

Sentencia segunda instancia Ley 906

Acusado: Cristian camilo Bravo Pino

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Radicado: 05001 60 00206 2016 31765

(0475-17)



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, jueves, catorce de diciembre de dos mil diecisiete

Aprobado mediante acta número 0159 del once de diciembre de
dos mil diecisiete

Magistrado Ponente
Ricardo De La Pava Marulanda

Por apelación interpuesta y sustentada por la Fiscal 94 Seccional de Medellín, conoce en segunda instancia esta Corporación el fallo proferido el 09 de octubre de 2017 por el Juez Doce Penal del Circuito de esta ciudad mediante el cual absolvió al acusado CRISTIAN CAMILO BRAVO PINO, quien había sido vinculado a la actuación por el delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, en la modalidad de llevar consigo.

1. ANTECEDENTES

Los hechos que dieron origen a la presente actuación fueron narrados así en el escrito de acusación:

"El día 20 de junio de 2016 a eso de las 19:32 horas aproximadamente, agentes de la Policía Nacional que se encontraban en labores de patrullaje y de rutina por la carrera 53 con calle 53 centro de Medellín, vía pública, observan a un ciudadano que viste de chaqueta azul con color blanco y pantalón corte de color azul con rayas blancas y tenis blancos con rayas azules, pasa por el lado de los policiales y le practican requisita en la que se le siente algo en el bolsillo derecho de la chaqueta, le solicitan sacar lo que llevaba y hace entrega de 25 bolsas blancas herméticas que contienen una sustancia pulverulenta de color blanco que por sus características se asemeja a la base de coca..."

La prueba PIPH arrojó resultado positivo para cocaína y sus derivados con un peso neto de 25.2 gramos¹.

En diligencias preliminares realizadas el 21 de junio de 2016 ante el Juez Trece Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín, luego de declararse la legalidad del procedimiento de captura, la Fiscal 200 Local le formuló imputación al señor CRISTIAN CAMILO BRAVO PINO por la autoría del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad "llevar consigo", cargo que no fue aceptado por el imputado. En la misma diligencia la Fiscalía declinó de la solicitud

¹ Folio 8.

de medida de aseguramiento preventiva, por lo que el implicado fue dejado en libertad.

El escrito de acusación fue radicado el 07 de julio de 2016 y la formulación oral se llevó a cabo el 06 de diciembre siguiente ante el Juez Doce Penal del Circuito de Medellín, la audiencia preparatoria tuvo lugar el 25 de abril de 2017 y el juicio oral se evacuó el 10 de julio y el 21 de septiembre últimos, diligencia en la que se dictó el sentido del fallo absolutorio, y el 09 de octubre de esta anualidad se profirió la sentencia objeto de impugnación.

2. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El sentenciador de primera instancia concluye que la prueba de cargo presentada por la Fiscalía no conduce a la materialidad de la conducta punible ni a la responsabilidad del señor CRISTIAN CAMILO BRAVO PINO. Específicamente argumentó que la nueva línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia gira en torno a que el artículo 376 del código penal contiene de manera tácita un elemento subjetivo, esto es, que para la configuración de la tipicidad, en tratándose de porte de estupefacientes, la Fiscalía debe demostrar necesariamente que la finalidad de dicha tenencia es la comercialización del narcótico.

Señaló que en el sub judice no es posible entender que solo por el hecho de que la sustancia incautada superó ligeramente la cantidad aducida por el acusado como la adquirida, entonces por ello este mintiendo en su exculpación cuando

argumenta que la droga la llevaba para su propio consumo y por encargo de otros tres amigos que también son consumidores, pues se disponían a asistir a un paseo todos juntos, lo que se entiende como una dosis compartida y no que tuviera una finalidad de comercialización o distribución a título gratuito.

Concluyó que lo anterior claramente indica que el comportamiento del señor BRAVO PINO resulta atípico, por lo que al no encontrar acreditados todos los elementos estructurales del tipo penal endilgado lo que se imponía era la absolución del implicado.

3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO

La delegada de la Fiscalía manifestó su inconformidad con la sentencia de primera instancia al considerar que la valoración probatoria que hizo el fallador de los medios aducidos a juicio resulta indebida, ya que le correspondía analizar los mismos en conjunto y no de manera aislada como realmente lo hizo.

Específicamente expuso que no puede el a quo mutar los elementos estructurales del tipo penal atribuyendo a un delito de mera conducta un carácter de resultado dañoso, pues reclama lesividad efectiva al bien jurídico de la salud pública para estructurar la conducta punible cuando el verbo rector llevar consigo está indiscutiblemente seleccionado por el legislador para prohibir y sancionar un comportamiento que de suyo genera riesgo

para la salud, máxime cuando este vocablo continua vigente en nuestra legislación.

Es así como considera que la prueba recaudada en juicio claramente da cuenta que lo portado por el procesado no constituía una dosis compartida, pues de la prueba aportada al juicio se tiene que este tenía el estupefaciente con fines de distribución, máxime cuando las testigos de descargos manifestaron que el implicado siempre consumía con amigos hombres y en la deponencia el señor CRISTIAN CAMILO indicó que el narcótico también sería ingerido por su amiga ESTEFANIA, imprecisiones que considera graves. Además, estima que existió adoctrinamiento por parte del acusado sobre su progenitora y su hermana para que aseveraran que la cantidad de droga que se le había incautado eran solo 20 gramos de cocaína, confabulación que no coincide con la dosis con la que fue sorprendido en flagrancia.

Considera muy censurable el hecho de que por acreditarse la condición de consumidor del acusado se presuma que lo incautado constituye una dosis compartida sin prueba alguna, por lo que este hecho, *per se*, no desvirtúa la comisión de conductas como la que ahora se le endilga y por ende no desdice de la antijuridicidad material de la misma. Y frene a este tema hizo relación también a dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia en las que se establece que la exoneración de responsabilidad penal procede solo en los casos en los que se acredita que el estupefaciente incautado es el requerido exclusivamente para el propio consumo del sujeto activo.

En virtud de lo anterior deprecó la revocatoria del fallo de primera instancia y la consecuente condena del señor CRISTIAN CAMILO PINO BRAVO conforme a los términos de la acusación.

4. CONSIDERACIONES

Es competente esta Corporación para examinar, por vía de apelación, el fallo absolutorio proferido por el Juez Doce Penal del Circuito de Medellín, de conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004. El examen se contraerá exclusivamente a los temas del disenso dada la naturaleza rogada de la segunda instancia.

En términos generales la censora cuestiona el juicio de antijuridicidad realizado en torno a la conducta desplegada por el señor CRISTIAN CAMILO PINO BRAVO, pues, desde su punto de vista, la judicatura de primer grado erró al pretender mutar los elementos estructurales del tipo penal atribuyéndole a un delito de mera conducta el carácter de resultado dañoso, con lo que también modifica su función jurisdiccional por una legislativa para desconocer el contenido expreso e inequívoco de la norma penal -artículo 376 del código penal-.

En efecto, respecto al tema objeto de debate, esto es, la antijuridicidad de la conducta en los delitos de peligro abstracto, específicamente en el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, tenemos que en teoría quien lleva consigo

cantidades ligeramente superiores a la dosis legal consagrada en el literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986 (20 gramos de marihuana y 1 de cocaína o sustancia a base de cocaína, entre otros), destinadas a su propio consumo, no incurre en conducta punible porque *“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.”* (Radicado 31531 de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente doctor YESID RAMÍREZ BASTIDAS).

Desde esta óptica tendría razón la delegada de la Fiscalía en su planteamiento teórico pues la jurisprudencia así ha razonado en los últimos tiempos, conservando una línea uniforme de pensamiento en esta materia. Pero también ha sostenido que la conclusión anterior no puede constituir una generalidad per se, sino que debe someterse en cada caso concreto a la respectiva valoración de manera singular.

Es así como la jurisprudencia en distintos pronunciamientos había referido, para conducir el asunto por la falta de antijuridicidad material respecto al delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, que el porte de cantidades ligeramente superiores a la dosis personal definida en el literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986, debían ser mínimas, insignificantes e irrelevantes.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia varió el criterio que tenía respecto al porte de estupefacientes en la modalidad de llevar consigo, flexibilizando su posición inicial y determinando que el examen de cada caso necesariamente debe partir no solo de la cantidad de ilícita sustancia que lleve el adicto², pues si (i) la misma es insignificamente superior a la dosis legal la conducta es típica pero carente de antijuridicidad material; (ii) si la cantidad de estupefaciente supera de manera significativa, pero no desmedida, la dosis personal, la antijuridicidad se basará en una presunción legal, y ya no de derecho, por lo que las partes podrán desvirtuarla demostrando que tal cantidad es para el exclusivo consumo personal; y (iii) si lo portado desborda de manera desmesurada la dosis personal la conducta es típica y, además, antijurídica³.

En ese sentido se estableció que la cantidad de droga incautada deja de ser concluyente a efectos de establecer la lesividad de la conducta, por lo que en todos los delitos de peligro abstracto debe tener cabida la presunción *iuris tantum* para desvirtuar el carácter antijurídico que llevaría implícito las acciones de llevar consigo sustancias estupefacientes en dosis superiores a la establecidas como de uso personal.

Posteriormente, en sentencia SP 2940-2016, radicado N° 41760 del 09 de marzo de 2016, Magistrado Ponente Doctor EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, la Alta Corporación retomó la discusión planteando lo siguiente:

² Este elemento no es el único definitorio de la antijuridicidad, sino solo uno más de los que habrán de valorarse a fin de determinar la ilicitud del porte.

³ Sentencia 42617 del 12 de noviembre de 2014, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

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

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

Como se puede apreciar, se trata de una nueva perspectiva jurisprudencial que involucra en la discusión el tema de la finalidad con la cual es portada la sustancia estupefaciente por parte de la persona que es sorprendida en posesión de la misma, la que debe examinarse en sede de tipicidad como ingrediente subjetivo, de tal suerte que si ese propósito apunta al consumo, sin importar la cantidad, estaremos frente a una conducta atípica. Claro está que no estaríamos hablando de cantidades desproporcionadas y exageradas que superen, racionalmente, las necesidades de consumo de la persona adicta.

Pero la Corte fue más allá en el precedente analizado, en cuanto a la presunción legal que contiene el artículo 376 del Código Penal, modificado por el 11 de la Ley 1453 de 2011, al asignarle a la Fiscalía la carga de la prueba en punto de la

demostración de la finalidad del porte de la sustancia, diferente al propio consumo de quien la lleva consigo. Textualmente dijo:

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

Al reglamentar el consumo, la adicción o la situación del enfermo dependiente y establecer que su conducta ha de entenderse como un problema de salud y que únicamente admite como medidas de control por parte del Estado tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, se está partiendo del supuesto que tales personas están autorizadas a portar y consumir una cantidad de droga, sin que esa acción y porción corresponda a la descripción típica del artículo 376 del C.P.

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

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

Por tanto, la dosis personal que genera atipicidad de la conducta por la circunstancia de cantidad no es solamente la que determina el literal j) del artículo 2º 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 prueba 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 e 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”.

De lo anterior se infiere que la cantidad de estupefaciente materia de incautación debe examinarse en cada caso concreto, sin sujeción a las cantidades señaladas por la Ley 30 de 1986, siendo carga de la Fiscalía probar que lo incautado no es para el consumo de quien lo lleva consigo, es decir, que tiene una finalidad diferente.

Al respecto, recientemente la Alta Corporación reiteró en la necesidad de analizar la intención o el propósito de quien es hallado llevando consigo sustancia psicotrópica en punto de determinar la efectiva lesividad de la conducta, además de que ahondó sobre la responsabilidad exclusiva de la Fiscalía de probar dicha finalidad en el porte de estupefacientes.

"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 injusto⁴, 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.

...

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.

...

⁴ 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.

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.⁵ (Negritillas propias de la Sala)

Es así como la Sala, luego de hacer las precisiones que anteceden sobre la normatividad y el actual criterio jurisprudencial sobre el porte de estupefacientes, entrará a estudiar la actuación penal desarrollada en primera instancia y la solicitud elevada por la delegada de la Fiscalía en su impugnación respecto a la remoción de fallo absolutorio dado que el mismo se fundamentó en una errada aplicación sobre la presunción de la antijuridicidad de la conducta en los delitos de peligro abstracto.

Pues bien, tenemos en el sub iudice y de conformidad con la información contenida en el escrito de acusación, que el señor CRISTIAN CAMILO BRAVO PINO fue capturado en vía pública el día 20 de junio de 2016 al habersele encontrado en su poder 25 bolsas herméticas contentivas de un polvo blanco, sustancia que luego de haber sido sometida a la prueba PIPH dio positivo para cocaína y sus derivados con un peso neto de 25.2 gramos. En las audiencias preliminares, luego de haberse declarado la legalidad del procedimiento de captura y haberse realizado la imputación, el procesado fue dejado en libertad ante la declinación de la Fiscalía de la solicitud de imposición de la medida de aseguramiento preventiva.

⁵ Sentencia 44997 del 11 de julio de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

En el transcurso del proceso penal se realizaron estipulaciones probatorias entre las partes dando por cierto la captura del implicado en posesión de 25.2 gramos de cocaína y la plena identidad del mismo; se recibió como prueba de descargos la declaración del acusado y de su progenitora y su hermana, las señoras LILIAM PINO y ANA ALEJANDRA BRAVO PINO, mediante las cuales se puso de presente la calidad de consumidor habitual de marihuana y cocaína del señor BRAVO PINO desde hace cinco años, que estuvo en el centro de rehabilitación San José por espacio de 8 meses pero que al salir de allí volvió a la narco dependencia; y se emitió sentencia absolutoria a favor del acusado al considerarse que *"...estamos en presencia de una persona que llevaba la sustancia estupefaciente para compartirla con sus amigos, porque él también, al igual que sus amigos es consumidor. No se probó que la llevaba para comercializar con ella, menos se estableció que la finalidad del porte era la distribución gratuita a otras personas. El mero dicho no desvirtuado del acusado, secundado por su madre y hermana, es suficiente para dar por establecido que la sustancia que llevaba Bravo Pino era una dosis mancomunada... lo que conduce de manera inevitable a absolverlo porque su comportamiento es atípico..."*⁶.

De conformidad con lo expuesto en precedencia, encuentra la Sala que la tesis planteada por el juzgador de instancia encuadra con lo dispuesto en la jurisprudencia citada en esta providencia toda vez que con los medios de conocimiento allegados al proceso es posible concluir que la sustancia incautada al señor CRISTIAN CAMILO BRAVO PINO estaba destinada para su

⁶ Acápites "CONSIDERACIONES PREVIAS A LA DECISIÓN" de la sentencia de primera instancia. Folio 55.

consumo personal, pues recuérdese que en el momento en que se produjo su captura éste se encontraba solo y además no se le halló dinero en su poder.

Lo anterior por cuanto tenemos que la Fiscalía, en su plan de trabajo metodológico, no desarrolló ninguna labor investigativa por medio de la cual se lograra establecer que el señor BRAVO PINO tenía la sustancia estupefaciente en su poder con el propósito de traficarla en cualquiera de sus modalidades –pese a que el mismo acusado dijo haberla comprado con el dinero recogido entre varias personas que iban a ir a un paseo en una finca-, siendo su obligación legal constituir dicha prueba en punto de demostrar la real lesividad del accionar del procesado, pues como quedó fijado con las citas jurisprudenciales transcritas, dicha revelación resulta necesaria en aras de identificar con claridad la carga de intencionalidad y el sentido de la conducta por cuanto quedaron proscritos los planteamientos de antijuricidad objetiva en este tipo de delitos de peligro abstracto.

Y en ese sentido no le asiste razón a la delegada Fiscal cuando afirma que es la defensa quien tenía la carga de probar que la sustancia incautada se tratase de una dosis compartida entre su poderdante y algunos de sus amigos a fin de evitar el proferimiento del juicio de reproche, pues no se puede trasladar los efectos de la inacción del ente acusador en este punto concreto a su contraparte en desmedro de las garantías procesales que le asisten al implicado.

Claramente es esa la naturaleza que le ha atribuido el desarrollo jurisprudencial reciente a la función legal que debe

cumplir la Fiscalía General de la Nación en orden a establecer la materialidad de las conductas punibles y la responsabilidad de quienes son vinculados al proceso penal. Recordemos que en la sentencia N° 44997 la corte Suprema de Justicia puntualmente anotó:

*"En primer lugar, advierte la Sala que el Tribunal en franca contradicción con los incisos segundo y tercero del artículo 7º 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.**"*(Negrillas propias de la Sala).

Entonces, como la cantidad de estupefaciente que le fue hallada al señor CRISTIAN CAMILO BRAVO PINO supera de manera significativa, pero no desmedida, la dosis personal, y no existe medio de convicción que indique que el implicado se disponía a comercializarla con otras personas, la conducta resulta atípica por cuanto no puede decirse que la misma iba encaminada a satisfacer el tráfico de estupefacientes.

No debe olvidarse que para lograr una sentencia condenatoria la conducta desplegada por el agente debe encuadrar no solo en el respectivo tipo penal, sino que también debe tener la facultad de lesionar los bienes jurídicamente tutelados, encontrando que dichos requisitos no se cumplen en este caso por lo que se confirmará la decisión de primera instancia.

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

FALLA

CONFIRMAR la sentencia de naturaleza y origen
conocidos.

Contra esta decisión procede el recurso
extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la
Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ

Magistrado

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado