

M. PONENTE : **LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ**
ACTA DE APROBACIÓN : **/ 2017**
RADICADO : **05-212-60-00202-2016-00009**
CLASE DE ACTUACIÓN : **APELACIÓN**
TIPO DE PROVIDENCIA : **SENTENCIA CONDENATORIA**
FECHA : **13 DE JUNIO DE 2017**
DECISIÓN : **CONFIRMA**
DELITOS : **PORTE DE ESTUPEFACIENTES**

PROVIDENCIA

PROCESO: 05-212-60-00202-2016-00009

DELITO: Tráfico de Estupefacientes

CONDENADO: Cristian Alexis Rúa Marín

PROCEDENCIA: Juzgado Segundo Penal del Circuito de Medellín

OBJETO: Apelación de sentencia Condenatoria.

DECISIÓN: Confirma

M. PONENTE: Luis Enrique Restrepo Méndez

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA DE DECISION PENAL

Medellín, trece (13) de junio de dos mil diecisiete (2017).

Proyecto aprobado mediante acta Nro.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia proferida el 25 de abril de 2017, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello, por medio de la cual se condenó a Cristian Alexis Rúa Marín, por el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

I. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

El 11 de febrero de 2016, a eso de las 11:25 horas, en la carrera 46 con calle 56, vía pública del barrio El Congolo del municipio de Bello, agentes de la Policía Nacional aprehendieron en situación de flagrancia a Cristian Alexis Rúa Marín, luego de que fuera observado arrojando una bolsa plástica de color negro, la que en su interior contenía 20 cigarrillos envueltos en papel blanco, mismos que estaban elaborados con una sustancia vegetal con características similares a la marihuana.

La sustancia fue sometida a prueba de identificación preliminar homologada (PIPH) y arrojó como resultado 48.4 gramos positivos para cannabis o marihuana.

El capturado fue acusado por la Fiscalía General de la Nación, mediante escrito presentado el 14 de marzo de 2016, requerimiento fiscal que se concretó en audiencia celebrada el 22 de agosto siguiente, como autor responsable del punible de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo, de que trata el artículo 376 inciso segundo del C.P. Realizado el juicio oral el *a quo* profirió la sentencia que se revisa, y en ella se halló penalmente responsable al acusado y se le condenó a las sanciones de sesenta y cuatro (64) meses de prisión, multa de 0.33 smlmv e inhabilitación para el ejercicio de funciones y cargos públicos por el mismo lapso; no se le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia, ni la prisión domiciliaria.

II. DECISIÓN OBJETO DE RECURSO

Las partes estipularon como probados los hechos relacionados con la plena identificación del acusado y la cantidad y mismidad de la sustancia incautada.

Destacó el *a quo* que al juicio acudieron los agentes de la Policía Nacional Luis Eliecer Verdez Torres y Wilson Moreno Poveda, quienes al unísono relataron como el 11 de febrero de 2016, en un sector del barrio El Congolo de Bello conocido por ser expendio de estupefacientes, fue capturado el señor Rúa Marín, quien fue observado segundos antes por los uniformados cuando se desprendía de una bolsa que en su interior contenía los 20

cigarrillos de marihuana. El patrullero Moreno Poveda manifestó que en anteriores oportunidades había visto al detenido realizando labores de “*campanero*”.

Consideró el Juez que con lo anterior, la Fiscalía acreditó lo atinente a la existencia de la sustancia prohibida, su cantidad estimada en 48.4 gramos de marihuana, además de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon el sorprendimiento de quien la portaba.

En cuanto a la antijuridicidad de la conducta cometida, señala que la hipótesis delictiva en estudio es un tipo penal de peligro abstracto, de manera que no exige concreción del daño al bien jurídico tutelado, y por ello el solo hecho de transportar, introducir al país, almacenar, conservar o llevar consigo, pone en peligro la salud pública.

III: DEL RECURSO

Aduce el recurrente, que no hay duda de la captura en flagrancia del señor Cristian Alexis Rúa Marín, pero de esos hechos no puede desprenderse que dicho ciudadano no tuviese esa poca cantidad de droga destinada a su consumo personal.

Critica que para condenar se hayan tenido en cuenta las manifestaciones de los policiales que refirieron haber conocido desde antes al acusado, tildándolo como un “*campanero*”, sin que este comentario pueda haber sido soportado en un algún medio probatorio. Destaca igualmente que uno de los policiales manifestó haber sometido a requisa al acusado en anterior oportunidad sin encontrarle nada, de lo cual se infiere un interés de los gendarmes por requerirlo en múltiples ocasiones, al parecer por su condición de consumidor.

Afirma ha sido reiterada la jurisprudencia en el sentido de que para los consumidores que exceden un poco la llamada dosis personal, no se encuentra presente ninguno de los elementos del delito, pues su conducta deviene en atípica.

Dice que las Cortes también han desarrollado el criterio de la dosis de aprovisionamiento, la cual parte de la base de reconocer la realidad sobre la cual se desenvuelve la conducta de los

consumidores, pues su estado de adicción les impide controlarse y para satisfacer sus necesidades deben desarrollar una conducta prohibida (conseguir estupefacientes).

Considera que a la Fiscalía le faltó demostrar en el juicio que el comportamiento y la dosis incautada al acusado no estaba destinada únicamente para su consumo, sino para afectar bienes jurídicos de los demás ciudadanos, todo ello sumado al principio de presunción de inocencia.

Finalmente aduce que su protegido no fue visto por testigos en intercambio de mercancía prohibida, ni encontrado con dinero producto de esas negociaciones, por lo que no se puede inferir que la sustancia iba a ser usada para su comercialización.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. En primer término ha de manifestarse que esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004.

2. El problema jurídico planteado por el recurrente puede enunciarse en el sentido de establecer si en el caso bajo examen es posible o no arribar a una conclusión de responsabilidad penal con base en los hechos que fueron estipulados por las partes, aunado al testimonio en juicio de los agentes del orden que participaron en el operativo de captura en flagrancia.

La defensa recurrente afirma que no es posible, pues con los elementos arrojados al juicio no se pudo acreditar la antijuridicidad de la conducta que en su opinión tiene que ver con el daño al bien jurídico tutelado. En respaldo de su afirmación el censor afirmó que la Fiscalía debió demostrar que la dosis encontrada a su defendido, no estaba destinada únicamente a su consumo, y que por el contrario, estaba orientada a la comercialización.

3. Para resolver el problema propuesto, basta recordar que las partes estipularon la naturaleza, calidad y cantidad de sustancia encontrada en poder del acusado y su plena identidad. Aunado

a ello, con la declaración en juicio de los agentes de la Policía Nacional, Luis Eliecer Verdeza Torres y Wilson Alberto Moreno Poveda, se probaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo la captura de dicho ciudadano luego de intentar deshacerse de la sustancia ilícita.

Expresado de diferente manera, debe entenderse demostrado en la actuación que Rúa Marín fue sorprendido por la Policía llevando consigo 20 cigarrillos de marihuana, almacenados en una bolsa plástica que tiró al ver a los uniformados. El peso neto del material incautado resultó ser de 48.4 gramos.

Ahora, los anteriores hechos, se adecuan a la descripción típica contenida en el inciso segundo del artículo 376 del C.P¹. en la modalidad de llevar consigo, tipo penal que ha sido considerado por la doctrina y la jurisprudencia como de peligro presunto, lo que significa que su antijuridicidad se da por establecida solo con demostrar su tipicidad. Ahora, por tratarse de una presunción, esta se interpreta en contra de una de las partes, para el caso, el acusado. No obstante, también ha considerado la jurisprudencia que se está ante una presunción *iuris tantum*², es decir, de aquellas que admiten prueba en contrario, lo que constituye una carga en cabeza de la defensa que se verá liberada de tal presunción demostrando que el acusado es adicto o consumidor habitual, a fin de que la carga probatoria se traslade nuevamente a la Fiscalía, esta vez, en dirección a que demuestre que la sustancia tiene un fin distinto al propio

¹ ARTICULO 376. TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> <Artículo modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

<Inciso adicionado por el artículo 13 del Ley 1787 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> Las sanciones previstas en este artículo, no aplicarán para el uso médico y científico del cannabis siempre y cuando se tengan las licencias otorgadas, ya sea por el Ministerio de Salud y Protección Social o el Ministerio de Justicia y del Derecho, según sus competencias.

² *ibíd.*

consumo. Si la defensa no procede de conformidad, esto es, demostrando que su patrocinado es consumidor habitual o adicto, a la Fiscalía le basta con demostrar que el agente portaba una cantidad superior a la dosis personal, para entender que la conducta, además de típica es antijurídica.

Ahora bien, es claro que la jurisprudencia constitucional ha avalado la existencia de tipos penales de peligro presunto como el de porte de estupefacientes, que de ninguna manera ha desaparecido de nuestro ordenamiento, ello, bajo la condición de que se trate de un peligro próximo, inmediato, palpable no lejano. Sobre lo primero ha sostenido la Corte:

8.3.1. La moderna sociedad de riesgo ha transformado profundamente los conceptos tradicionales del derecho penal y la política criminal. El abandono de los principios seculares de un derecho penal liberal y la expansión de la intervención punitiva del estado en muchos ámbitos, es una de sus características. La necesidad de controlar los inmensos riesgos que se originan en la época que más adelantos tecnológicos ha producido en la historia de la humanidad, hizo indispensable anticipar la protección de los bienes jurídicos a una etapa anterior al efectivo menoscabo de los valores fundamentales de una sociedad.³ Para ello se utiliza, entre otros instrumentos, la técnica de los tipos de peligro, que se caracterizan porque la punibilidad de un comportamiento no depende de la efectiva lesión del objeto de protección penal, sino simplemente de la probabilidad de un daño para el mismo.

Cuando el Estado decide anticipar el ámbito de protección a una etapa anterior a la vulneración efectiva de un bien jurídico, puede emplear básicamente dos alternativas:

i) Hacer punible una simple actividad peligrosa que, en virtud de una valoración anticipada del legislador se considera necesaria de intervención penal. Se trata de los llamados delitos de peligro abstracto, en los cuales la simple realización de la actividad prohibida es relevante para el tipo, sin que se requiera verificar que realmente ha producido una situación de riesgo para los bienes jurídicos protegidos^{4, 5}.

Sobre lo segundo se ha manifestado en los siguientes términos:

En los tipos de peligro debe considerarse la mayor o menor cercanía de la conducta peligrosa al bien jurídico protegido. Cuando el peligro es remoto, el bien no se halla amenazado en forma concreta, y lo que en realidad se castiga es la mera desobediencia o violación formal de la ley con la realización de una acción inocua en si misma. En última instancia, la potencialidad dañina que encierra la conducta

³ Cfr. Jesús-María Silva Sánchez. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Cuadernos civitas. Madrid. 1999. Págs. 21 y ss

⁴ Cfr. Blanca Mendoza Buergo. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Civitas. Madrid. 2000. Págs. 78 y ss.

⁵ Cfr. Sentencia C-939-2002.

se juzga realizable a partir de consideraciones que involucran no al acto mismo sino a su autor. Por el contrario, cuando el peligro es próximo porque la realización de la conducta está vinculada con la potenciación de un daño concreto, resulta justificada la represión de la misma, pues el derecho penal no sólo tiene por objeto sancionar los delitos, sino también prevenirlos.⁶

De acuerdo con la cita precedente, se equivoca en censor cuando exige que además de la tipicidad la fiscalía debió demostrar el daño al bien jurídico tutelado, ello, en razón a que por tratarse de un delito de peligro presunto, bastaba contar con elementos que permitieran calificarlo como próximo, no remoto, condición que se satisface con creces en el *sub lite*. Veamos las razones de este aserto:

Es claro, pues así lo admitió la defensa, que el acusado llevaba consigo una sustancia para nada insignificante de yerba, más de dos veces la dosis personal, que los llevaba además distribuidos en 20 cigarrillos, con lo cual el peligro sobre el bien jurídico tutelado es latente, pues la posibilidad de que se compartan a cualquier título también lo es. Si a ello se suma que no se acreditó en el juicio, ya fuera con estipulaciones o prueba testimonial, la condición de consumidor o adicto del acusado, que de todos modos es una circunstancia imputable a la defensa material, queda claro que la Fiscalía cumplió con su carga probatoria, generando la correlativa carga para la defensa que se quedó corta en esa tarea.

Finalmente, la conciencia de la antijuridicidad de la conducta como elemento de la culpabilidad también aparece clara, de los mismos hechos demostrados testimonialmente en relación con la captura, donde se estableció que llevaba la yerba en una bolsa y al ver a los policiales se descargó de la misma.

Así las cosas, la Sala debe darle la razón al *a quo* en cuanto al sentido de su decisión.

4. Ahora bien, las referencias que realiza la defensa en cuanto a una posible dosis de aprovisionamiento, resultan impertinentes ante la falta de prueba en el plenario sobre la condición de adicto o consumidor habitual de su cliente, que se constituye en la base sobre la cual la Corte sustenta la línea jurisprudencial que en los últimos días ha hecho carrera en el sentido de entender atípica la conducta de llevar consigo cuando quien lo hace es un consumidor habitual o adicto⁷, sin que la fiscalía demuestre que el destino de la sustancia es diferente al propio consumo. Es claro que se trata de un hecho no demostrado en el juicio, sin que se pueda acudir en su defecto a algún documento acompañante de las estipulaciones

⁶ Cfr. Sentencia C-430-1996.

⁷ Corte Suprema de Justicia, sentencia 43.725. SP3605-2017 (Aprobado Acta número 83) del 15 de marzo de 2017

para demostrar esa calidad, criterio que ha ratificado la Corte Suprema en innumerables decisiones, una de las cuales se cita a continuación:

“Una estipulación es un convenio, un acuerdo que, en este caso, comporta que las partes dan por demostrados, por verificados, los aspectos reseñados taxativamente en la norma, de lo cual surge que los mismos quedan excluidos de someterlos al sistema probatorio dentro del juicio, razón por la cual la estipulación misma, sin más aditamentos, constituye la prueba del hecho o circunstancia, de donde deriva que no existe la carga de anexar elemento alguno para respaldar la estipulación, por lo cual se tiene que si las partes tuvieron a bien aportar algún soporte en respaldo del pacto, el mismo no tiene incidencia alguna, pues no puede probar ni menos ni más de lo acordado.

“Por tanto, si alguna consideración puede darse a ese anexo, que no debe serlo pues la prueba es la estipulación, la misma apunta única y exclusivamente al hecho, a la circunstancia que expresamente convinieron las partes.

Si el anexo allegado inoficiosamente como soporte de la estipulación refiere aspectos diversos del hecho concreto acordado, estos no pueden ser apreciados en ningún sentido, por la razón simple pero evidente de que ese anexo no es prueba alguna, en la medida en que no ha sido introducido bajo los lineamientos del proceso penal, esto es, no ha sido descubierto, enunciado, ni pedido como prueba, ni, menos, allegado como tal dentro del debate oral, público y contradictorio.

En ese contexto, si el funcionario apoya su decisión en un elemento allegado como soporte de la estipulación, por fuera de lo expresamente acordado, deriva incontrastable que falsea el contenido real de la prueba, que no es cosa diversa al hecho estipulado. A la par, como hipótesis puede considerarse que esa forma de apreciación lo que hace, en esencia, es suponer una prueba inexistente, en tanto ese anexo no tiene connotación de prueba, menos si se lo usa para acreditar aspectos no convenidos.”⁸

En razón de lo hasta aquí discurrido la decisión será confirmada.

Por lo anterior la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución **CONFIRMA** la sentencia de fecha, origen y contenido indicados.

La presente decisión se notifica en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

CÚMPLASE.

⁸ Corte Suprema de Justicia. Radicado 38975 del 6 de febrero de 2013.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
Sala de Decisión Penal
Radicado 05 212 60 0202 2016 00009

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO

NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO