



## **DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**

### **SALA PENAL DE DECISIÓN**

Medellín, martes, siete de diciembre de dos mil veintiuno

Aprobado mediante acta número 0126 del primero de diciembre de dos mil veintiuno

**Magistrado Ponente**

**Ricardo De La Pava Marulanda**

Por apelación interpuesta y sustentada por el defensor, conoce en segunda instancia esta Colegiatura el fallo proferido el 02 de septiembre de 2020 por el Juez Veinte Penal del Circuito de Medellín, mediante el cual condenó al acusado LUIS CARLOS QUINCHÍA SOTO a la pena principal de sesenta y cuatro (64) meses de prisión y multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales, así como a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal privativa de la libertad, por hallarlo responsable de la autoría del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES.

## **1. ANTECEDENTES**

El 08 de enero de 2020, en la carrera 52 con calle 88 barrio Los Álamos de Medellín, patrulleros de la Policía Nacional capturaron al señor LUIS CARLOS QUINCHÍA SOTO porque llevaba consigo 68.7 gramos de cocaína distribuida en 107 bolsas plásticas pequeñas, y 105.2 de marihuana dosificada en 51 cigarrillos.

En diligencia preliminar realizada al día siguiente ante el Juez Cuarto Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín, el ente acusador le formuló imputación al señor LUIS CARLOS QUINCHÍA SOTO por la autoría del delito de Fabricación, Tráfico o Porte de Estupefacientes en la modalidad de LLEVAR CONSIGO, cargo que no fue aceptado por el implicado. No se le aplicó medida de aseguramiento porque la Fiscalía la declinó.

El 13 de mayo de 2020 se celebró la audiencia de acusación, la preparatoria el 23 de julio de la misma anualidad, y el juicio oral en sesión del 2 de septiembre. En esa misma calenda se profirió el fallo condenatorio que es objeto de apelación.

## **2. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

El sentenciador de primera instancia señala que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha flexibilizado su posición anterior en punto de quienes llevan consigo estupefacientes por la problemática social que subyace en torno al comercio de drogas ilícitas y los adictos a estas sustancias. En cuanto al caso concreto

estima que la tipicidad está perfectamente delimitada por el verbo rector “llevar consigo”, que fue finalmente el que imputó el Fiscal al acusado.

De otro lado destaca las estipulaciones celebradas y que dan cuenta de la naturaleza estupefaciente de la sustancia incautada y su ilicitud, así como el peso de la misma superior en mucho a la dosis permitida legalmente para su consumo, lo que permite concretar la antijuridicidad de la conducta por vulnerar la salud pública, lo que amerita la emisión del juicio de reproche.

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

El defensor público del acusado cuestiona el fallo de primera instancia porque yerra en la visión interpretativa jurisprudencial acerca de la antijuridicidad de casos como el que ocupa nuestra atención. Estos son sus argumentos:

Las sentencias 42617 de 2014 y 41760 de 2016, de la Corte Suprema de Justicia. En esta última, trasladó el tema de la antijuridicidad en el simple porte de estupefacientes, a la tipicidad, fundamentado en el Acto Legislativo 02 de 2009, que reafirmó el carácter terapéutico de las personas enfermas por el consumo de este tipo de sustancias, de tal manera que el porte solo es delictuoso cuando tiene fines distintos al propio consumo.

Ahora bien, como se le trasladó la carga de la prueba a la Fiscalía en punto de la demostración de la finalidad de

tráfico, es ella quien debe probar que el acusado llevaba consigo el estupefaciente para venderlo o distribuirlo, lo que no hizo en este caso concreto el Fiscal, de tal manera que no debió la judicatura de primer nivel proferir juicio de reproche al procesado argumentando que la defensa no demostró la calidad de adicto del acusado, olvidando que era el Fiscal quien debió probar que el estupefaciente estaba destinado a fines distintos al consumo, tal como lo señala la Corte Suprema en los radicados AP8303 de 2019 y 47909 de 2020., sin que importe la cantidad.

Finalmente, destaca que el procesado no fue buscado por la Fiscalía ni citado en debida forma para escuchar su versión acerca de su condición de adicto a los estupefacientes. De todas maneras, en el proceso aflora una duda en torno a la finalidad de la sustancia y por eso debe ser absuelto, que es su solicitud.

#### **4. CONSIDERACIONES**

De conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente el Tribunal para conocer en segunda instancia, por vía de apelación, el fallo condenatorio proferido en este proceso por el Juez Veinte Penal del Circuito de Medellín, adscrito a este Distrito Judicial. La sustentación del disenso contiene los mínimos argumentativos para desatar la alzada.

El punto concreto de la inconformidad apunta al desconocimiento por parte de la judicatura de primera instancia de los precedentes jurisprudenciales acerca de la obligación de la

Fiscalía de probar que la finalidad de quien porta estupefacientes es la comercialización y no el consumo, para considerar como típica y antijurídica la conducta que se le atribuyó al inculpatado. Afirma el censor que en este evento solo se demostró que el acusado llevaba consigo la ilícita sustancia, pero no su propósito de comercializarla.

En términos generales se cuestiona el juicio de antijuridicidad realizado por el a-quo en torno a la conducta desplegada por el señor LUIS CARLOS QUINCHÍA SOTO por el solo hecho de que se está frente a un delito de peligro, pues el sentenciador primario erró al darle aplicación a dicha presunción de antijuridicidad sin tener en cuenta el desarrollo jurisprudencial y la nueva visión de la Corte Suprema de Justicia respecto al porte de estupefacientes, desconociendo de paso que le corresponde a la Fiscalía asumir la carga probatoria con el fin de demostrar que la sustancia ilícita incautada tenía un propósito diferente al propio consumo.

Esa nueva perspectiva jurisprudencial tuvo su génesis con la sentencia 31531 de 2009 en la que la Alta Corporación al analizar la antijuridicidad de los delitos de peligro abstracto como el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, señaló que en teoría, quien lleva consigo cantidades ligeramente superiores a la dosis legal, destinadas a su propio consumo, no incurre en conducta punible porque *“antes de producir un daño o peligro de menoscabo al bien jurídico socio-colectivo de la salud pública de que trata el Título XII de la Ley 599 de 2000, lo que se pone de presente es un comportamiento autodestructivo o de autolesión, el cual incumbe los ámbitos exclusivos de la libertad de*

*esa persona, es decir, a un fenómeno singular carente de antijuridicidad material”.*

En aquella época la jurisprudencia sostuvo que, para conducir el asunto por la falta de antijuridicidad material respecto al delito de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes, la sustancia debía superar mínimamente la dosis legal.

Posteriormente flexibilizó este criterio en punto de la modalidad de llevar consigo que contiene el artículo 376 del texto penal al indicar que el examen de cada caso necesariamente debe partir no solo de la cantidad que porte el adicto, pues si (i) la misma es insignificamente superior a la dosis legal, la conducta es típica pero carece de antijuridicidad material; (ii) si 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 (sentencia 42617 de 2014).

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 implícita las acciones de llevar consigo sustancias estupefacientes en dosis superiores a las establecidas como de uso personal.

Más tarde, en la sentencia 41760 de 9 de marzo de 2016, la Corte 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 nuevas 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 persona, mutatis mutandi cuando es palpable esa finalidad, no debe entenderse comprendida dentro de la descripción del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes **sin que dependa de la cantidad de droga que le sea hallada...**" (negritas fuera del texto original).*

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.

Finalmente, en la sentencia 44997 de 2017, ponente PATRICIA SALAZAR CUELLAR, la Corte, añadió que *“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”*** (resaltado del Tribunal).

Luego de las precisiones sobre la normatividad y el actual criterio jurisprudencial sobre el porte de estupefacientes, la Sala analizará la actuación adelantada en el proceso y la posibilidad de remoción del fallo impugnado dado que se fundamentó en una antijuridicidad presunta.

Pues bien, tenemos que, de conformidad con la información contenida en el escrito de acusación, que el señor LUIS CARLOS QUINCHÍA SOTO fue capturado en vía pública el 08 de enero de 2020, al habersele encontrado en su poder 105.2 gramos de marihuana y 68.7 gramos de cocaína. Luego de la imputación fue dejado en libertad porque la Fiscalía declinó la medida de aseguramiento. Al juicio oral solamente comparecieron los policiales CRISTIAN VALENCIA y JOHN LOAIZA GÓMEZ, quienes afirmaron que el acusado portaba la sustancia estupefaciente, no hizo ninguna manifestación y que tampoco fue visto vendiendo ni ofreciendo estupefacientes, simplemente los llevaba consigo.

El acusado no fue localizado para obtener su comparecencia al juicio y ni siquiera el defensor público lo ubicó, de tal manera que solamente se incorporó al debate público los dos testimonios policiales en los términos antes indicados.

Conforme con lo anterior, encuentra la Sala que la tesis planteada por el juzgador de primer nivel encuadra con lo expuesto por la jurisprudencia anteriormente citada, pues más allá

de que en este caso no se hubiera demostrado la calidad de adicto del señor QUINCHÍA SOTO, con los medios de conocimiento allegados al plenario tampoco es posible concluir que la sustancia incautada al referido ciudadano estaba destinada a un fin diferente a su consumo personal.

Lo anterior por cuanto la Fiscalía, en su plan metodológico, no desarrolló ninguna labor investigativa por medio de la cual lograra establecer que QUINCHÍA SOTO tenía el estupefaciente en su poder con el propósito de traficarlo en cualquiera de sus modalidades y no para su propio consumo, siendo su obligación constituir dicha prueba para demostrar la real lesividad, pues, como quedó fijado en las citas jurisprudenciales, dicha revelación resulta necesaria en aras de identificar con claridad la carga de intencionalidad y el sentido de la conducta, ya que quedaron proscritos los planteamientos de antijuridicidad objetiva en este tipo de delitos de peligro abstracto.

No le asiste razón a la judicatura de primera instancia cuando pretende que la defensa asuma la carga de probar la calidad de consumidor del acusado y que la sustancia incautada estaba destinada a su propio consumo, con el fin de evitar la emisión del juicio de reproche, pues como indicó la Corte Suprema en el radicado 44997 mencionado:

*"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 R.M., 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 QUINCHÍA SOTO supera de manera significativa pero no desmedida la dosis personal, y no existe medio de convicción que indique que el implicado se disponía a distribuirla a otras personas, la conducta resulta atípica por cuanto no puede decirse que la misma iba encaminada a satisfacer el tráfico de estupefacientes.

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**

**PRIMERO: REVOCAR** el fallo de naturaleza y origen conocidos y en su lugar **ABSOLVER** al acusado LUIS CARLOS QUINCHÍA SOTO de los cargos que por el delito TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, en la modalidad de LLEVAR CONSIGO, le formuló la Fiscalía General de la Nación en este proceso.

**SEGUNDO:** Cancelar las órdenes de captura que estuvieren vigentes con motivo de este proceso.

**TERCERO:** 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