TRIBUNAL SUPERIOR
Medellin

SALA PENAL DE DECISIÓN

PROCESO: 05001 60 00 206 2017 27338 (9779)
DELITO: Artículo 376 C.P.
CONDENADO: YEISON ERNEY CUARTAS JIMÉNEZ
PROCEDENCIA: Juzgado Veinte Penal del Circuito de Medellín
OBJETO: Apelación de sentencia.
APROBADO ACTA: 108
SENTENCIA: 19
DECISIÓN: CONFIRMA
M. PONENTE: Rafael M Delgado Ortiz

Medellín, tres de agosto de dos mil dieciocho

ASUNTO A TRATAR

Se decide el recurso de apelación presentado por la defensa, en contra de la sentencia dictada el veinte de marzo de dos mil dieciocho, por el Juez Veinte Penal del Circuito de Medellín, con funciones de conocimiento, por medio de la cual condenó a **YEISON ERNEY CUARTAS JIMÉNEZ** como autor material del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo, imponiendo en su contra una pena principal de doce (12) meses de prisión y multa equivalente a cero coma treinta y tres (0,33)smmlv para el año 2017 y la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena restrictiva de la libertad; se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

ANTECEDENTES FÁCTICOS

Conforme el escrito de acusación[1] El veintidós de mayo de dos mil diecisiete a las veintiún horas cinco minutos, en la calle 40 sur con carrera 75B, funcionarios de la Policía Nacional observaron a un sujeto que llevaba un bolso negro en la espalda, quien al percatarse de la presencia de los agentes aceleró el paso y huyó. Tras darle alcance y registrarlo, encontraron dentro del bolso veinticinco (25) bolsas negras, cada una con doce (12) cigarrillos con marihuana.

Sometida la sustancia a la prueba preliminar arrojó resultado positivo para marihuana, con un peso neto de doscientos sesenta y cinco (265) gramos.

El ciudadano fue identificado como YEISON ERNEY CUARTAS JIMÉNEZ.

Por tal motivo el hombre y los elementos incautados fueron puestos a disposición de la Fiscalía General de la Nación que deprecó, por intermedio del delegado 171 Seccional, la celebración de audiencias preliminares.

El veintitrés de mayo de dos mil diecisiete, ante el Juez Treinta y Ocho penal municipal de Medellín (Antioquia), se llevaron a cabo las audiencias de legalización de captura, imputación e imposición de medida

[1] Folios 5 y 6

de aseguramiento y en ellas el funcionario citado extendió aval al procedimiento de aprehensión.

La Fiscalía le formuló imputación a **YEISON ERNEY CUARTAS JIMÉNEZ** como presunto autor material responsable, del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo; este no se allanó al cargo.

Declinó el delegado del ente investigador de la petición de imposición de medida de aseguramiento.

El diecisiete de julio de dos mil diecisiete, el fiscal 68 seccional de Medellín, presentó escrito de acusación[2] en contra de **YEISON ERNEY CUARTAS JIMÉNEZ** señalándolo como autor material, responsable del delito que le fuera imputado, consagrado en el artículo 376 inciso 2º del Código Penal, modificado por el artículo 11 de la ley 1453 de 2011, en la modalidad de llevar consigo.

Asumió conocimiento de la actuación el Juez Veinte Penal del Circuito de Medellín quien fijó fecha para adelantar audiencia de acusación que se llevó a cabo el catorce de septiembre de dos mil diecisiete[3].

[2] Folios 5 y 6
[3] Folio 16

El ocho de febrero de dos mil dieciocho y en audiencia preparatoria se hicieron las siguientes estipulaciones: i) la plena identidad del procesado, ii) la captura en situación de flagrancia, iii) La cantidad, calidad y mismidad de la sustancia incautada y iv) la condición de marginalidad del acusado.

La Fiscalía no hizo solicitudes probatorias.

Y a la Defensa le fueron decretados los testimonios de CARLOS ALBERTO VÁSQUEZ QUICENO y el del procesado, al primero renunció la Defensa por lo que el de **CUARTAS JIMÉNEZ** fue evacuado en audiencia del veinte de marzo de dos mil dieciocho.

El juicio oral se realizó en sesión del veinte de marzo de dos mil dieciocho, en este, el delegado de la Fiscalía General de la Nación deprecó la emisión de un fallo condenatorio, la Defensa por su parte, solicitó la absolución de su defendido. El Juez anunció el sentido de fallo condenatorio.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Luego de analizar los medios demostrativos arrimados por la Fiscalía, tendientes a demostrar la materialidad de la infracción y la responsabilidad del acusado en su realización, halló el *A quo* el conocimiento más allá de cualquier duda para emitir juicio de reproche.

Consideró que en el comportamiento atribuido al procesado se estructuraba las bases de una conducta punible, típica, antijurídica y culpable.

Afirmó que el planteamiento de que el procesado lleva 10 años consumiendo, no lo convertía automáticamente en un enfermo.

Aseveró que no puede pasarse por alto que **CUARTAS JIMÉNEZ**, no dio una explicación de por qué intento huir, que esa conducta es indicativa de que él sabía lo que era bueno y malo, que ese panorama sumado a la presentación del alijo, lo llevaban a deducir que el acusado llevaba tal cantidad para otros fines como puede ser el tráfico.

Agregó que el delito previsto en el artículo 376 del Código Penal, establece varias conductas entre ellas portar y vender, sin que, según el funcionario, deba probarse que el agente al mismo tiempo que porta vende, o que el fin del porte sea la distribución, que ese ánimo especial no lo establece el tipo penal y que no es viable por vía jurisprudencial plantearse una reforma legislativa.

Aseveró que en el proceso penal hay igualdad de armas que consiste en que cada uno de los contendientes aportan pruebas para dar solidez a su teoría del caso; que de ese modo plantear que la Fiscalía tiene que probar lo favorable y lo desfavorable, pone a la defensa en una cómoda y pasiva posición.

Afirmó que el procesado no ofreció una justificación respecto a la cantidad que llevaba consigo y que el ser consumidor no lo patentaba para portar "*lo que le diera la gana*".

Dijo que los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia han puesto la impronta en la antijuridicidad material, pero que el Juzgador no puede desentenderse de las cantidades, que según pautas de la misma Corporación no pueden ser desproporcionadas y dependen de cada caso en particular, que de acuerdo al porte de cierto alijo, debe probarse que así lo requiere quien lo llevaba consigo por su grado de adicción y que solo bajo ese panorama cabe propugnar la calidad de enfermo.

Por todo lo anterior condenó a **CUARTAS JIMÉNEZ** como autor de la conducta punible acusada por la Fiscalía y le impuso las penas ya reseñadas, negándole el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

DE LA APELACIÓN

Luego de la audiencia de lectura de fallo y dentro del término que otorga la ley el defensor del acusado interpuso recurso de apelación, que sustentó oportunamente[4].

[4] Folio 51 escrito presentado el 2 d abril de 2018.

Inició haciendo un recuento de la decisión de primera instancia afirmando que incurrió el fallador en un error esencial de derecho en la valoración de las pruebas y en las consideraciones de la decisión, que además desconoció el precedente jurisprudencial.

Se mostró en desacuerdo con las afirmaciones del *A-quo* en tanto afirmó este que el solo porte de estupefacientes en cantidades superiores a la permitida por la ley es un delito de peligro abstracto que debe ser sancionado.

Seguidamente dividió en tres los motivos de disenso; en primer lugar indicó que erró el Juez al afirmar que el solo hecho de portar estupefacientes en cantidades superiores a las legales es un delito que debe ser sancionado y que la Fiscalía no debía probar más allá del porte, que es el Defensor del sentenciado quien debe probar que es consumidor, que esa tesis va en contravía de la presunción de inocencia e invierte la carga de la prueba, desconociendo que esta debe ser asumida por el órgano de persecución penal.

Aseveró que en el caso concreto no se probó que su prohijado estuviese vendiendo la sustancia que sería la conducta que atentaría contra el bien jurídico de la salud pública; respaldando sus afirmaciones en la sentencia 44.997 de 2017 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Como segundo motivo de inconformidad indicó que no realizó el juez un verdadero juicio de antijuridicidad en la conducta de **CUARTAS JIMÉNEZ**, que desconoció el funcionario el examen de toxicología, aun cuando se hubiese realizado nueve meses después de su captura y que tampoco tuvo en cuenta el funcionario las afirmaciones del acusado en tanto consume estupefacientes desde los diez años, entre diez y quince cigarrillos al día.

Final reprochó que la instancia desconoció los precedentes de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional sobre el delito de tráfico fabricación o porte de estupefacientes.

Trajo a colación la sentencia 44997 de 11 de 2017, el acto legislativo 02 de 2009, que modificó el artículo 49 de la constitución, del artículo 1° de la Ley 1266 del 2014, afirmando que en la sentencia C-221 de 1994 se determinó que la penalización de conductas dirigidas al consumo de la dosis legal, *-llevar consigo o conservar para su propio consumo-* resultaban lesivas para la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

Agregó que en la sentencia C-689 de 2002 la Corte Constitucional realizó una distinción entre el porte, conservación o consumo de la sustancia estupefaciente en cantidades consideradas como dosis personal. Que por su parte la sentencia 44.997 del 2017, hizo un estudio pormenorizado de todo el precedente jurisprudencial sobre el

tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y en la cual estableció una reglas.

Concluyó deprecando la absolución de su prohijado, indicando que no logró probar la Fiscalía que el estupefaciente incautado fuera para distribución a título gratuito u oneroso y reiterando que desconoció el fallador el examen de toxicología y el testimonio de su prohijado incurriendo en una indebida valoración de la prueba que demostraba su condición de consumidor de marihuana y por tanto no era sujeto de la acción penal.

SE CONSIDERA PARA DECIDIR

Somos competentes, conforme al artículo 34, numeral primero, de la Ley 906 de 2.004, para conocer de la presente apelación habida cuenta que la primera instancia fue agotada por el Juez Veinte Penal del Circuito de Medellín (Antioquia) adscrita a este distrito judicial.

Es límite de nuestra intervención, de acuerdo con las técnicas del recurso de apelación, los temas propuestos por el impugnante y aquellos que sean inescindibles, existiendo en nuestro criterio, sustentación suficiente por parte del censor para que el asunto sea analizado de fondo.

El problema jurídico a resolver se contrae en determinar si fue correcta la decisión del juez de

primera instancia, al condenar a **CUARTAS JIMÉNEZ** por el porte de 265 gramos de marihuana, o si son de recibo los argumentos de la Defensa en tanto la Fiscalía no logró probar que la destinación de la sustancia era con una finalidad diferente al consumo.

La primera Instancia emitió juicio de reproche argumentando que debió el Defensor allegar elementos de prueba más contundentes acerca de la adicción de su prohijado, que el ser consumidor no lo avalaba para llevar consigo esa cantidad que rebasaba ampliamente la dosis personal y que el procesado no dio una explicación lógica al respecto, que esos elementos son suficientes para predicar que se puso en riesgo la salubridad pública; sumados a la forma en que el procesado los portaba, además que intentó huir al percatarse de la presencia de los policías; que todos esos aspectos son circunstancias indicativas de que el estupefaciente no tenía como fin exclusivo el consumo, que para que se configure el dolo en la conducta llevar consigo sustancia estupefaciente, basta con que el ciudadano sepa que la porta.

Aspectos que fueron impugnados por la defensa, quien afirmó que no demostró la Fiscalía que **CUARTAS JIMÉNEZ**, llevara la sustancia con una finalidad diferente a su consumo y que no podía la judicatura invertir la carga de la prueba.

Como ya lo ha planteado esta Sala de decisión en pasadas ocasiones, para dar solución al asunto puesto de presente se hace referencia a la sentencia del nueve de marzo de dos mil dieciséis, dentro del proceso radicado bajo el número 41.760, SP 2940-2016, MP FERNÁNDEZ CARLIER, en el cual se abordó, una vez más, el polémico tema que en este evento se trabaja, pero, a diferencia de ocasiones anteriores, planteó algo que fue una nueva propuesta en torno al asunto.

La providencia referida, tuvo en cuenta todo el desarrollo de la jurisprudencia respecto al controvertido problema jurídico que supone la sanción penal a aquellas personas que son sorprendidas "*llevando consigo*" ciertas cantidades de estupefacientes que no se ofrecen de manera clara como destinadas a cosa diferente al propio consumo.

Pues bien, lo primero que llama la atención frente a la sentencia mencionada es que, a diferencia de lo que hasta ese momento se venía diciendo respecto a que dichas conductas de "*llevar consigo*" alguna cantidad de estupefacientes en cantidades que no se muestran excesivas y se tienen para el consumo, suponían que no se ponía en peligro efectivo el bien jurídico tutelado y por ende carecían de antijuridicidad material, en esta ocasión se ubica el problema en la tipicidad. Dijo al respecto la Sala de Casación 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 propósito de consumo será una conducta atípica, en los términos que se explican en esta providencia."*

Y más adelante expuso:

> *"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 la droga que les sea hallada."*

Adviértase que claramente la Corte plantea una solución radicalmente distinta a la hasta ese momento aceptada pues ya establece que la finalidad con la cual es portada la sustancia debe ser analizada en el tipo como ingrediente subjetivo por manera que, si solo está destinada al consumo, al margen de su cantidad –*con algunas aclaraciones que no dejan de generar dificultad*- entonces se estará en presencia de una conducta atípica.

Pero no solo se expuso esta tesis, sino que además, respecto de la presunción legal que supone el artículo 376 del Código Penal, modificado por el artículo 11 de la ley 1453 de 2011, radicó en cabeza de la Fiscalía la obligación de acreditación del destino de la sustancia incautada diferente al simple consumo.

Sobre el punto enseñó la Corporación en la mencionada decisión:

> *"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 2 de la Ley 30 de 1986, como hasta ahora se ha venido entendiendo por la jurisprudencia, sino también la que se demuestre en el proceso en un monto superior a esa regulación pero siempre que sea necesaria para el consumo del sujeto que está siendo procesado dada su situación personal en el caso concreto, pues la presunción establecida por el legislador acerca de lo que se debe entender por dosis personal es legal y admite demostración en contrario. "*

Mírese que con estos planteamientos la cantidad de estupefaciente incautado ya no tiene una relación directa con la cantidad establecida en la ley 30 de 1986, como lo indicó la apelante, sino que se debe analizar en cada caso concreto.

Y agregó lo siguiente:

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

En armonía con la jurisprudencia en cita, la atipicidad de la conducta para los consumidores depende de la finalidad, es decir, que lo que porta debe ser para su exclusivo consumo, pero su condición no lo habilita

para excederse notoriamente en la cantidad que porta respecto a los límites que establece la ley como dosis personal.

Lo anterior, fue sin dudas ratificado en recientes providencias, en especial en la sentencia del 11.07.2017 dentro del radicado 44.997 MP. PATRICIA SALAZAR CUELLAR, adicionando además:

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

Ahora bien, entrando en el análisis del asunto en concreto, la Fiscalía demostró con suficiencia que el procesado, el veintidós (22) de mayo de dos mil diecisiete (2017), a eso de las veintiún horas y cinco minutos de la noche, llevaba consigo, doscientos sesenta y cinco (265) gramos de marihuana, distribuidos en veinticinco (25) bolsas negras cada una con 12 cigarrillos.

También se probó por la defensa, con las pruebas evacuadas en juicio oral que el acusado es consumidor habitual de estupefacientes, en concreto marihuana, y según sus propias palabras, fuma hasta quince cigarrillos diarios.

Y, si bien la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en los

últimos tiempos ha ubicado el análisis de este complejo problema en la tipicidad, precisando que le corresponde a la Fiscalía General de la Nación, demostrar suficientemente, que la tenencia o porte del elemento o alucinógeno restringido que es incautado tiene finalidad diversa al propio consumo, no es menos cierto que allí en una de las providencias citadas, se resalta como elemento relevante, que la cantidad de alijo no sea exagerada y en verdad que en este evento eso llama la atención: doscientos sesenta y cinco gramos de marihuana no son poca cosa, ni siquiera para un consumidor de quince cigarrillos diarios.

Ahora bien, insiste el recurrente en que la Fiscalía General de la Nación no demostró que la sustancia que le fue hallada a su defendido la tuviera con fines diferentes al consumo pero, hemos de afirmarlo desde ahora, tiene razón el Juez de primer grado cuando sostiene que a partir de inferencias lógicas se puede establecer que ello era así, esto es, que la prueba arrimada permite concluir que ese "*llevar consigo*" no tenía como única finalidad el propio consumo.

En primer lugar, afirmarse que el procesado llevaba tal cantidad de estupefaciente, para su propio consumo, es decir, que se aprovisionó en tal magnitud, resulta ilógico, pues como el mismo lo afirmó y es de público conocimiento esa sustancia se consigue sin dificultades en el barrio Antioquia o en diversos sectores de la ciudad, en la cual

reside, aspecto que, en nuestro criterio, debilita mucho la afirmación de una posible dosis de aprovisionamiento.

Tampoco se muestra coherente que **CUARTAS JIMÉNEZ** invirtiera una buena suma de dinero en adquirir trescientos (300) cigarrillos de marihuana cuando el oficio al que se dedica –*barbero*- no le representa mayores ingresos y si a esto le sumamos el hecho de intentar huir al percatarse de la presencia de los agentes de la policía; son circunstancias que generan suspicacia, pues es evidente la facilidad con que consigue el alijo sin necesidad de asumir el riesgo de que le fuera hallada la notable cantidad que le fue incautada.

Si bien puede aceptarse que siendo adicto o consumidor habitual haya adquirido la sustancia, no deja de llamar la atención la forma en que la llevaba consigo: perfectamente distribuida en veinticinco (25) bolsas negras, con doce (12) cigarrillos cada una, dentro de su mochila, realidad que lo muestra más como un potencial distribuidor minorista que como un inocente consumidor provisto de una buena cantidad de dinero para adquirir para sí semejante cantidad de cigarrillos.

Pues si bien al juicio se allegó prueba de la que se deduce que el procesado es consumidor de la sustancia que le fue incautada, no es ello suficiente para concluir que la dependencia de este fuera de tal magnitud que necesitaba de 265 gramos de marihuana para satisfacer

su adicción o que fácticamente esa era la cantidad que constituía su dosis de aprovisionamiento.

Lo anterior como quiera que a través de la declaración de **CUARTA JIMÉNEZ** solo se estableció que es consumidor cuando menos de diez (10) a quince (15) cigarrillos diarios, quedando sin explicación lógica que llevara consigo trescientos (300) de ellos, máxime cuando él mismo indicó, que la consigue en el barrio Antioquia, sin evidenciar circunstancias que dificultaran su consecución, para pensar que se había aprovisionado para un largo periodo.

Así pues, considera esta Sala que lo portado por el acusado no se compadece con su necesidad personal según lo probado en el juicio y las circunstancias fácticas no se adecuan para hablar de una dosis de aprovisionamiento, pues cuando lo incautado supera ampliamente lo permitido por la ley, como ocurrió en el caso concreto, -10 veces, pues precisamente el superarse 10 veces la dosis personal y estar dispuesta en 25 bolsas cada una con 12 cigarrillos, hacían indispensable que se acreditara la frecuencia y hábito de consumo para determinar que en efecto la cantidad incautada era la que necesitaba el procesado para autoabastecerse.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte que tanto cita el impugnante sin duda que avanzó hacia la protección del consumidor, ocasional, habitual o adicto pues, desde luego, frente a estos

ciudadanos la solución no pasa por una respuesta penal sino profiláctica pero, jamás puede dejarse de lado que si estamos frente a personas que forman parte de la cadena del tráfico, así sean usuarios de tales sustancias, deben ser reprimidos sus comportamientos.

Y ese es el caso presente pues, insistimos, al margen de si **CUARTAS JIMÉNEZ**, de tiempo atrás, es un consumidor de marihuana *–desde los 10 años-*, no cabe duda que el hallazgo que hicieron los servidores de la Policía Nacional indica, por la cantidad y la distribución del alijo, que se trata no de un simple porte con fines de consumo lo que nos lleva a igual conclusión que la efectuada por el juez de primer grado.

Así las cosas y haciendo claridad en que no pretende este Despacho invertir la carga de la prueba, sí debió la defensa ante tan significativa cantidad de estupefaciente hallado, realizar una mejor labor de cara a establecer que realmente todo el alijo incautado era para su exclusivo consumo, en tanto excedía considerablemente el permitido, esto por cuanto entre más cantidad de sustancia sea incautada sin lugar a dudas que se va a poner en tela de juicio que la misma sea sólo para uso personal del ciudadano que la tiene; en el caso concreto solo se demostró que el acusado consumía alrededor de diez a quince cigarrillos de marihuana diarios, aspecto que hace desproporcional el monto del estupefaciente incautado.

Por tanto en este evento en particular, demostró la Fiscalía General de la Nación la materialidad de la infracción y, como dijimos, a partir de inferencias se puede concluir, sin duda, que la sustancia no era solamente para su propio consumo; además tuvo la potencialidad de afectar los bienes jurídicos salvaguardados por el artículo 376 penal, conteniendo este tipo penal una presunción legal de antijuridicidad que no fue rebatida.

Conforme a los anteriores argumentos, debe la Sala desestimar la pretensión del recurrente y se confirmará por tanto la providencia apelada.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
DR. MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS

Por no compartir la decisión mayoritaria de confirmar la sentencia condenatoria de primer grado, salvo el voto.

Mi postura parte de entender que existió un cambio constitucional que le crea inmunidad penal al consumidor de estupefacientes, la que se extiende a la tenencia de la droga, siempre que se tenga para el consumo personal y que las cantidades destinadas a ese fin no evidencien, así como otras circunstancias, que se tienen para el tráfico de dicha sustancia.

En estas circunstancias, me temo que se le esté condenando al justiciable, así sea a una baja pena, como consumidor que se estaba aprovisionando del estupefaciente, lo que no consulta la política criminal que al respecto ha señalado el artículo 1 del Acto Legislativo 02 del 21 de diciembre de 2009, que en lo pertinente consagra lo siguiente:

> 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 fuera del texto).

Un examen lógico de lo dicho en el acto legislativo, muestra que el constituyente delegado le marca la orientación política criminal al legislador de establecer frente a los consumidores el trato terapéutico y no el represivo, de modo que la regulación jurídica vigente que tiende a esto último, no consulta dicho fin constitucional.

Aunque al procesado no se le persigue penalmente por ser consumidor, sino por portar estupefaciente en cantidad superior a trece veces la dosis personal de sustancia marihuana, lo cierto es que me surge la duda razonable de que su porte no tenga como única explicación de que se trate de un consumidor que se aprovisionaba para el efecto.

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 la sentencia del 9 de marzo de 2016, Rd.41.760, M. P. Dr. Eugenio Fernández Carlier, 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.*"

Por supuesto que no es posible consumir estupefacientes sin detentar algunas cantidades, por lo cual entra en juego conceptos como la dosis terapéutica (consagrada constitucionalmente pero

no reglamentada legalmente) y la de aprovisionamiento para efectos penales y el principio de impunidad del consumidor. Entonces, lo importante es que el porte del estupefaciente guarde una relación directa con el consumo, pues aún podría haber casos en que un consumidor se dedique también al expendio. Pero en el caso concreto nada, diferente a la cantidad, podría indicar el tráfico del cannabis que tenía en su poder el procesado.

Debe tenerse presente que al respecto la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha evolucionado hasta el punto de entender que la cantidad de estupefacientes que una persona pueda llevar consigo no determina la tipicidad de la conducta. En efecto, en la sentencia del 11 de julio de 2017, radicado 44.997, M. P. Dra. Patricia Salazar Cuéllar, la alta corporación concluyó que cuando a una persona se le atribuye el delito de porte de estupefacientes y la cantidad de droga con la que ha sido sorprendida supera la prevista como dosis para uso personal, es necesario acudir a otros factores que puedan determinar el juico de lesividad de la conducta, de modo que la ilicitud se establezca con fundamento en criterios normativos referidos a la relevancia jurídico penal del comportamiento y a la efectiva afectación del bien protegido. Así mismo, en la referida providencia, la Corte advirtió que es a la Fiscalía a quien compete la demostración de cada uno de los elementos del tipo penal, entre ellos, la acreditación probatoria de los fines del porte de estupefacientes relacionados con la distribución o tráfico de los mismos y, con ello, la afectación o la efectiva puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos, pues el procesado no tiene por qué presentar pruebas de su inocencia.

En esa misma línea, la alta corporación en reciente sentencia del 28 de febrero de 2018, radicado 50.512, M. P. Dra. Patricia Salazar Cuéllar, decidió casar el fallo condenatorio proferido en segunda instancia, y en su lugar, dejó vigente la absolución emitida por el juez de primera instancia dentro de un caso en el que el procesado había portado 11,4 gramos de cocaína, básicamente por cuanto la Fiscalía no probó que la sustancia estupefaciente se tuviera con un propósito diferente al consumo, dejando sin validez las elucubraciones efectuadas por el Tribunal para condenar, referentes al modo en que se encontraba empacado el estupefacientes y la precaria capacidad económica del procesado para adquirirlo, entendiendo dichas consideraciones como falsos raciocinios por desatención de las reglas de la sana crítica en la modalidad de infracción a los principios de la lógica.

En el presente caso, la Sala Mayoritaria sustenta la confirmación de la condena con base en la cantidad de estupefaciente portado y

en hipótesis como el modo en que se encontraba empacada y distribuida la marihuana, y la supuesta precariedad económica del procesado para comprar la sustancia en la cantidad que le fue incautada, además que se invierte la carga de la prueba para que se demuestre la frecuencia y hábito de consumo por parte del acusado, desatendiendo la jurisprudencia que al respecto rige esta clase de asuntos. En todo caso, estimo que la cantidad de marihuana portada, esto es, 265 gramos en 300 cigarrillos, no resulta incompatible con una dosis de aprovisionamiento para un consumidor crónico que, como en este caso, consume alrededor de 10 o 15 cigarrillos diarios. El hecho de que el procesado tenga como profesión la de barbero, no excluye que pueda reservar cierta parte de sus ingresos para destinarla al abastecimiento de marihuana. Finalmente, resulta ambiguo el indicio de la huida del procesado al notar la presencia policial, puesto que se trata de una actitud que aún quien estuviere portando una dosis de aprovisionamiento personal realizaría.

En ese sentido podrían presentarse cualquiera de las hipótesis referenciadas, pero ante la carencia de prueba de la que pueda deducirse un contexto de tráfico, pues todo fue estipulado y solo se escuchó el testimonio del propio procesado en el que manifestó su condición de consumidor crónico, lo procedente era la emisión de un fallo absolutorio.

Cabe destacar que, incluso cuando se presenta un aparente contexto de tráfico de estupefacientes, la jurisprudencia ha establecido que es deber de la Fiscalía demostrar que el estupefaciente se tenía con la finalidad de tráfico, tal como lo dispuso la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 15 de marzo de 2017, radicado 43.725, M. P. Dr. Eugenio Fernández Carlier, por medio de la cual decidió no casar la sentencia absolutoria emitida por la Sala Penal de este Tribunal.

Lo anterior dicho con todo el respeto que merece la posición mayoritaria.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el veinte de marzo de dos mil dieciocho, por el Juez Veinte Penal del Circuito de Medellín, dentro del presente proceso adelantado en contra **de YEISON ERNEY CUARTAS JIMÉNEZ.**

SEGUNDO: Contra la presente decisión procede el recurso de casación que debe ser interpuesto conforme lo señala el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la ley 1395 de 2010.

TERCERO: Quedan, partes e intervinientes, notificados en este estrado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ **JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ**
Magistrado **Magistrado**

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
Magistrado
(Con Salvamento de Voto)