



## **DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**

### **SALA PENAL DE DECISIÓN**

Medellín, jueves, quince de marzo de dos mil dieciocho

Aprobado mediante acta número 0025 del nueve de marzo de dos mil dieciocho

**Magistrado Ponente**  
**Ricardo De La Pava Marulanda**

Por apelación interpuesta y sustentada por el Fiscal 70 Seccional y el defensor, conoce en segunda instancia esta Corporación la providencia proferida el 14 de diciembre de 2017 por la Juez Treinta Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, mediante la cual negó la preclusión de la investigación solicitada por la Fiscalía a favor del procesado FARAN OLIMPO RIVERA MUÑOZ, vinculado por el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES.

## **1. ANTECEDENTES**

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

*"El 7 de junio de 2017, a las 19:40 horas, en la Calle 97 con Carrera 42B, Agentes de la Policía Nacional privan de su libertad al ciudadano **FARAN OLIMPO RIVERA MIÑOZ** tras sorprenderlo en posesión de **220 cigarrillos de marihuana que arrojaron un peso neto de 341 gramos...**"*

En diligencias preliminares realizadas el 08 de junio de 2017 ante la Juez Veintiocho Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín, luego de declararse la legalidad del procedimiento de captura, la Fiscal 129 Local le formuló imputación al señor FARAN OLIMPO RIVERA MUÑOZ 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 de medida de aseguramiento preventiva, por lo que el implicado fue dejado en libertad.

El escrito de acusación fue radicado el 15 de junio de 2017 y el 11 de agosto siguiente la delegada de la Fiscalía informó a la Juez Treinta Penal del Circuito de Medellín que deseaba cambiar el objeto de la audiencia por cuanto había llegado a un preacuerdo con el imputado, pasando a manifestar que la convención consiste en que el señor FARAN OLIMPO RIVERA MUÑOZ acepta la comisión de la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, verbo rector llevar consigo,

y en contraprestación la Fiscalía le reconoce la circunstancia de marginalidad y extrema pobreza, pactando un pena de doce (12) meses de prisión y multa de un salario mínimo legal mensual vigente, así como la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, negociación que no fue avalada por la judicatura de primer nivel al aducir que el otorgamiento de dicho subrogado no era procedente en atención a la prohibición legal contenida en el artículo 68A del código penal, decisión que fue apelada por las partes y confirmada en segunda instancia por esta Colegiatura.

En audiencia celebrada el 14 de diciembre pasado el Fiscal 70 Seccional de esta ciudad anunció que retiraba el escrito de acusación y pasó a solicitar la preclusión de la investigación, oportunidad en la que luego de citar algunos apartes de la providencia de segunda instancia proferida por esta Corporación el 17 de octubre de 2017, incluida la aclaración de voto que allí reposa y que hace alusión a la sentencia con radicado 44997 del 11 de julio de 2017, invocó las causales 4ª y 6ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 aduciendo que el comportamiento desplegado por el ciudadano FARAN OLIMPO RIVERA MUÑOZ no reviste la calidad de ser antijurídico materialmente por cuanto existe certeza de que es un consumidor de sustancias alucinógenas, conocimiento al que llegó a través de la verificación de arraigo y por lo que concluye que esa afectación no salió de su propio entorno por su actuar lesivo solo en lo que respecta a su salud.

Ahora, respecto a la segunda causal invocada, sustentó que si se acude a un juicio la Fiscalía no podría desvirtuar la presunción de inocencia del implicado por cuanto la Corte

Suprema de Justicia ya ha fijado unos parámetros según los cuales lo que procede en eventos como el estudiado es la preclusión de la investigación y no la emisión de una condena al tratarse de personas que ordinariamente tienen un problema de consumo de drogas.

## **2. LA DECISIÓN IMPUGNADA**

El a quo negó la preclusión de la investigación solicitada por la Fiscalía argumentando básicamente que de los elementos de convicción que obran en la carpeta queda plenamente acreditado una actitud externa y voluntaria por parte del señor FARAN OLIMPO RIVERA MUÑOZ que puede imputarse objetivamente en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes toda vez que el 07 de junio de 2017, al ser requerido por los agentes de policía para el registro personal y de sus pertenencias, manifestó de manera espontánea *“bien pueda mi agente, ese bolso lo estoy cuidando y es de cachetes”*, pasando a abrir el morral el cual contenía 220 cigarrillos de marihuana.

Considera que con lo anterior queda acreditado el elemento normativo de la puesta en peligro del bien jurídico tutelado toda vez que la cantidad de estupefaciente que le fue hallada al referido ciudadano sobrepasa la dosis permitida por la ley, sin que por parte alguna se esbozara que dicho alcaloide fuera para su propio consumo, pues, como ya lo indicó, en el informe de policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia quedó claro que el contenido del bolso no era de su propiedad, por lo que no puede inferirse de manera tan ligera que sí lo era y que los 341

gramos de droga es la porción que efectivamente el imputado necesita para satisfacer su consumo, con lo que se advierte la estructuración de la tipicidad de tal comportamiento a pesar de la manifestación hecha en el arraigo familiar sobre su calidad de consumidor de marihuana.

También adujo que no se observa una indagación integral o exhaustiva por parte del ente acusador como para deducir que ha agotado todas las opciones investigativas que indiquen que en efecto le sería imposible desvirtuar la presunción de inocencia del procesado a efectos de acreditar la causal 6º del artículo 332 del código de procedimiento penal, pues se cuentan con los mismos elementos materiales probatorios que fueron aportados desde los actos urgentes sin que se hayan allegado pesquisas diferentes.

Cita la sentencia con radicado N° 45949 del 28 de octubre de 2015 resaltando que la sola condición de adicto a la sustancia incautada no significa, *per se*, una preclusión o un fallo absolutorio sin importar la cantidad del alcaloide hallado, y que, en gracia de discusión y aceptándose que el estupefaciente fuera para su propio uso, no se probó la correlación entre la necesidad de consumo y el grado de adicción con la enorme dosis decomisada – aspectos personales del implicado-, de conformidad como lo señalado en la sentencia N° 44997 del 11 de julio de 2017, con los cuales se pudiera inferir razonablemente que el narcótico sí era para la ingesta propia, situación que debe ser debidamente demostrada al interior del proceso con pruebas idóneas para ello.

Y sobre la teoría de que la Fiscalía debe demostrar lo relativo al tráfico de estupefacientes como ingrediente subjetivo del tipo penal, expuso que no con ello puede soslayarse la función legal y constitucional que le fue encomendada al ente acusador, pues el peso de la sustancia puede ser relevante a la hora de establecer la estructuración de la conducta punible ya que de ella si es posible inferir de manera razonable el propósito que alentaba al portador de la misma.

Termina sosteniendo que admitir la solicitud de la Fiscalía llevaría al absurdo de concluir que por llevar cualquier cantidad de alucinógeno, por excesiva o desorbitante que sea, si no se tienen otros elementos materiales diferentes la consecuencia obligada sea absolver al implicado, incluso aun cuando se superen los umbrales previstos en los incisos 2º y 3º del artículo 376 del código penal, siendo entonces importante para el hecho que nos convoca la gran cantidad de sustancia estupefaciente que le fue encontrada al ciudadano -341 gramos de marihuana distribuida en 220 cigarrillos-, pues supera de manera desproporcionada la autorizada y su presentación no es usual para una persona que se aprovisiona, lo que da a entender más bien que se trata más de una situación de tráfico que de uso personal, tal y como lo dedujo el Tribunal Superior de Medellín en anterior oportunidad.

### **3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO**

**El Fiscal 70 Seccional** cuestiona la decisión del a quo argumentando que son bien conocidos los diferentes pronunciamientos del Tribunal de distrito que dan un claro apoyo a

lo expresado en la sentencia con radicado N° 44997 en donde finalmente se concluye que en todos los eventos en los cuales una persona es sorprendida portando alguna cantidad de sustancia estupefaciente la Fiscalía tiene la obligación de demostrar la finalidad de tráfico que se le daría a dicho alucinógeno por encima de tener que demostrar que el implicado es un consumidor de drogas.

Expresa que en el sustento de la solicitud de la preclusión de la investigación precisamente se remitió a lo decidido por la Sala integrada por los doctores APRÁEZ VILLOTA, BUSTAMANTE HERNÁNDEZ y CERÓN ERASO, providencia en la que el ponente afirmó que conforme a lo consignado en el informe de la policía lo mínimo que se puede llegar a pensar es que el imputado portaba el alcaloide para entregárselo a un tercero con lo cual queda en evidencia la existencia de un comportamiento relacionado con el microtráfico, interpretación que fue reevaluada por el doctor BUSTAMANTE HERNÁNDEZ en su aclaración de voto al manifestar que: *“con el debido respeto de lo expresado me aparto de tal argumentación, en ningún momento se puede desprender de la prueba allegada que existan elementos para la conclusión expresada, a lo sumo, estamos con una persona que llevaba el alucinógeno y lo cuidaba pues era de otra persona, precisamente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia N° 44997, que a mi juicio es un verdadero precedente frente a este problema, critica estas maneras de hacer inferencias y más cuando son contra hominem”*.

Además de lo anterior, indica que lo dicho por una persona y consignado en un informe de policía dista mucho de ser

una prueba, pues se requiere del testimonio del funcionario que lo confeccionó para que realmente puede ser considerado como tal, y que para el momento en el que el Tribunal Superior de Medellín confirmó la negativa de aprobar el preacuerdo por el reconocimiento del subrogado no se había puesto en conocimiento el elemento de prueba allegado el día de hoy referente al arraigo familiar en el que el procesado manifiesta ser consumidor de marihuana.

Retoma los argumentos plasmados en la aclaración de voto citada en precedencia en la que se advierte que si la sustancia incautada es de otra persona tampoco por ese solo hecho está probado su destinación dirigida al tráfico ya que podría ser precisamente para el exclusivo consumo de ese otro individuo, destacando que lo cierto es que aquí no está demostrada esa finalidad de comercio y que resulta imposible probarla porque la investigación de la Fiscalía termina donde concluye el informe de policía ya que el funcionario en juicio no puede decir nada más de lo que está consignado en el propio informe, por lo que solicita revocar la decisión de primera instancia y disponer la preclusión de la investigación.

**El señor defensor**, también como recurrente, se acogió a los argumentos planteados por la Fiscalía y al contenido de la sentencia con radicado N° 44997 de 2017, agregando que si bien el despacho ha considerado que por la cantidad de sustancia se puede presumir una actividad de microtráfico también es cierto que el señor Fiscal ha destacado que no cuenta con elementos de conocimiento para desvirtuar la presunción de inocencia que cobija a su representado sin que se pueda invertir la carga de la prueba.



Menciona que en las sentencias N° 41760 de 2016 y 43725 de 2017 se aclara que no importa la cantidad de alucinógeno que se incauta si no se demuestra que el portador estuviera en una situación de microtráfico y destaca el nuevo elemento traído a colación por el delegado de la Fiscalía en el cual sustenta la solicitud de preclusión y es el arraigo familiar demostrativo de que su poderdante es consumidor de estupefacientes, argumentos con base en los cuales solicita se revoque la decisión de primera instancia y se acojan los planteamientos de la petición elevada por el representante del ente acusador.

#### **4. CONSIDERACIONES**

De conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente este Tribunal para conocer por vía de apelación la providencia proferida por la Juez Treinta Penal del Circuito de Medellín relacionada con la negativa de decretar la preclusión de la investigación solicitada por la Fiscalía. El examen se contraerá exclusivamente a los temas planteados en la impugnación dada la naturaleza rogada de la segunda instancia.

Sin embargo, en el sub judice se rechazará el recurso de apelación interpuesto por el señor defensor contra la decisión de primera instancia de negar la preclusión solicitada por la Fiscalía por cuanto el abogado carece de legitimidad para interponer la alzada ya que, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, su intervención en las fases previas al juicio oral, cuando de postular la preclusión se trata, es

accesoria a la de la Fiscalía, lo que significa que la postulación o sustentación de los recursos contra la providencia que dispone o no la preclusión debe tener origen en la parte habilitada para incoar esa petición.

Al respecto se ha pronunciado la Alta Corporación:

*"La Sala ha tenido oportunidad de precisar que la parte llamada a impugnar la negativa del juez a declarar la preclusión es la misma que se encuentra habilitada para hacer la petición, esto es, la Fiscalía. En ese contexto, los demás intervinientes deben estarse a los argumentos de aquella para, luego, actuar como no recurrentes, ya coadyuvando, ya oponiéndose a las pretensiones del ente acusador, en tanto en las fases de indagación e investigación la ley confirió exclusivamente a este la potestad de postular ese tipo de decisiones; de tal forma que de permitir impugnaciones a una parte diferente comportaría que se facultase a un interviniente diverso para realizar tales peticiones en contra del mandato legal".<sup>1</sup>*

Ahora, frente al tema objeto de estudio, tenemos que la preclusión de la investigación es una institución del derecho procesal penal que permite la terminación de la actuación sin darle curso a todas las etapas procesales por la ausencia de mérito para sostener la acusación. Se traduce en la adopción de una decisión definitiva por parte del juez de conocimiento y su consecuencia es la cesación de la persecución penal que se sigue contra el imputado en relación con los hechos de que trata la investigación. Dicha decisión, una vez en firme, tiene la fuerza de cosa juzgada.

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, autos del 1º y 15 de julio de 2009, 15 de febrero y 27 de julio de 2010, radicados 31.763, 31.780, 31.767 y 34.043, respectivamente.

La Ley 906 de 2004 consagra dos oportunidades en que puede presentarse la solicitud de preclusión: la primera durante la investigación (incluye la fase preliminar), hasta antes de que el Fiscal presente el escrito de acusación con fundamento en cualquiera de las 7 causales consagradas en el artículo 332 ibídem. En este evento solo el Fiscal está legitimado para formular la petición ante el Juez de conocimiento. La segunda oportunidad se presenta en el juzgamiento, con fundamento exclusivamente en las causales 1ª (imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal) y 3ª (inexistencia del hecho investigado) del precepto citado, ocasión en la que están legitimados, además del Fiscal, el Ministerio Público y la defensa. En el caso examinado estamos frente a la primera oportunidad para deprecar la preclusión en tanto la Fiscalía no ha formulado aún la acusación.

Dentro de este marco legal, examinaremos los argumentos ofrecidos por la censura en el asunto sometido a estudio de la Sala, el cual versa exclusivamente sobre la real configuración de la atipicidad de la conducta desplegada por el señor FARAN OLIMPO RIVERA MUÑOZ, pues a juicio del Delegado de la Fiscalía en este evento se cumplen a cabalidad todas las exigencias jurisprudenciales requeridas para encontrar cumplidas las causales 4ª y 6ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, al haber acreditado la calidad de consumidor del indiciado, no existir prueba de que el estupefaciente incautado estaba destinado para un fin diferente al propio consumo y encontrarse agotadas todas las posibles líneas investigativas en el presente evento.

Pues bien, 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 tiene razón 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 2º 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 adicto<sup>2</sup>, pues si (i) la misma es insignificanemente 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, antijurídica<sup>3</sup>.

En efecto, 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:

*"...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*

---

<sup>2</sup> 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.

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

*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".*** (Negrillas fuera del texto original)

De lo anterior infiere la Sala que las circunstancias modales, así como 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.

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 solicitud de preclusión elevada por el representante de la Fiscalía bajo las causales 4ª y 6ª del artículo 332 del código de procedimiento penal - atipicidad del hecho investigado e imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia-, al argumentar que el indiciado es consumidor de la sustancia que le fue incautada, esto es, 341 gramos de marihuana, y que encontrándose la investigación ya agotada ninguna prueba existe de que dicho estupefaciente fuera a ser distribuido a cualquier título.



En este evento, la tesis planteada por el señor Fiscal aunque en un principio encuadraría con lo dispuesto en la jurisprudencia citada en precedencia, lo cierto es que en el sub judice existen algunos presupuestos que no se encuentran del todo claros, observándose además que las circunstancias modales en las que se produjeron los hechos no fueron lo suficientemente exploradas, por lo que mal podría llegarse a la conclusión, con los medios de conocimiento allegados al proceso, que ciertamente la sustancia incautada al señor FARAN OLIMPO RIVERA MUÑOZ estuviera destinada exclusivamente para su consumo personal y que esa fuera la cantidad requerida para satisfacer su necesidad de adicción.

Y aunque no puede obviarse que es el mismo representante del ente acusador quien pretende desistir de su pretensión punitiva al aducir que no tiene ningún indicio de que dicho estupefaciente iba a ser distribuido a cualquier título, también resulta importante destacar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicación N° 44997 de 2017, citada precisamente por el recurrente.

*"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, empaçado 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.” (Negrillas fuera del texto original)*

Entonces, el hecho de que el portador de la sustancia estupefaciente sea consumidor de la misma no siempre debe conllevar, de manera automática, en la preclusión de la investigación al aducirse una imposibilidad de demostrar un ánimo diferente a la propia ingesta, pues tal y como quedó expuesto con la jurisprudencia traída a colación en precedencia, debe analizarse la información objetiva que reposa en el proceso a fin de verificar los elementos subjetivos diferentes al dolo.

En el evento estudiado tenemos dos circunstancias que no permiten colegir, de manera tan ligera, la antijuridicidad material de la conducta investigada y ellas son el peso de la sustancia, incluyendo su empaçado y manera de conservación, y la

manifestación realizada por el procesado al momento de ser requerido por los agentes de policía para su registro personal y el de sus pertenencias.

Efectivamente, la Sala no desconoce que la información que reposa en el arraigo familiar goza de un principio de veracidad al ser suscrito por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, por lo que no se cuestionará la calidad de consumidor de marihuana del señor RIVERA MUÑOZ<sup>4</sup>, pero debe decirse que igual sucede con el informe de policía en casos de captura en flagrancia en el que quedó consignado que al solicitarle el registro del maletín que llevaba consigo el detenido manifestó: *"bien pueda mi agente, ese bolso lo estoy cuidando y es de cachetes"*<sup>5</sup>, expresión que, tal y como lo sostuvo la juez de primera instancia, lo que permite colegir es que el alucinógeno incautado no era de propiedad del imputado.

Así las cosas, no es dable pretender que sea avalada la hipótesis de que la conducta desplegada por el señor FARAN OLIMPO RIVERA MUÑOZ no tuvo la potencialidad de generar riesgo de lesión a la salud, seguridad pública o al orden económico y social, pues no se tiene certeza si la misma iba encaminada a satisfacer su adicción o si iba a ser entregada o distribuida a otra persona a cualquier título, por lo que todavía resulta incierta la finalidad con la cual este ciudadano portaba los 341 gramos -220 cigarrillos- de marihuana que le fueron hallados, cantidad que, dicho sea de paso, no resulta del todo entendible en aras de alegar una posible dosis de aprovisionamiento.

---

<sup>4</sup> Folio 62.

<sup>5</sup> Folio 18, anverso.

No comparte entonces esta Colegiatura los argumentos del delegado de la Fiscalía cuando sostiene que no tiene prueba de que el señor RIVERA MUÑOZ portara el alcaloide con un fin diferente al del propio consumo, pues con los elementos de conocimiento aportados por el mismo funcionario puede hacerse el ejercicio de inferencia razonable del propósito que alentaba al portador, tal y como lo plantea la última jurisprudencia aludida, máxime cuando la declaración espontánea y voluntaria del implicado no fue explorada bajo otras labores investigativas, es decir, el representante del ente acusador no se ocupó de indagar sobre la real existencia del ciudadano conocido con el alias de "cachetes", quien fue mencionado como propietario del estupefaciente, o si en los lugares cercanos al sitio donde se produjo la captura conocen a alguien con ese seudónimo, o si el señor FARAN OLIMPO ha sido alguna vez registrado como posible expendedor de droga en la zona.

En este orden de ideas, la situación planteada en el caso objeto de estudio no encaja en las hipótesis fijadas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia citada en acápites anteriores, pues no se observan agotadas todas las posibles líneas investigativas que se pueden desprender del caso sometido a estudio por lo que mal podría sostenerse, en este punto de la indagación, la atipicidad del hecho investigado en atención a la antijuridicidad material de la conducta, o la imposibilidad desvirtuar la presunción de inocencia del imputado ante la ausencia de prueba de lleve a la certeza de que dicho estupefaciente fuera a ser distribuido a cualquier título, por lo que se confirmará la decisión de la Juez Treinta Penal del Circuito de Medellín referente a la no preclusión de la investigación solicitada a

favor del señor FARAN OLIMPO RIVERA MUÑOZ con fundamento en los numerales 4º y 6º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: RECHAZAR** el recurso de apelación interpuesto por el defensor en atención a su falta de legitimidad.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la providencia de naturaleza y origen conocidos.

**TERCERO:** Contra esta decisión no proceden recursos

## **NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE**

**RICARDO DE LA PAVA MARULANDA**

Magistrado

**RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ**

Magistrado

**JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ**

Magistrado