89

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

SP9916-2017

Radicación n° 44997

Aprobado acta nº 219

Bogotá, D.C., once (11) de julio de dos mil diecisiete (2017)

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación presentado por la defensora de JUAN PABLO REYES MARÍN en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 10 de septiembre de 2014, mediante la cual confirmó el fallo emitido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bello (Antioquia), el 30 de julio de 2014, condenando al mencionado procesado

como autor del delito de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.*

HECHOS

De acuerdo a los hechos declarados como demostrados en la sentencia recurrida, el 30 de mayo de 2013, a eso de las 3:05 de la tarde, patrulleros de la Policía Nacional recibieron información en el sentido de que en la calle 46A con carrera 58C del barrio Santa Ana del municipio de Bello (Antioquia) dos hombres se dedicaban a la venta de estupefacientes.

Al llegar al lugar indicado, los uniformados observaron dos hombres con las características que habían sido referenciadas, uno de los cuales, identificado como Brainer Quezada Ruíz, dejó caer dos bolsas que contenían una sustancia vegetal que resultó ser marihuana, con un peso neto de 8,8 gramos. Así mismo, hallaron en la manga izquierda de su chaqueta tres hojas de papel con manuscritos y, en sus bolsillos, billetes de diferentes denominaciones en suma de $53.000.

La otra persona, de nombre JUAN PABLO REYES MARÍN, fue sometido a requisa, encontrándose en la pretina de su pantalón un cigarrillo de marihuana en peso neto de 1,3 gramos y seis bolsas plásticas con una sustancia pulverulenta correspondiente a cocaína en peso neto de 5,5 gramos. Además se le halló la suma de $83.000 en billetes de diferentes denominaciones.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

En audiencia preliminar llevada a cabo el 31 de mayo de 2013, ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con función de Control de Garantías de Bello (Antioquia), la Fiscalía 250 Local de esa ciudad, tras legalizar el procedimiento de su captura, formuló imputación a JUAN PABLO REYES MARÍN y Brayner Quezada Ruiz por la conducta punible de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*. Los imputados no se allanaron a los cargos formulados.

Presentado el escrito de acusación en contra de JUAN PABLO REYES MARÍN por parte del mismo Fiscal 48 Seccional de Bello, le correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad adelantar la etapa de juzgamiento, celebrando las audiencias de acusación y preparatoria los días 4 de septiembre y 25 de noviembre de 2013, respectivamente.

La audiencia de juicio oral y público se llevó a cabo en sesiones de los días 11 de abril y 1° de julio de 2014, clausurándose el debate en esta última fecha, en la que se anunció sentido del fallo declarando culpable al acusado REYES MARÍN.

El 30 de julio de 2014, el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bello, profirió el fallo condenatorio, declarando responsable a JUAN PABLO REYES MARÍN, en calidad de autor del delito de *Tráfico,*

fabricación o porte de estupefacientes –artículo 376 del Código Penal, modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011-, imponiendo en su contra las penas principales de sesenta y cuatro (64) meses de prisión y multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

Se negó al condenado REYES MARÍN el derecho al subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria.

Apelado el fallo por el defensor del acusado, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, mediante providencia del 10 de septiembre de 2014, lo confirmó de manera integral.

Oportunamente el defensor del condenado JUAN PABLO REYES MARÍN interpuso el recurso extraordinario de casación, cuya demanda fue estudiada en su aspecto formal y mediante auto del 29 de septiembre de 2016 fue admitida por esta Sala de Casación Penal, celebrándose la audiencia pública de sustentación el 21 de marzo de 2017.

RESUMEN DE LA IMPUGNACIÓN

Dos cargos presenta la apoderada del sindicado JUAN PABLO REYES MARÍN, que fundamenta de la siguiente manera:

Cargo primero: violación directa

Con fundamento en el numeral 1 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, acusa la sentencia de segundo grado por violación directa de la ley sustancial, proveniente de la interpretación errónea del artículo 376 del Código Penal.

Como sustento de su reproche, la demandante expone que el Tribunal presumió de derecho la antijuridicidad material de la conducta desplegada por el acusado, atribuyéndole a la norma un alcance que no tiene y que no le han dado la jurisprudencia y la doctrina.

De esa manera, precisa, el *ad quem* señaló que dicha presunción debe ser desvirtuada, con lo que trasladó la carga de la prueba a la defensa del procesado.

Trae a colación precedentes jurisprudenciales de esta Sala, para sostener que quien es capturado con sustancia estupefaciente en cantidad ligeramente superior a la dosis personal y no tiene como fin la venta, puede ser eximido de responsabilidad, en virtud del principio de lesividad penal.

Afirma que fue demostrado que el acusado es un consumidor habitual de cocaína y que en el momento de adquirir la droga se disponía a consumirla, aclarando que la cantidad que le fue incautada le serviría para el consumo de varios días, por lo que se trataba de una dosis de aprovisionamiento.

Cargo segundo: violación indirecta

Al amparo del numeral 3 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, acusa la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, proveniente de un error de hecho por falso raciocinio.

Se refiere la recurrente a que, en su entender, la responsabilidad del acusado la dedujo el Tribunal de hechos que no generan el conocimiento más allá de toda duda razonable para condenarlo, pues se supuso la probable actividad de distribución y venta de estupefacientes a partir de una información insuficiente, que dio cuenta de la presencia de dos hombres que habían permanecido mucho tiempo en el mismo lugar.

Sin embargo, puntualiza, las características de la vestimenta del procesado no correspondían a la descripción que habían recibido los agentes de policía y, además, fue en poder del otro capturado, en favor de quien finalmente se precluyó la investigación, que se encontró el supuesto registro contable de lo que parecía corresponder a la venta de estupefacientes.

Así mismo, refiere la demandante, los billetes de diferentes denominaciones encontrados en poder del acusado no son indicativos de que se encontrara dedicado a la venta de estupefacientes.

Solicita, en consecuencia, casar la sentencia para absolver al procesado REYES MARÍN.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

En la audiencia de sustentación, no se hizo presente la demandante. Los demás sujetos procesales efectuaron las siguientes intervenciones:

1. La Fiscalía:

El Delegado de la Fiscalía General de la Nación solicitó no casar la sentencia recurrida y mantener la presunción de acierto y legalidad que ampara los fallos condenatorios.

Expresa que los reparos de juicio y valoración a la sentencia del Tribunal no están llamados a prosperar, puesto que la conducta que se juzga no corresponde a la de un adicto que llevaba consigo la sustancia estupefaciente para su uso, sino que las pruebas aducidas demuestran la existencia de un comercio ilícito.

Subraya, como circunstancia que demuestra la responsabilidad del acusado, que la actuación de los miembros de la Policía Nacional que llevaron a cabo la captura del acusado y de su acompañante, se originó por los informes de la ciudadanía que los alertaron por la presencia de dos individuos que se dedicaban al expendio de estupefacientes, en un lugar habitual para el comercio de dichas sustancias. Además, los dos hombres, con las

características físicas que habían sido descritas, permanecían en el sitio y en poder de ellos se encontró una lista incipiente donde registraban las transacciones, porciones de sustancias que facilitaban su venta y dinero en billetes de diferentes denominaciones.

En materia de sana crítica, aduce el representante de la Fiscalía, contraría las reglas de la experiencia el hecho de que una persona comprara sustancias prohibidas para permanecer en el lugar por algún tiempo, pues lo normal es que después de realizarse esta clase de transacciones ilícitas se ausente para no llamar la atención, significándose con ello que no resultaba creíble que el acusado fuera un consumidor que había adquirido para su uso los estupefacientes que le fueron hallados.

Con lo anterior, concluye que los jueces de instancia demostraron con certeza que el procesado portaba estupefacientes con fines de distribución y venta, razón por la cual le es atribuible el compromiso penal.

2. La Procuraduría:

La representante del Ministerio Público reclama de la Corte no casar la sentencia y mantener el fallo de condena proferido por las instancias, puesto que se pudo demostrar que la sustancia estupefaciente que le fue incautada al procesado no estaba destinada a su uso personal, sino para la venta.

Expone que las reglas de la experiencia enseñan que dos personas jóvenes que llevan mucho tiempo en una esquina, a quienes les encuentran una lista donde aparece la relación de venta de drogas y de los gramos debidos, se dedican a la venta de las sustancias estupefacientes, máxime cuando fue la ciudadanía la que alertó a las autoridades sobre dicha actuación.

Manifiesta, además, que cuando las cantidades de drogas estupefacientes superan las tenidas como dosis para el consumo personal, se pone en peligro el bien jurídico de la salud pública, lo que aconteció en este caso.

Las conclusiones del Tribunal resultan razonables, concluye.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Toda vez que la demanda presentada se declaró ajustada conforme con los parámetros del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, no obstante las deficiencias de fundamentación que claramente se pueden advertir, la Corte analizará los problemas jurídicos allí propuestos, de conformidad con las funciones del recurso de casación, dirigidas a la búsqueda de la eficacia del derecho material, el respeto de las garantías de quienes intervienen en la actuación, la reparación de los agravios inferidos a las partes y la unificación de la jurisprudencia, según lo establecido en el artículo 180 ibídem.

1. Planteamiento del problema y fundamentos de la decisión recurrida:

A través de la invocación, de una parte, de la violación directa de la ley sustancial por errónea interpretación del artículo 376 del Código Penal y, de otra, de la violación indirecta consistente en un error de hecho por falso raciocinio, la demandante propone casar la sentencia.

En primer lugar, plantea que la conducta desplegada por el acusado REYES MARÍN no resulta lesiva para el bien jurídico de la Salud Pública, toda vez que le fue incautada una sustancia estupefaciente en cantidad levemente superior a la permitida como dosis para el consumo personal, la misma que portaba para su aprovisionamiento y exclusivo uso.

En segundo lugar, aduce que el Tribunal asumió la probable actividad de venta y distribución del estupefaciente por parte del acusado, de circunstancias que carecen de la suficiencia probatoria, pues finalmente invirtió la carga de la prueba al presumir de dudosos hechos indicadores una conducta que no se realizó.

En este orden de ideas, se recordará que el Tribunal Superior de Medellín confirmó el fallo condenatorio proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello, al concluir que se estructuró la conducta punible de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.*

Razonó el Tribunal que habiendo sido sorprendido el procesado llevando consigo estupefaciente en cantidad que en mucho sobrepasa los topes previstos para el consumo personal por el literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986, no se demostró que tuviera como propósito su ingesta personal, no obstante que fue acreditada su adicción a esa clase de sustancias.

Precisa el *ad quem* que, en consecuencia, no fue desvirtuada la presunción de antijuridicidad que existe cuando, como en el presente caso, se desbordan los límites legales de dosis personal y, por el contrario, existen elementos de juicio que hacen inferir la *«muy probable actividad de distribución o venta»*.

Alude el Tribunal como hechos de los que infiere esa conclusión: el acusado y su acompañante fueron capturados tras el señalamiento de dos ciudadanos sobre el posible expendio de alucinógenos; fueron encontrados en el mismo lugar que la ciudadanía había indicado; en poder de los capturados se encontró cocaína repartida en bolsas plásticas, además un cigarrillo de marihuana; se les halló un *«listado que parecía de contabilidad»*; y, estaban en poder de varios billetes de diferentes denominaciones.

2. Anotaciones sobre el tipo de injusto del artículo 376 del Código Penal:

En su permanente revisión sobre el tema alusivo a la adecuación jurídica de las conductas alternativas

relacionadas en el tipo penal de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes* (artículo 376 del Código Penal), la Sala ha venido fijando una posición que conduce a la necesidad de diferenciar si la persona tiene la condición de mero consumidor de sustancias alucinógenas prohibidas o si el comportamiento objeto de juzgamiento está relacionada con su tráfico, pues solamente en este último evento es tolerable una respuesta punitiva por parte del Estado[1].

Lo anterior como consecuencia de la evolución legislativa y jurisprudencial que en materia del tratamiento despenalizador se ha venido ofreciendo en relación con las personas que destinan las sustancias estupefacientes, sicotrópicas o drogas sintéticas al único propósito de su consumo personal, llegándose a consolidar la tesis de considerar al consumidor como sujeto de protección constitucional reforzada, merecedor por lo tanto de una discriminación positiva, la que riñe con el contenido de injusto de una conducta punible[2].

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

---

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

2 CSJ SP-15519-2014, 12 nov. 2014, rad. 42617.

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

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

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

Finalmente, en la sentencia C-491 de 2012 la Corte Constitucional declaró ajustado al texto superior la Ley 1453 de 2011 que modificó el artículo 376 del Código Penal, razonando de paso que la supresión de la expresión *"salvo los dispuesto sobre dosis para uso personal"* del tipo penal de *"tráfico, fabricación o porte de estupefacientes"*, tal como fue descrito por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, no puede interpretarse como una nueva penalización del porte y consumo de sustancias estupefacientes, sicotrópicas o drogas sintéticas, en cantidad considerada como *"dosis personal"* al tenor del artículo 2° literal j) de la Ley 30 de 1986[3].

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

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

---

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

acotó:

> *[a] pesar de la reforma constitucional a través del Acto Legislativo 02 de 2009 y de la modificación del artículo 376 del Código Penal mediante el artículo 11 de la Ley de Seguridad Ciudadana, es posible tener por impunes las conductas de los individuos dirigidas al consumo de estupefacientes en las dosis fijadas en el literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986, o en cantidades ligeramente superiores a esos topes, esto último de acuerdo con el desarrollo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema.*
>
> *Lo anterior, en razón al respeto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, y a la ausencia de lesividad de conductas de porte de estupefacientes encaminadas al consumo del adicto dentro de los límites de la dosis personal, pues éstas no trascienden a la afectación, siquiera abstracta, del bien jurídico de la salud pública, el cual es el que principalmente protege el tipo penal descrito en el artículo 376 del Código Penal.*[4]

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

---

4 CSJ SP, 17 ago. 2011, rad. 35978.

jurídico de la salud pública[5].

Ligado a lo anterior, hasta entonces se mantuvo la recurrente idea consistente en que el porte de estupefacientes, en tanto delito de peligro abstracto, en cantidad superior a los límites de lo establecido como dosis para el uso personal alberga una presunción de antijuridicidad: *iuris tantum*, presunción legal que admite prueba en contrario, cuando se trata de cantidades ligeramente superiores a las previstas como dosis para uso personal; y, *iuris et de iure*, presunción de derecho que no permite su controversia, cuando se supera el tope de lo razonable en relación con los límites de la dosis personal establecidos en la ley[6].

Sin embargo, precisando aquel concepto, la Sala definió con base en su propia jurisprudencia[7], que no obstante la legitimidad del legislador para configurar delitos de peligro abstracto, estos no pueden contener una presunción *iuris et de iure* y en todos los casos admite prueba en contrario en el proceso valorativo sobre su lesividad, llevado a cabo por el juez frente a la conducta concreta:

> *[e]l porte de estupefacientes en una cantidad superior a la establecida legalmente como dosis de uso personal, es una*

---

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

6 CSJ SP, 17 ago. 2011, rad. 35978.

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

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.[8]

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

El tema fue retomado, finalmente, en las sentencias CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760; CSJ SP-4131, 6 abr. 2016, rad. 43512; y, CSJ SP-3605, 15 mar. 2017, rad. 43725, en las que se acentuó la vigencia del concepto de dosis mínima para el uso personal, previsto en el literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986, bajo el entendido que la proposición jurídica debe integrarse con el Acto Legislativo 02 de 2009 y las sentencias que se han adoptado en este

---

8 CSJ SP-15519-2014, 12 nov. 2014, rad. 42617. En el mismo sentido, Corte Constitucional, sentencia C-491 de 2012.

sentido, bajo la comprensión que el consumidor o adicto puede portar una cantidad diferente a la legalmente establecida, siempre y cuando lo haga con la finalidad de su uso personal y aprovisionamiento, acorde con sus necesidades de consumo.

Así se sostuvo por parte de esta Corporación:

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

Entonces, la atipicidad de la conducta para los consumidores o adictos dependerá de la finalidad cierta (no supuesta o fingida) de su consumo personal, lo que puede desvirtuarse en cada caso según las circunstancias modales, temporales o espaciales, como cuando la cantidad supera exageradamente la requerida por el consumidor, adicto o enfermo, o la intención es sacarla o introducirla al país, transportarla, llevarla consigo, almacenarla, conservarla, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla, financiarla, suministrarla o portarla con ánimo diverso al consumo personal.[9]

Pero además, resulta de la mayor importancia la

---

9 CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760.

consideración hecha por la Sala en el sentido que el tipo penal del artículo 376 del Código Penal, cuando la conducta se relaciona con el porte de estupefacientes, contiene un ingrediente subjetivo tácito, atinente al propósito del sujeto agente, por lo que la realización del tipo penal no depende en últimas de la cantidad de sustancia llevada consigo sino de la verdadera intención que se persigue a través de la acción descrita:

> *[p]ara la tipicidad de la conducta del porte de sustancias estupefacientes se debe tener en cuenta el ingrediente subjetivo tácito que plasmó el legislador al excluir de la previsión legal la conducta de quien tenga la finalidad exclusiva de su uso personal por razón de la dependencia como consumidor, adicto o enfermo...*[10]

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

a) Tratándose de delitos de peligro abstracto –el previsto en el artículo 376 del Código Penal, lo es-, si bien en el momento de creación legislativa se deja implícita una presunción de peligro, esta es legal y no de derecho, por lo que el juez debe llevar a cabo un juicio de antijuridicidad a fin de determinar si se creó un riesgo efectivo, verificable empíricamente, para el bien jurídico protegido.

---

10 CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760.

b) En todos los casos, el consumidor ocasional, recreativo o adicto, no puede ser considerado como sujeto pasible del derecho penal, cuando la conducta que realiza carece de cualquier connotación afín al tráfico o distribución de sustancias estupefacientes o psicotrópicas o drogas sintéticas, con independencia de la cantidad de sustancia prohibida que se lleve consigo, pues en tales eventos no se produce un efectivo menoscabo o peligro concreto para los bienes jurídicos que pueden ser objeto de tutela por el legislador.

c) Se reconoce la existencia de un elemento subjetivo implícito en el tipo penal, relacionado con la constatación de la intención del portador de la sustancia estupefaciente, debiéndose establecer si el propósito es el uso personal o si lo es la distribución o tráfico.

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

Lo anterior, por cuanto las presunciones constituyen

reglas probatorias y no reglas sobre la carga de la prueba[11]. Por eso, en ningún evento, la carga de la prueba de su inocencia le corresponde al procesado, ella se presume.

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

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

En consecuencia, es a la Fiscalía a quien compete la demostración de cada uno de los elementos del tipo penal, entre ellos, la acreditación probatoria de los fines del porte de estupefacientes relacionados con la distribución o tráfico de los mismos y, con ello, la afectación o la efectiva puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos. Obviamente,

---

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

también corresponde al órgano de persecución penal, en virtud del principio de objetividad (artículo 115 de la Ley 906 de 2004), establecer situaciones relacionadas con la ausencia de responsabilidad, a efectos de no incoar la pretensión punitiva.

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

En este sentido, se torna insuficiente apelar al criterio cuantitativo de dosis para uso personal, previsto en el literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986, como factor determinante para la configuración del injusto típico, puesto que en los eventos en que la cantidad llevada consigo no supera aquellos topes previstos por el legislador, la conducta deja de ser relevante para el derecho penal. Mientras, importa subrayarlo, cuando la acción está relacionada con el *tráfico*, es claro que el comportamiento se estima lesivo del bien jurídico, sin reparar en que la sustancia desborde o no aquellos rangos regulados en la ley.

De la misma manera, cuando la cantidad de estupefaciente supera la prevista como dosis para el uso personal, es necesario recurrir a otros factores que puedan determinar el juicio de lesividad de la conducta, de modo que

la ilicitud se establezca con fundamento en criterios normativos referidos a la relevancia jurídico penal del comportamiento y a la efectiva afectación del bien jurídico protegido, en todo caso distintos al arbitrario y vago concepto legal de dosis personal.

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

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

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

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

Por lo tanto, aun cuando se repute como categoría vigente el concepto de dosis personal[12], 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

---

12 Corte Constitucional, sentencia C-491 de 2012.

realidad permite establecer la conformación del injusto típico es el fin propuesto de traficar o distribuir con el psicotrópico. Por lo mismo, se hace inocuo la apelación a criterios caprichosos empleados en la praxis judicial como el de cantidad ligera o levemente superior a esa dosis personal.

En este sentido, cobra importancia la orientación que frente al delito de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes* ha dado la Sala en las sentencias CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760; CSJ SP-4131, 6 abr. 2016, rad. 43512; y, CSJ SP-3605, 15 mar. 2017, rad. 43725; en el sentido de considerar el ánimo –de consumo propio o de distribución- del sujeto activo como ingrediente subjetivo o finalidad del porte de sustancias alucinógenas, a efectos de excluir su responsabilidad penal o de estimar realizado el tipo de prohibición.

Con ello, la Corte está reconociendo la existencia en el tipo penal del artículo 376 del Código Penal de lo que se conoce en la doctrina como *elementos subjetivos distintos del dolo, elementos subjetivos del tipo* o *elementos subjetivos del injusto*[13], que son aquellos ingredientes de carácter intencional distintos del dolo que en ocasiones se emplean para describir los tipos penales y que poseen un componente de carácter anímico relacionado con una peculiar finalidad del sujeto realizador de la conducta descrita.

---

13 EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Derecho Penal – Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 517; GÜNTER STRATENWERTH, *Derecho Penal – Parte General*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, p. 171; EDMUND MEZGER, *Derecho Penal – Parte General, Madrid*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 135.

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

En todo caso, la función de esos ingredientes subjetivos, distintos al dolo, es la de definir el riesgo jurídicamente relevante, esto es, sirven para confirmar o rechazar la tipicidad de la conducta en el plano material dentro del proceso de imputación objetiva.

De esa manera, en relación con el delito de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, el recurso a los elementos subjetivos diferentes del dolo, tiene el propósito de efectuar una restricción teleológica del tipo penal, pues no obstante que el contenido objetivo del verbo rector *llevar consigo* remite a la realización de la conducta penalmente relevante con el solo acto de portar las sustancias estupefacientes, psicotrópicas o drogas sintéticas, el desarrollo jurisprudencial atrás relacionado ha reducido el contenido del injusto a la demostración del ánimo por parte del portador de destinarla a su distribución o comercio, como fin o *telos* de la norma.

Ahora bien, ese ánimo ulterior asociado con el destino de las sustancias que se llevan consigo, distinto al consumo

personal, puede ser demostrado a partir de la misma información objetiva recogida en el proceso penal. Por eso, si bien es cierto que el peso de la sustancia por sí solo no es un factor que determina la tipicidad de la conducta, sí puede ser relevante, junto con otros datos demostrados en el juicio (p. ej., instrumentos o materiales para la elaboración, pesaje, empacado o distribución; existencia de cantidades de dinero injustificadas; etc.), para inferir de manera razonable el propósito que alentaba al portador.

Por último, importa reiterar que la demostración de los hechos o circunstancias atinentes al ánimo del porte de los estupefacientes, como componentes de los ingredientes subjetivos relativos al tráfico o distribución de las sustancias, incumbe siempre al acusador, quien tiene la carga de probar toda la estructura de la conducta punible.

3. El caso concreto

Para solucionar el presente asunto, debe decirse, en primer lugar, que el Tribunal declaró probado que el procesado JUAN PABLO REYES MARÍN, para el momento de los hechos, era una persona adicta a los estupefacientes, concretamente a la cocaína y a la marihuana, sustancias que consumía desde los 13 o 14 años de edad.

Así mismo, se dio por demostrado que en poder del acusado se hallaron los siguientes elementos: seis bolsas plásticas con una sustancia pulverulenta correspondiente a cocaína en peso neto de 5,5 gramos; un cigarrillo de

marihuana en peso neto de 1,3 gramos; y, 22 billetes de diferentes denominaciones, que sumaban $83.000.

Concluyó el juez colegiado, que la defensa del acusado no logró demostrar que las sustancias incautadas tuvieran como propósito el consumo personal del procesado y, además, que podía inferirse su fin de comercio de los siguientes hechos: i) el acusado y su acompañante fueron señalados por miembros de la comunidad, cuando desplegaban la actividad de venta de estupefacientes; ii) al presentarse al sitio señalado, aún permanecían allí los dos hombres sin hacer nada, cuando lo normal es que después de realizarse una ilícita transacción de esta naturaleza, los compradores abandonen de inmediato el lugar a efecto de no ser sorprendidos; iii) la cocaína hallada se encontraba distribuida en varias bolsas plásticas y la marihuana armada en un cigarrillo; y, iv) en poder del procesado se encontró «*un listado que parecía de contabilidad y billetes de diferentes denominaciones*».

Los errores en la decisión recurrida, son evidentes.

En primer lugar, advierte la Sala que el Tribunal en franca contradicción con los incisos segundo y tercero del artículo 7° de la Ley 906 de 2004, y del artículo 29 de la Constitución Política, trasladó el imperativo de demostrar la ausencia de su responsabilidad penal al acusado REYES MARÍN, asumiendo la equivocada postura de invertir la carga de la prueba como consecuencia de la presunción de

antijuridicidad presunta en el delito de *llevar consigo* estupefacientes.

Y llevando el asunto a ese terreno, de nada sirvió al procesado demostrar, como lo admitió el mismo *ad quem*, que era un adicto a las dos clases de sustancias psicoactivas que le fueron encontradas y que por lo tanto era un habitual consumidor de ellas, porque igual el juzgador halló demostrado el compromiso de su responsabilidad penal.

Es verdad, que la condición de adicto a unas sustancias estupefacientes o psicotrópicas no es prueba concluyente de su consumo en un evento determinado, como no lo es tampoco de la imposibilidad de traficar con ellas. Valga decir, que así como quien no es adicto, puede ser un consumidor ocasional o primerizo; quien padece su adicción, así mismo puede realizar actos de narcotráfico o distribución ilegal.

No obstante, la probada condición de su adicción, sí es un dato nada despreciable a la hora de valorar la prueba en conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica, con el fin de establecer si se trataba de un porte de sustancias para la exclusiva ingesta del portador.

El Tribunal dedujo que el procesado REYES MARÍN realizó la conducta prohibida inserta en el artículo 376 del Código Penal, por el hecho de portar una cantidad de cocaína que superaba la dosis para uso personal, de acuerdo al literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986, pero además porque se acreditó una serie de hechos que, en su sentir, hacen

inferir el conocimiento más allá de toda duda razonable sobre su responsabilidad penal, en tanto, concluyó, la finalidad de ese porte no era otro que el tráfico.

Como quedó atrás definido, la Sala entiende que el concepto de dosis para uso personal, en casos como este, resulta insuficiente para la determinación del ámbito de lo prohibido, inserta en el tipo penal, cuando en realidad lo verdaderamente trascendental en función del verbo rector *llevar consigo*, es la comprobación de un propósito ulterior que debe estar relacionado con el tráfico o la distribución de las sustancias, pues no de otra manera se entendería materializado el riesgo o peligro abstracto para los bienes jurídicos.

Encuentra la Sala que en la valoración de aquellos hechos, el Tribunal incurrió en falsos raciocinios, transgrediendo los principios de la sana crítica, lo que finalmente condujo al desacierto de su decisión. Veamos:

Señalamiento de la comunidad sobre el posible expendio de estupefacientes:

Aduce el Tribunal, con base en el testimonio del agente de policía, PT. Yomar Albeiro Castaño Cano[14], que es indicativo de que el procesado y su acompañante se dedicaban a la venta de estupefacientes, porque así lo

---

14 Registro de audio, min. 00:15:27.

informaron ciudadanos que noticiaron a la autoridad pública.

Importa señalar que el agente de policía en ningún momento identificó a aquellos miembros de la comunidad que, según se manifestó, informaron que el procesado y su acompañante se dedicaban al expendio de estupefacientes. Se trató, por lo tanto, de una fuente de información que tiene la condición de anónima y, por lo tanto, no puede ser empleada como medio de prueba, por prohibición del artículo 430 de la Ley 906 de 2004, pudiéndose utilizar únicamente como criterio orientador por la fiscalía para sus labores de averiguación, según la interpretación que sobre la materia ha dado esta Corporación[15].

De manera que de las manifestaciones hechas por la ciudadanía no era factible derivar que el acusado REYES MARÍN se dedicara al expendio de estupefacientes, más aun cuando el mismo policial declaró en el juicio que no observó al acusado, ni a su acompañante, en faenas de venta de las sustancias.

Al presentarse al sitio señalado, aún permanecían allí los dos hombres sin hacer nada:

Mucho menos puede deducirse esa circunstancia relativa a que el acusado y su compañero se dedicaban al expendio de sustancias prohibidas, con fundamento en que

---

15 CSJ AP-3479, 25 jun. 2014, rad. 43865; CSJ, SP-5798, 4 may. 2016, rad. 41667; CSJ SP-7570, 8 jun. 2016, rad. 40961.

cuando los policías llegaron al lugar señalado por la ciudadanía, aun se encontraban los dos hombres allí, con lo que el *ad quem* estructura una supuesta regla de la experiencia, consistente en que lo que suele ocurrir cuando se trata de consumidores en trance de adquirir la droga estupefaciente, es que abandonan de inmediato el lugar para no ser sorprendidos.

Según lo tiene decantado la Sala, las máximas de la experiencia son enunciados generales y abstractos, que dan cuenta de la manera como casi siempre ocurren ciertos fenómenos, a partir de su observación cotidiana[16], de manera que el nivel de generalidad (o mayor cobertura del enunciado general y abstracto) incide en la solidez del argumento, para lograr aseverar que «*siempre o casi siempre que se da A, entonces sucede B*»[17].

En este caso, no tiene ningún nivel de generalidad o de cotidianidad la regla expresada por el juez colegiado, referida a que quien adquiere sustancias estupefacientes para su consumo, suele abandonar de inmediato el lugar de la compra.

Ese no es un fenómeno verificable como cierto y, en todo caso, el razonamiento del juzgador deviene falso por oponerse al ordinario acontecer de la vida en sociedad. En la realidad esta clase de acontecimientos se presentan de forma diferente o irregular, entre otras razones, porque si se es

---

16 CSJ AP, 29 ene. 2014, rad. 42086.
17 CSJ SP-1467, 12 oct. 2016, rad. 37175

consumidor no tiene por qué huir al no estar cometiendo ningún delito y porque no parece infrecuente que en el mismo lugar de adquisición los compradores se dediquen al consumo de las sustancias.

De modo que la formulación de esa proposición con estructura de regla, no es apta para ser aplicada con pretensión de universalidad, por lo que de ella no puede inferirse, como lo hace el Tribunal, que el procesado se dedicaba a la acción de vender estupefacientes.

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.

En primer lugar, desconoce en su razonamiento el juzgador que lo habitual en materia de microtráfico de sustancias prohibidas, es que la droga se venda en dosis menores, por lo que es una obviedad comprender que si esa es la forma que reviste la venta en cuanto a su presentación, pues esa es la misma manera en que se adquiere. Por lo tanto, de esa característica no puede deducirse que el acusado era el vendedor, cuando de ella podía inferirse, con la misma probabilidad, que era el comprador de la sustancia.

En poder del procesado se encontró «un listado que parecía de contabilidad y billetes de diferentes denominaciones»:

En relación con el *«listado que parecía de contabilidad»* y la suma de $83.000 que se encontraron en los bolsillos del acusado, resulta desconcertante que de ello el Tribunal se atreva a suponer una acción de comercialización de las sustancias incautadas.

El documento en cuestión ni siquiera fue aportado como prueba al proceso y su existencia sólo fue mencionada por el agente de policía en su declaración[18], por lo que no debió ser estimado, lo que es suficiente para descalificar el argumento del Tribunal. Pero aún de haber sido incorporado a la actuación, no se entiende cuál es la relevancia que se le quiere dar cuando no se estableció ninguna relación con un

---

18 El agente Yomar Albeiro Castaño Cano se refirió a *«unos escritos numéricos, al parecer, por la experiencia que tenemos, de contabilidad»*. Registro de audio, min. 00:18:40.

propósito de tráfico. Era apenas un listado *que parecía* de contabilidad, según adujo el policía, sin que siquiera se insinuara que allí se tuvieran registradas transacciones ilícitas.

Peor aún, en cuanto al hallazgo en poder del acusado de billetes de diferentes denominaciones, no se comprende lo que quiso significar el Tribunal al resaltar esa circunstancia, más allá de entreverse en su apreciación una odiosa postura discriminatoria deduciendo que el hecho de que un artesano llevara $83.000 en los bolsillos podría ser indicativo de una conducta de narcotráfico, cuando ninguna conexión estableció entre el dinero y alguna acreditada acción referida a la comercialización de las sustancias que portaba, de manera que se ofreciera con algún grado de credibilidad que esa suma fuera producto de la realización de un comportamiento ilícito.

Así las cosas, develados los errores de raciocinio en la decisión confutada, tiene que declararse que no se alcanzó el estándar de convencimiento para condenar, consistente en el conocimiento más allá de duda razonable, consagrado en la Ley 906 de 2004 (artículos 7° y 381), en razón a que debe concluirse en la atipicidad del comportamiento desplegado por JUAN PABLO REYES MARÍN.

Como consecuencia de lo expuesto, la Corte casará la decisión de segundo grado y, en su lugar, emitirá fallo de sustitución para absolver al procesado del delito de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes* –artículo 376 del

Código Penal, modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011-.

Por lo anterior, se dispondrá su libertad inmediata e incondicional por razón de este proceso, con la advertencia que cumplirá efectos si no es requerido por otra autoridad.

El juez de primer grado procederá a cancelar los registros y anotaciones a que haya lugar y a ordenar la devolución del dinero que le había sido incautado al procesado.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CASAR la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 10 de septiembre de 2014, en razón de la prosperidad de los cargos formulados en la demanda presentada por la abogada del acusado JUAN PABLO REYES MARÍN.

SEGUNDO: ABSOLVER, como consecuencia de la anterior determinación, a JUAN PABLO REYES MARÍN, por el delito de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes* (artículo 376 del Código Penal, modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011).

TERCERO: ORDENAR la libertad inmediata e incondicional en favor del procesado en mención, la que se hará efectiva en caso de no ser requerido por otra autoridad.

CUARTO: Disponer que el juez de primer grado cancele los registros y anotaciones que se hayan originado en contra del acusado en razón de este proceso, y ordene la devolución del dinero que le había sido incautado.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Despacho de origen.

IMPEDIDO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

(Impedido)

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

PERMISO

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria