



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

## SALA PENAL

Radicado: 05001-60-00-206-2015-36189  
Procesado: Leonardo Favio Montoya Mazo  
Delito: Tráfico, fabricación o porte de  
estupefacientes  
Asunto: Apelación de sentencia absolutoria  
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No.178

Medellín, cinco (05) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

### 1. VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de la sentencia proferida el 14 de diciembre de 2016 por el Juzgado 16° Penal del Circuito de Medellín, que absolvió al procesado *Leonardo Favio Montoya Mazo* del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

### 2. EL HECHO

El 23 de julio de 2015, a eso de las 5:20 p.m., agentes de la Policía Nacional que realizaban labores de patrullaje por la carrera 51D con calle 55 de esta ciudad, requisaron a una persona que se encontraba caminando y al palparle un abultamiento en el bolsillo derecho de su pantalón, el transeúnte voluntariamente sacó del mismo dos bolsas plásticas que en su interior contenían 12 cigarrillos de marihuana, cuyo peso neto es de 3.2 gramos y 12 bolsas plásticas transparentes con 16.5 gramos de cocaína, motivo por el cual fue capturada. La persona

aprehendida se identificó en su momento como *Javier Montoya Mazo*, pero posteriormente se puede establecer que su verdadera identidad es *Leonardo Favio Montoya Mazo*.

### 3. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

La Fiscalía se queja por cuanto el juez de primer grado habría omitido valorar los elementos de prueba aportados, con los cuales, a pesar de tratarse de estipulaciones, brindan razones de la cabal demostración de la materialidad del delito y de la responsabilidad del procesado. Es así como alude a los hechos antes mencionados y considera que el comportamiento del acusado encaja en la descripción típica contenida en el artículo 376 del Código Penal, modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, en el que se encuentra el verbo rector: llevar consigo sustancia estupefaciente. Además, estima que la Fiscalía acreditó plenamente la antijuridicidad material de la conducta endilgada, pero el juez estructuró el argumento de ausencia de lesividad del bien jurídico tutelado con base en suposiciones.

Al respecto considera que la suposición del carácter de adicto o consumidor del acusado, jamás fue demostrada por la defensa en el juicio oral; no obstante, el juzgado llegó a esa conclusión solo porque en las estipulaciones se reconoció la circunstancia de marginalidad por la condición de ventero ambulante en el centro de Medellín y estar en el SISBEN, pese a que de esto no puede derivarse la condición de adicto, indicándose que al ser una persona marginal, palia sus dificultades de vida por medio del consumo de estupefacientes, pues no todos los habitantes de calle lo son por causa de la drogadicción, porque otras circunstancias pueden conducir a esa situación.

Hace alusión a la consideración efectuada por el juez en el sentido de que cuando se trata de delitos de porte de estupefacientes

en pequeñas cantidades de las que no se ha aclarado su finalidad última, las especulaciones se hacen para absolver y no para condenar, y que a la Fiscalía le corresponde la carga de la prueba.

Afirma el recurrente que con las anteriores suposiciones y con base en el principio de presunción de inocencia, el contenido del acto legislativo 02 de 2009 y el artículo 1 de la Ley 1566 de 2012, el juez dio por sentado que el estupefaciente incautado al acusado estaba destinado a su propio consumo y por ende, no afectó ni puso en peligro efectivo el bien jurídico de la salud pública; no obstante, considera el apelante que el juez omitió valorar otros elementos materiales de prueba que indicaban lo contrario y ratifican la presunción de antijuridicidad material que cobija a los delitos de peligro abstracto, como el presente. Sostiene que en ese sentido, existen los informes sobre la aprehensión del acusado en los que no se insinúa que estuviera desarrollando una actividad propia de consumo; además, considera que al haberse sobrepasado en más de 15 veces el límite permitido para la dosis de cocaína, así como su presentación en 12 bolsas, y llevar consigo la otra sustancia prohibida a pesar de sobrepasar la dosis personal pero estar distribuida en 12 cigarrillos, puede inferirse razonablemente fines distintos al consumo personal. También alude a la incapacidad económica que conllevó la estipulación de la circunstancia de marginalidad, que hace improbable la adquisición de la droga para el aprovisionamiento.

Alega que con la decisión recurrida se desconoció el principio de la carga dinámica de la prueba al imponerse a la Fiscalía una carga que no le corresponde, como es aportar pruebas que excusen el comportamiento del imputado o demuestren un fin distinto y adicional al llevar consigo estupefaciente, librando a la defensa de aportar prueba con miras a desvirtuar la presunción de antijuridicidad que pesa sobre cantidades de sustancia como la incautada. Así mismo, considera que se

vulnera el principio de necesidad de la prueba porque el juez recurrió a la presunción de la calidad de consumidor o adicto del procesado con base en un hecho del que no puede extraerse dicha conclusión, como es el ser ventero ambulante y estar en el SISBEN.

Procede a efectuar un análisis de la línea jurisprudencial respecto al porte de estupefacientes para concluir que si bien la presunción de antijuridicidad para este tipo de delitos cuando se supera la dosis personal admite prueba en contrario como la del fin de consumo, ello no implica que se haya radicado en la Fiscalía la obligación de desvirtuar la presunción como lo entendió el juez, pues en un proceso de partes la prueba de incriminación le corresponde a la Fiscalía y la de descargos a la defensa. Finalmente, muestra su preocupación al considerar que con la tesis del juez se está afirmando que la actividad de porte de estupefaciente por sí sola dejó de ser punible, pues para que lo sea debe vincularse a otros verbos rectores como la venta o el suministro.

#### 4. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de primer grado hizo alusión al Acto Legislativo 002 de 2009 y a la Ley 1566 de 2012, así como a los pronunciamientos de las altas cortes y de los tribunales en los que se ha insistido en que cuando la sustancia estupefaciente que se posee se tiene en una cantidad compatible con el consumo de una persona y con esa finalidad, queda en duda o por lo menos no se acredita la tipicidad ni la lesividad. Advirtió que con la expedición de la Ley 1566 de 2012 se estableció la atipicidad de la conducta de portar para consumir, y en aquellas cantidades que sean compatibles con el consumo, que no sean exageradas y que no impliquen la distribución o la venta, le corresponde a la Fiscalía acreditar la tipicidad, es decir, la finalidad de distribución.

Consideró que cuando se trata de pequeñas cantidades en las que no se ha aclarado su finalidad última, corresponde especular para absolver y no para condenar, correspondiéndole a la Fiscalía acreditar que se tiene para un fin distinto al consumo para no conculcar la garantía establecida en el artículo 11 del Código Penal, además que el porte no forma parte de la antijuridicidad ni del tipo, es decir, que poseer para consumir no refleja una acción típica de tráfico de estupefacientes sino una conducta atípica.

Advirtió que así se entendiera que no basta lo anterior, se tiene que en este caso se pactó la concurrencia de la marginalidad, además de que el acusado es un vendedor ambulante que no tiene un lugar fijo, lo que lo ubica como una persona de la calle sin arraigo, por lo que debe darse mayor trascendencia a esa marginalidad, entendiendo que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta y por ende, el juzgador debe darle un trato más benigno, conforme a lo dispuesto en el artículo 7 del Código Penal, el artículo 13 de la Constitución Política y los artículos 26 y 27 del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, el juez de primer grado decidió emitir sentencia absolutoria a favor de *Leonardo Favio Montoya Mazo*.

## 5. CONSIDERACIONES

Del examen del aspecto impugnado el Tribunal percibe deficiencias en la acreditación de la tipicidad de la infracción al ordenamiento jurídico penal, conforme a la visión constitucional que impone el acto legislativo 02 de 2009 y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 9 de marzo de 2016, Rd.41.760, M. P. Dr. Eugenio Fernández Carlier, situación que conlleva a que se deba confirmar la absolución proferida a favor del señor *Leonardo Favio Montoya Mazo*.

Al margen de las pretensiones subjetivas del Gobierno que promovió la reforma constitucional que se plasmó en el acto legislativo señalado, lo cierto es que con esta nueva norma se cambió el enfoque punitivo por el enfoque preventivo, pedagógico, profiláctico o terapéutico para el consumidor que detentara estupefacientes con el fin de consumirlo.

Lo anterior se colige de su texto, que en lo pertinente dice:

ARTÍCULO 1o. El artículo 49 de la Constitución Política quedará así:

...

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

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

Este cambio constitucional se aviene de buena manera con otras obligaciones del Estado, incluso las señaladas al respecto por tratados internacionales, como destacó el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, en la sentencia mencionada en precedencia:

“Pero no sólo en el contexto interno se conmina a no tildar al consumidor o adicto a drogas como un delincuente, sino a tratarlo como enfermo; en el ambiente internacional en la 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—, se establece la

obligación de los Estados Partes de adoptar todas las medidas posibles para prevenir el uso indebido de tales sustancias, así como asegurar la pronta identificación, tratamiento y pos tratamiento, educación, rehabilitación y readaptación social de las personas afectadas.”

Ahora bien, aunque la impunidad del consumidor que tiene consigo estupefacientes para su propio consumo venía siendo tratada en la teoría del delito por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sede de antijuridicidad, en la que la Fiscalía se podría beneficiar respecto a la satisfacción de sus cargas probatorias con la presunción de peligro abstracto del delito por el que se procede, en el fallo citado se ubica acertadamente este aspecto en la tipicidad, cuando se dice: *“...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.”*

Esta Sala de Decisión acoge sin reserva alguna esta consideración de nuestro máximo organismo unificador de la jurisprudencia ordinaria, en tanto realmente el marco constitucional “excluye la posibilidad de imponer penas de reclusión en establecimientos carcelarios” para los consumidores en tanto su conducta no ingrese en el tráfico, como dice la providencia citada, porque en el evento fáctico señalado, la Constitución Política, norma de normas, faculta solo al legislador a establecer medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias.

Excluido el enfoque punitivo para el consumidor que no tenga el estupefaciente para el tráfico, no puede estimarse que la prohibición penal de su tenencia en esas circunstancias haga parte de la descripción de la conducta punible, causa por la cual la exigencia del ánimo de tráfico con el que se tenga la sustancia, como ingrediente subjetivo o finalidad, debe entenderse como un elemento implícito incluido en la descripción de la conducta, por fuerza de la disposición constitucional. Lo que aquí se dice no es nada distinto a que las normas legales deben interpretarse conforme a la Constitución Política.

Como en este caso no se practicaron pruebas sino que todo fue objeto de estipulación, es decir, la plena identidad del acusado, las circunstancias que rodearon su captura en flagrancia con posesión de estupefaciente, la calidad y cantidad de las sustancias incautadas, esto es, marihuana con un peso 3,2 gramos y cocaína con un peso neto de 16,5 gramos, así como las condiciones de marginalidad, no es posible deducir en modo alguno un contexto de tráfico. Si bien no se aludió a la calidad de consumidor de estupefacientes del procesado, tampoco se ha indicado en modo alguno que tuviese la sustancia para la venta, por lo que es acertado el argumento del juez de primer grado en el sentido que al no haberse acreditado por parte de la Fiscalía un fin distinto al consumo, opera el *in dubio pro reo*. De modo que debe presumirse las hipótesis fácticas más beneficiosas para el procesado, en este caso, que se trata de un consumidor y que el llevar consigo el estupefaciente no tenía por fin el tráfico de estupefaciente.

En efecto, no se estableció un contexto de tráfico y cualquier elucubración que se haga al respecto es especulativa. No se noticia sobre el expendio de la sustancias incautadas, específicamente la que da positivo para cocaína, en la modalidad conocida como base de coca y la cantidad por sí misma, que equivale a 15 dosis personales, no excluye que un consumidor antiguo la tuviese para su propio consumo. Pese a



que lo estipulado no autoriza a dar por probado sus soportes, los mismos, referidos a la captura, no indican en modo alguno un contexto de tráfico que conduzca a considerar que la Fiscalía cumplió con la carga probatoria de demostrar la tipicidad de la infracción.

Tampoco se dejó constancia que se le hubiere decomisado dinero al procesado y solo se dice que se encontraba caminando de modo que, aunque podría pensarse que transportaba la droga, también es posible pensar que algún ingreso extra le permitió decidirse por el aprovisionamiento del estupefaciente.

Aún si pudiese valorarse los soportes de las estipulaciones, por imperativos de justicia material, se encontrarían elementos de conocimiento que indican el ánimo de aprovisionamiento y no el de tráfico. En efecto, las circunstancias de la captura no muestran que fuese aprehendido el acusado en un lugar de expendio, ni en dicha actitud; así mismo, el aspecto fáctico permite entender presente en el caso que la cantidad de la sustancia a pesar de superar 15 dosis personales, equivale a una dosis de aprovisionamiento destinada al consumo individual sin riesgo para la salud de otras personas y sin mayor significación lesiva para otros bienes jurídicos que se han asociado a la tenencia de estupefacientes, como la afectación del orden económico social o el de la seguridad pública, que en términos reales depende más de la existencia de la prohibición del tráfico de drogas que del uso o tenencia de los estupefacientes.

En todo caso, la inactividad probatoria lo que fuerza a concluir es que no hay elemento de conocimiento alguno para deducir el destino de la sustancia, pues la Fiscalía se habría desentendido de aportar elementos de convicción que permitieran establecer un contexto de tráfico, manteniéndose vigente la probabilidad del aprovisionamiento de un consumidor, circunstancia que obliga a proferir la absolución, con

mayor razón cuando se trata de cocaína base puesto que no puede fácticamente desconocerse que su ingesta ordinariamente excede la escasa cantidad de un gramo. Al respecto, resulta bastante ilustrativo lo dicho por el Doctor César Augusto Giraldo cuando en su obra Medicina Forense, al abordar el estudio sobre la dosis personal, señaló lo siguiente:

“...En la cocaína es diferente si se trata de cocaína base (bazuca), la que contiene aún muchas impurezas, y las sales refinadas de cocaína. El verdadero farmacodependiente de la cocaína tiene estigmas de ese consumo, y por los efectos farmacológicos fugaces, la busca ahincadamente, a diferencia del consumidor ocasional, o el traficante menor, que no tiene esos estigmas. Es importante como primer paso establecer realmente el estado de consumo; si existen los estigmas de ese uso, ha sido nuestra experiencia, ver cómo cantidades hasta de 5 gms en el transcurso de un día, puede tolerarlos un habituado; si no existen estigmas de farmacodependencia, de ninguna manera aceptamos los 5 gms, y también nos enseña la experiencia que el usuario ocasional sólo suele mantener, de dos a tres “toques de bazuca”, que no superan cifras de medio a dos gramos...”

En estas circunstancias, juzga la Sala que opera la presunción de inocencia tanto respecto al fin con el que se tenía la sustancia como respecto a la calidad de consumidor del justiciable, causa por la cual se impone confirmar el fallo absolutorio.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## RESUELVE

Primero: Confirmar la sentencia recurrida, obra del Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Medellín, mediante la cual se absolvió al señor *Leonardo Favio Montoya Mazo* del delito de Tráfico, fabricación o

porte de estupefacientes, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

Segundo: Esta providencia queda notificada en estrado y contra ella procede el recurso de casación el que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes, luego de lo cual se deberá presentar la respectiva demanda ante este Tribunal dentro del término común de treinta (30) días.

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS  
MAGISTRADO

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN  
MAGISTRADO

MARITZA DEL SOCORRO ORTIZ CASTRO  
MAGISTRADA