muy gaseosa y difícil de considerar en aras de acreditar la calidad de consumidor de **Jhon Anderson**, como quiera que la captura se produjo en horas de la mañana y esa explicación no es para nada convincente, pues si resultara ser verdad tal aserto, el involucrado se hubiera interesado por suministrar una información más puntual de cómo, cuándo, dónde y a qué horas sería la fiesta a la que presuntamente asistiría a consumir en un solo momento todo el alcaloide que portaba, o si era que lo iba a compartir y con quienes. En fin, en últimas, ese dicho del procesado en nada puede considerarse como una prueba de su consumo o adicción y grado de necesidad y dependencia.

Así las cosas, al no haberse demostrado en juicio que el acusado llevaba consigo la sustantiva cantidad de droga para su exclusivo consumo se ha de colegir que su actuar es antijurídico en tanto con este comportamiento afectó potencialmente el bien jurídico de la salud pública en los términos del artículo 11 del Código Penal.

Debe decirse que el acusado es una persona imputable, esto es con capacidad de comprender y de determinarse de acuerdo con esa comprensión, quien es consciente de la ilicitud de su actuar; en consecuencia, le era exigible una conducta diversa a la observada, sin que pueda predicarse la presencia de ninguna causal de exculpación.

En consecuencia y en atención a los planteamientos de la Fiscalía se procederá a la revocatoria de la sentencia absolutoria de primera instancia, para en su lugar condenar al acusado por el delito de porte de estupefacientes, como quiera que está demostrada que su conducta es típica, antijurídica y culpable.

8. TASACIÓN DE LA PENA

Teniendo en cuenta que el fallo absolutorio, como se vio, ha sido revocado por esta Sala, procederá la Sala a hacer la tasación punitiva en los términos del artículo 61 del C.P.

Así las cosas, la pena a imponer será la consignada en el inciso segundo del artículo 376 del código penal, esto es; una pena de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

De modo que en atención a las circunstancias del hecho, al verbo rector imputado y a la cantidad de estupefaciente incautado se impondrá a **Jhon Anderson Rentería Castro** la pena mínima establecida para el delito, esto es sesenta y cuatro (64) meses de prisión y multa de dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes a la época de los hechos, o lo que es lo mismo, un millón cuatrocientos setenta y cinco mil cuatrocientos treinta y cuatro pesos (\$1.475.434) a favor del Consejo Superior de la Judicatura.

Se concede la amortización por plazos para la multa al procesado, otorgando un término de VEINTICUATRO (24) MESES PARA SU PAGO, debiendo pagar mensualmente la suma de sesenta y un mil cuatrocientos setenta y seis pesos (\$61.476) a favor del Consejo Superior de la Judicatura.

Accesoriamente se le impone, la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal, tal y como lo determina el artículo 52 del Código Penal.

9. SUBROGADOS Y MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA

Por expresa prohibición contenida en el artículo 68A modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, no resulta posible si quiera estudiar la concesión de la prisión domiciliaria ni la suspensión condicional de la pena, como quiera que el delito por el que está siendo juzgado el señor **Jhon Anderson Rentería Castro** está enlistado en dicha norma como uno respecto del cual se excluyen tales beneficios.

10. OTROS PRONUNCIAMIENTOS

Sobre la individualización de la pena es importante advertir que esta Sala de Decisión venía realizando la audiencia que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 cuando en primera instancia era absuelto el procesado y al desatar el recurso de apelación se resolvía condenarlo; no obstante, en las últimas decisiones proferidas en este sentido se ha dado aplicación por decisión mayoritaria a la reiterada postura de la Corte Suprema de Justicia bajo el entendido de que esta audiencia sólo está prevista para la primera instancia por cuanto se encuentra precedida por el sentido del fallo, una vez finalizado el juicio oral. Concretamente, de esta manera se ha pronunciado la Alta Corporación retomando sus propios argumentos:

“Así, en CSJ SP, ago. 14 2012, rad. 38467, se precisó que: El criterio plasmado no varía aún en el evento de que en segunda instancia se revoque una sentencia absolutoria y en su lugar se condene al procesado.

En efecto, la audiencia del artículo 447 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 100 de la Ley 1395 de 2010, denominada individualización de pena y sentencia, sólo está prevista para la primera instancia, como quiera que es una actuación subsiguiente al anuncio del sentido del fallo una vez finalizada la vista de juicio oral, en la medida que éste sea de carácter condenatorio, según se colige del artículo atrás mencionado y del 446 ejusdem.

En segunda instancia no hay juicio oral, tampoco anuncio del sentido del fallo, luego por consiguiente menos la audiencia referida, de ahí que el ad quem decidirá lo concerniente con la pena y mecanismos de sustitución de acuerdo con la información que le aporte el proceso, lógicamente basándose en los criterios que consagra el artículo 61 del Código Penal para individualizar la sanción” (subrayas fuera de texto).

El anterior criterio se complementó poco tiempo después en CSJ SP, oct. 24 2012, rad. 36616, invocada por el Tribunal para abstenerse de realizar la referida audiencia, donde se auscultó pormenorizadamente el querer del legislador para no consagrar el aludido trámite en segunda instancia, acudiendo a los distintos debates surtidos al seno de la Comisión Redactora Constitucional del Código de Procedimiento Penal y al trasegar del proyecto en el Congreso de la República...

...Dicho criterio, bien está precisararlo, se ratificó por la Sala en CSJ AP, abr. 24 2013, rad. 40125 y en CSJ AP, ago. 27 2014, rad. 41630.¹⁷

Es así como, en aplicación de la amplia jurisprudencia que se ha desarrollado sobre este tema, en el *sub judice* se procedió a realizar la dosificación de la pena con base en la información que reposa en la carpeta y sin llevar a cabo la audiencia de que trata el artículo 447 del código de procedimiento penal.

De otra parte, frente a la interposición de recursos en este evento, la Sala mayoritaria considera que contra esta sentencia procede solamente el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004. Ello en atención a que al respecto, la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en una consolidada línea jurisprudencial ha declarado la imposibilidad jurídica para dar cumplimiento al mandato contenido en la sentencia C-792 de 2014 argumentando las siguientes razones:

a). La Corte Constitucional, en la sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014, declaró la inexecutable de varios artículos de la Ley 906 de 2004, por déficit normativo, en cuanto omitían la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias, y difirió sus efectos a un (1) año, contado a partir de su notificación, que se cumplió entre el 22 y 24 de abril de 2015.

b). En la misma decisión, exhortó al Congreso de la República para que en el término de un (1) año, contado a partir de la notificación del edicto del fallo, regulara el derecho a impugnar las sentencias penales condenatorias dictadas por primera vez en cualquier estadio procesal, y aclaró que de incumplir este

¹⁷ Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal. Rad.44619. Decisión del 11 de marzo de 2015. M.P. María del Rosario González Muñoz.

deber, se entendería que la impugnación procedía ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena.

c). En la sentencia de tutela SU-215 de 28 de abril de 2016, la Corte Constitucional, al delimitar los efectos y alcances de la sentencia C-792 de 2014, precisó (i) que surtía efectos desde el 25 de abril de 2016, (ii) que operaba respecto de las sentencias dictadas a partir de esa fecha o que para entonces estuviesen en proceso de ejecutoria, (iii) que aunque en ella solo se había resuelto el problema de las condenas impuestas por primera vez en segunda instancia, debía entenderse que su exhorto llevaba incorporado el llamado al legislador para que regulara en general la impugnación de las condenas impuestas por primera vez en cualquier estadio del proceso penal, y (iv) que la Corte Suprema, dentro de sus competencias, o en su defecto el juez constitucional, atendiendo a las circunstancias de cada caso, debía definir la forma de garantizar el derecho a impugnar la sentencia condenatoria impuesta por primera vez por su Sala de Casación Penal.

d). La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en sesión de fecha 28 de abril de 2016, aprobó el comunicado 08/2016, en el que precisó que la pretensión de la Corte Constitucional, plasmada en la sentencia C-792 de 2014, de implementar, a partir del vencimiento del término de un (1) año, la impugnación en todos los casos en que se dictara sentencia condenatoria por primera vez, resultaba irrealizable, porque ni la Corte, ni autoridad judicial alguna contaba con facultades para introducir reformas o definir reglas que permitieran poner en práctica este derecho.

e). En la misma dirección se ha pronunciado la Sala de Casación Penal, en el entendido que una orden de la naturaleza de la que contienen las sentencias C-792 de 2014 y SU-215 de 2016, requiere de una reforma constitucional y legal que solo puede adelantar el Congreso, por cuanto implica suplir un déficit legal

normativo que incluiría la redefinición de funciones, la creación de nuevos órganos judiciales y la redistribución de competencias, entre otros aspectos¹⁸.

f). La imposibilidad de que por vía jurisprudencial se llene el vacío normativo advertido por la Corte Constitucional en los referidos fallos, lo explica la Corte Suprema de Justicia en que: *“Se trata de un asunto atinente a los principios de legalidad, reserva y de división de poderes, esenciales a una democracia, pues la competencia emerge como condición básica para que una persona pueda ser juzgada conforme al debido proceso (art. 29 C.P.), y le corresponde al legislador fijarla, ya que es propio de sus facultades expedir los códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones (art. 150-1 y 2 lb.), labores que, claro está, no puede asumir la judicatura dada la separación de poderes sobre la cual se edifica la estructura del Estado, (art. 113), y porque la legitimidad de su función radica en el sometimiento de sus actuaciones al imperio de la Constitución y la ley (art. 230).”*¹⁹

Es así como la alta Corporación, en varias oportunidades, ha rechazado por improcedente los recursos de apelación que esta colegiatura había concedido en eventos similares al ahora estudiado, aduciendo los mismos argumentos expuestos en precedencia, específicamente en las providencias AP5567-2016, radicación N° 48482 del 24 de agosto de 2016 y AP6657-2016, radicación N° 48872 del 28 de septiembre de 2016.

En virtud de lo anterior, esta Sala de Decisión mayoritaria acoge la línea jurisprudencial de su superior jerárquico y en consecuencia no concederá la posibilidad de interponer el recurso de apelación en contra de esta sentencia proferida en sede de segunda instancia.

10. DECISIÓN:

¹⁸ CSJ AP, 18 de mayo de 2016, radicación 39156; CSJ AP3280-2015, 25 de mayo de 2016, radicación 37858, entre otras.

¹⁹ CSJ AP37858-2016, reiterado en CSJ AP4808-2016, radicación 48406, CSJ AP5566-2016, radicación 48528, CSJ AP8236-2016, radicación 49029, entre otras.

En consecuencia, la Sala de Decisión Penal del **Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 4 de septiembre de 2018 proferida por el Juzgado Noveno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, Antioquia, que absolvió al señor **Jhon Anderson Rentería Castro** por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

SEGUNDO: En su lugar **CONDENAR** al señor **Jhon Anderson Rentería Castro** a la pena principal de sesenta y cuatro (64) meses de prisión y multa de dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes a la época de los hechos, o lo que es lo mismo, un millón cuatrocientos setenta y cinco mil cuatrocientos treinta y cuatro pesos (\$1.475.434) a favor del Consejo Superior de la Judicatura, por hallarlo penalmente responsable en calidad de autor de la conducta punible de TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, en la modalidad de llevar consigo, descrita y sancionada en el artículo 376 inciso 2º del código penal, conforme se expuso en la parte motiva.

TERCERO: Accesoriamente se le impone al señor **Rentería Castro**, la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena principal.

CUARTO: Se concede la amortización por plazos para la multa al procesado, otorgando un término de VEINTICUATRO (24) MESES PARA SU PAGO, debiendo pagar mensualmente la suma de sesenta y un mil cuatrocientos setenta y seis pesos (\$61.476) a favor del Consejo Superior de la Judicatura.

QUINTO: No se le concede al procesado la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria por expresa prohibición legal. En consecuencia, líbrese la orden de captura para que la pena impuesta en este proveído sea descontada en el establecimiento carcelario que designe el INPEC.

SEXTO: Una vez cobre formal ejecutoria esta decisión, se remitirá la carpeta al Centro de Servicios Judiciales y de allí a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medida de Seguridad, para lo de su cargo.

SÉPTIMO: En firme esta decisión, remítase la presente actuación procesal al Juzgado de origen que corresponda, previas las anotaciones de rigor, para lo de su cargo.

OCTAVO: La presente decisión es susceptible del recurso de casación en los términos de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado
Con salvamento parcial de voto

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado: 050016000207201500261
Procesado: Julián Carlos Arboleda Sabas
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años
M. Ponentes: Leonardo Efraín Cerón Eraso
Ricardo de la Pava Marulanda

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

En esta oportunidad debo manifestar mi inconformidad con la decisión de la Sala Mayoritaria por cuanto en el caso de marras, no se dio trámite a la audiencia de individualización de pena y sentencia contenida en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, ni se concedió la impugnación en contra de la sentencia condenatoria emitida en segunda instancia en contra del señor **Jhon Anderson Rentería Castro** por el delito de porte de estupefacientes.

Respecto al primer punto, debe indicarse que contrario a lo que considera la Sala Mayoritaria, la cual acogió la posición de la Corte Suprema de Justicia²⁰, para el suscrito dicha postura resulta inconstitucional, como quiera que la audiencia de individualización de pena es indispensable para alegar

²⁰,CSJ SP, 9 Sep. 2015. Rad 42754.En el mismo sentido, CSJ SP, 14 Ago. 2012 Rad. 38467, CSJ SP, 26 Sep. 2012, Rad. 37761; CSJ SP, 24 Oct. 2012, Rad. 36616; CSJ AP, 24 Abr. 2013, Rad. 40125; CSJ AP 4992-2014, 27 Ago. 2014, Rad. 41630; CSJ AP – 869 – 2015, 25 feb. 2015, Rad. 40810.

cuestiones relativas a la calidad y cantidad de la pena, así como la forma de ejecutarla, por lo que se debe conceder la oportunidad para pronunciarse frente a esos tópicos no solo al ahora condenado, sino a la víctima y la Fiscalía, ya que resulta fundamental para garantizar los derechos de todas las partes e intervinientes y no puede soslayarse tal prerrogativa so pretexto de que solo esta estatuida para la primera instancia.

En cuanto al segundo punto, la actual línea de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, parte de que el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria dictada en segunda instancia, no resulta procedente como quiera que no se encuentra prevista esta forma de impugnación en el procedimiento penal y la Corte Constitucional ni autoridad judicial alguna cuentan con facultades para introducir reformas o definir reglas que permitan poner en práctica tal derecho, pues para ello se requiere una reforma constitucional y legal que solo puede adelantar el Congreso²¹.

Ahora bien, independiente de que ese compartan o no los argumentos establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-792 de 2014 para determinar la procedencia de la impugnación contra la sentencia condenatoria en segunda instancia, lo cierto es que se trata de una sentencia de constitucionalidad, que de conformidad con el artículo 243 de la Constitución Política es en absoluto vinculante, en tanto hace tránsito a cosa juzgada constitucional, por lo que no puede desconocerse por las autoridades judiciales.

Precisamente en cumplimiento de la sentencia de la Corte Constitucional, el constituyente derivado expidió el acto legislativo 01 de 2018, “por medio del cual se modifican los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política y se implementa el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia

²¹ Auto del 12 de julio de 2016, radicado AP4428-2016, 48.012, M.P. José Francisco Acuña Viscaya.

condenatoria”, en el cual se materializó el principio de la doble conformidad judicial, en tanto en el artículo 1, inciso cuarto se consignó que: “la primera condena podrá ser impugnada”, lo que indica que tendría que concederse la apelación contra la sentencia condenatoria emitida en segunda instancia.

Aunado a lo anterior, el principio de la doble conformidad como garantía mínima del debido proceso en materia penal, es una garantía básica y mínima que todo Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe respetar y garantizar en la legislación interna, en la medida que todo fallo o sentencia de naturaleza condenatoria habilita al imputado o acusado para ejercer ante un juez o tribunal superior el recurso o control formal y material respecto del fallo para revisar la justicia del mismo.

En virtud de lo expuesto, los jueces de los Estados parte, deben dar aplicación al control de convencionalidad entendido como la obligación de realizar no sólo control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia sino de integrar en el sistema de sus decisiones las normas contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, para sí garantizar el respeto por los derechos y libertades reconocidos en la Convención.

Precisamente, el artículo 8.2 literal h) de la Convención, establece que toda persona inculpada de un delito durante el proceso tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: “[...] *derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*”.

Asimismo, dispone el artículo 14 inc. 5. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito en la ley”.

En consecuencia, la doble conformidad como garantía mínima del debido proceso en materia penal, debe respetarse por los operadores judiciales, permitiendo que se materialice el derecho a impugnar el fallo condenatorio emitido en segunda instancia, a fin de que el juez o tribunal superior lo revisen desde el punto de vista fáctico, jurídico y probatorio.

En estos términos dejo asentado mi disentimiento.

Fecha ut supra

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado