



SALA PENAL

Radicado: 05001-60-00-206-2020-13186
Procesado: Duvian Andrés Jaramillo Londoño
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Asunto: Apelación de sentencia condenatoria
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 052

Medellín, doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la defensa en contra de la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2021 por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Medellín, que condenó a *Duvian Andrés Jaramillo Londoño* como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de llevar consigo con fines de tráfico.

1. ANTECEDENTES

1.1. El Hecho

Fue narrado en la formulación de acusación de la siguiente manera:

“El 7 de septiembre de 2020 aproximadamente a las 12:50 horas, cuando la policía realizaba labores de patrullaje, vigilancia y control por el sector de la calle 9 sur con carrera 80, sector El Rodeo Alto de la Comuna 16 en Medellín cuando fueron alertados por un ciudadano, el cual no se identificó por seguridad, pero manifestó que en la calle 9 sur con carrera 79C por la entrada hacía una vereda llamada El Reposo, había un ciudadano y dio las características precisamente de Duvian Andrés Jaramillo Londoño,

dio las características físicas y sus prendas de vestir en ese momento, y manifestó que se encontraba en actitud sospechosa y que portaba una bolsa negra en sus manos; la policía llegó al lugar y efectivamente estableció, con las características aportadas por el ciudadano, a quien estaba allí, lo identificó como Duvian Andrés Jaramillo Londoño. Este al notar la presencia policial tomó una actitud nerviosa, arrojó la bolsa que tenía en sus manos al suelo y trató de evadir la presencia policial y la requisita de la policía. Los uniformados no lo perdieron de vista ni a él ni a la bolsa que tiró al suelo; al verificar la bolsa encontraron 256 bolsas herméticas en su interior con una sustancia vegetal verdosa con características similares a la marihuana. Por esa razón le dieron a conocer los derechos como persona capturada y lo dejaron a disposición de la autoridad competente. Esa sustancia estupefaciente que le incautaron a Duvian Andrés ese día, se llevó a la prueba preliminar homologada y el perito experto indicó que dio positivo para cannabis y sus derivados en un peso neto de 1750.5 gramos.”

1.2. De la actuación procesal

La Fiscalía, en la audiencia preliminar celebrada el 8 de septiembre de 2020, le imputó a *Duvian Andrés Jaramillo Londoño* el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, como autor, en la modalidad de “llevar consigo con finalidad de tráfico” al tenor de lo dispuesto por el artículo 376 inciso 3° del Código Penal, cargo al que no se allanó. Dado que se declinó de la imposición de medida de aseguramiento, se dispuso la libertad del imputado.

La Fiscalía formuló acusación el 11 de mayo de 2021, en los mismos términos de la imputación, advirtiendo que la modalidad del delito es la de “llevar consigo con fines diferentes al de su propio consumo”.

La audiencia preparatoria se realizó el día 6 de julio de 2021 y el juicio oral se llevó a cabo el 24 de agosto de 2021, fecha en que practicaron las pruebas y se reiteraron las estipulaciones probatorias efectuadas presentadas desde la audiencia preparatoria sobre los siguientes hechos: (i) la plena identidad del acusado, (ii) el peso, cantidad, calidad y mismidad de la sustancia

incautada que arrojó positivo para cannabis con un peso neto de 1750,5 gramos.

El mismo día 24 de agosto de 2021, se emitió sentido del fallo de carácter condenatorio y se hizo la audiencia de individualización de la pena, dándose lectura a la sentencia el día 21 de septiembre de 2021.

2. LA SENTENCIA IMPUGNADA

La juez consideró que no existe mayor controversia sobre la existencia del hecho atribuido, pues fue incluso objeto de estipulación que lo incautado al acusado corresponde a 256 bolsas herméticas que contenían marihuana con un peso neto de 1750,5 gramos, lo que fue reiterado por los patrulleros Eduard Muñoz Muñoz y Néstor David Carvajal Obando, quienes dieron cuenta de las circunstancias en que se produjo la captura y del hallazgo en poder del procesado de una bolsa que contenía 256 bolsitas con sustancia similar al cannabis que tenían adheridas unos “cueros” y etiquetas adhesivas que mostraban los precios que cada unidad individualmente tenía.

De igual forma, estimó que no cabe controversia alguna sobre la autoría del procesado en el delito imputado, aspecto que incluso fue aceptado por su defensora, pues su tesis para oponerse a la condena consistió en que la Fiscalía no habría demostrado que la sustancia no fuera para el propio consumo.

En lo que atañe a la responsabilidad penal del acusado, concluyó que este conocía que llevaba consigo la sustancia estupefaciente y que no se probó, ni siquiera de manera incipiente que fuese un consumidor, ni se dio ninguna explicación razonable de que tuviera en su poder la cantidad de sustancia incautada

como podría ser que viviera en un sector alejado donde la adquisición de estupefacientes es limitada.

Señaló que jurisprudencialmente se ha establecido, como exigencia para estimar punible la conducta de porte de estupefacientes, que se acredite que la sustancia se tiene con fines de tráfico y no de consumo, lo cual se establece a partir de indicios que en este caso apuntan a que no es razonable que una persona en circunstancias de normalidad en una ciudad como Medellín, donde es fácil la consecución de estupefacientes, tenga en su poder la cantidad hallada con la finalidad de abastecerse, máxime cuando no se ha invocado ni acreditado la calidad de consumidor.

De acuerdo con lo dicho por el médico toxicólogo César Augusto Giraldo en su texto Farmacodependencia, la juez dedujo que un adulto habituado y adicto al consumo de la marihuana consume máximo 5 gramos de cannabis al día, y en el caso en concreto, al procesado le encontraron 1750,5 gramos, es decir que esta cantidad de sustancia, incluso en una persona en extrema situación de adicción, sería ya exagerada, pues no resultaría razonable que una persona adulta tenga esa cantidad de estupefaciente para su propio consumo.

Consideró demostrado que el cannabis hallado en poder del procesado lo portaba con una finalidad relacionada con el tráfico de estupefacientes, esto es, para vender, distribuir o suministrar, atendiendo a la presentación de esa sustancia, a su peso neto y que realmente no se demostró que esa cantidad la pudiera tener de manera razonable para su propio consumo, por lo que juzgó que se puso en riesgo el bien jurídico de la salubridad pública.

Advirtió que, si bien los policías que testificaron en el juicio no relacionaron en el informe de captura lo concerniente a los “cueros” encontrados en las envolturas incautadas, no por ello

puede considerarse que sean mendaces, pues aunque incurrieron en una omisión, tal situación no permite desacreditar su dicho sobre la incautación de la sustancia estupefaciente a quien ahora se condena, pues han sido absolutamente coherentes en referir cómo ocurrieron los hechos, por lo cual, concluye que es posible predicar razonablemente el fin ilícito del porte de lo que fue incautado.

En consecuencia, procedió a condenar al procesado como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (artículo 376 inciso 3 del Código Penal) en la modalidad de “llevar consigo con fines de tráfico”, imponiendo la pena mínima de 96 meses de prisión y multa de 124 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2020, así como la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso a la pena principal, a la vez que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, atendiendo la prohibición expresa del artículo 68 A del Código Penal.

3. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

La defensa censura la condena al considerar que no fue acertada la construcción del proceso inferencial realizado por la juez de primer grado para dar por probada la finalidad de distribución de la sustancia estupefaciente, pues no existe un conocimiento más allá de toda duda sobre el elemento subjetivo del tipo, referente a que el porte del estupefaciente fuese para la venta.

Sostiene que, aunque no hay discusión acerca de la captura en flagrancia del procesado, con lo cual se probarían los aspectos objetivos del tipo, es necesario que los elementos de conocimiento demuestren un contexto de actividad orientada al tráfico de estupefacientes como elemento subjetivo especial que conlleva a

demostrar la responsabilidad penal y en este caso no existe prueba alguna con la contundencia necesaria para ese fin.

Se queja porque la juez de primera instancia habría deducido erróneamente la finalidad de distribuir la sustancia estupefaciente a partir de supuestos hechos indicadores que son equívocos y que pueden soportar distintas conclusiones, desatendiendo las exigencias jurisprudenciales para su demostración contenidas, entre otras, en la sentencia SP-1569 de 2018, radicado 45889, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con mayor razón cuando no existe prueba directa que así lo determine, ni la juez argumentó cómo los hechos indicadores referentes a la presentación de la sustancia incautada y su peso neto también pueden probar el aspecto subjetivo alusivo a la finalidad de distribución.

Arguye que ni siquiera con los dos únicos testimonios practicados en juicio, la Fiscalía pudo probar dicha finalidad, pues con ellos solo se probó que el procesado fue capturado portando sustancia estupefaciente; además que habrían incorporado hechos nuevos a sus declaraciones al afirmar que cada bolsita contenía un “cuero” que es con lo que hacen los cigarrillos de marihuana y papelitos con varios valores, por lo que la defensa debió impugnarles credibilidad al no haber sido parte del conocimiento inicial que expresaron en el informe de captura y en el acta de incautación; agrega que a estos testigos no les consta la destinación de la sustancia y que habrían llegado al lugar porque una persona les informó acerca de un sujeto sospechoso sin que hubiera aludido a que estuviere vendiendo, además que, al tratarse de manifestaciones anónimas, no pueden ser valoradas en el juicio oral.

Alega que la juez no explicó por qué con estos testimonios se probó que la sustancia estuviera destinada a la distribución o

venta, basando su análisis únicamente en la cantidad de droga incautada y no en otros hechos indicadores, siendo indispensable en estos casos la prueba de la destinación, desconociendo los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia al respecto, entre ellos, la sentencia SP1861 del 19 de mayo de 2021, radicado 56087, en el que se trató un evento de 650 gramos de marihuana, y la sentencia SP2296-21 del 2 de junio de 2021, radicado 52830.

Plantea que la consideración de que no se demostró que esa cantidad de estupefaciente la pudiera tener de manera razonable el procesado para su propio consumo, desconoce la carga que le corresponde a la Fiscalía de desvirtuar la presunción de inocencia, además que la falta de prueba del consumo no puede considerarse un hecho indicador de la finalidad de distribución porque sería invertir la carga de la prueba.

Critica que tampoco se determinara la regla de la experiencia utilizada para darle fuerza probatoria a los hechos indicadores y si no existe una regla de la experiencia fijada, no es posible determinar cuál es el hecho indicado y, si en gracia de discusión dicha regla estuviera respaldada en el texto Farmacodependencia del médico toxicólogo César Augusto Giraldo, no puede ser de recibo porque esa situación particular no fue debatida en juicio, correspondiéndole a la Fiscalía, como mejor evidencia, traer a un médico toxicólogo que determinara que la cantidad de droga incautada no la podía tener el procesado para su consumo.

Considera que lo dicho por la juez en este aspecto se trata de un conocimiento personal y no una máxima de la experiencia, que tiene una connotación de opinión y no de percepción de los hechos. Cita el Manual DMS V como guía de consulta de los criterios diagnósticos de la Asociación Americana de Psiquiatría que ayuda al diagnóstico de trastornos mentales, entre ellos, lo relacionado con el cannabis.

Censura la apelante que la juez de primera instancia le da plena credibilidad a los dichos de los policías, a pesar de haberseles impugnado credibilidad ya que traen a juicio situaciones que no habían consignado en sus informes y considera que faltaron a la obligación como servidores públicos de poner a disposición todos los elementos materiales probatorios o evidencia física hallada en el procedimiento, y no está dentro de sus funciones determinar qué entregar o qué no a la Fiscalía, que es a la que le compete determinarlo. De manera que, de haberse realizado una labor investigativa acuciosa y diligente, esta situación hubiera sido conocida para así consignarla en los hechos jurídicamente relevantes de la acusación y no sorprender a la defensa, como en efecto ocurrió. Además, se pregunta acerca de la suerte de los supuestos “cueros” y papeles con diferentes valores escritos al no saberse qué sucedió con los mismos.

Por estas razones, estima la defensa que no existe prueba más allá de toda duda que arribe a la conclusión de que la finalidad del porte de la sustancia era la distribución o venta, por lo que solicita se revoque la sentencia recurrida y, en su lugar, se profiera un fallo de carácter absolutorio.

4. LAS CONSIDERACIONES

Conforme con lo impugnado, se establecerá si con la prueba recaudada se logra el conocimiento requerido para mantener en pie la condena del justiciable o si, por el contrario, existe duda razonable, específicamente en cuanto a que si la sustancia que se le encontró al procesado la tenía para fines de tráfico.

En orden a resolver las cuestiones planteadas se esbozará un marco teórico de resolución del asunto para después descender al caso concreto y extraer las consecuencias a que haya lugar.

Al margen de las pretensiones subjetivas del Gobierno que promovió la reforma constitucional, lo cierto es que el Acto Legislativo 02 de 2009 cambió el enfoque para tratar a las personas que detentaran estupefacientes con el fin de consumirlo, pues pasó de una perspectiva punitiva o represiva a una orientación preventiva, pedagógica, profiláctica o terapéutica.

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.

Este cambio constitucional se aviene de buena manera con otras obligaciones del Estado, consignadas en tratados internacionales, como lo destaca el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, en la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 9 de marzo de 2016, Rd.41.760, M.P. Dr. Eugenio Fernández Carlier:

“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 en cuanto 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 esta conclusión de nuestro máximo organismo unificador de la jurisprudencia ordinaria, por cuanto ciertamente el marco constitucional “*excluye la posibilidad de imponer penas de reclusión en establecimientos carcelarios*” a las personas que consuman dichas sustancias frente a las cuales se restringió la libertad de configuración del legislador, cuya potestad queda limitada a establecer medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, en tanto su conducta no ingrese en el tráfico.

En otras palabras, la norma de normas le manda al legislador la imposición de medidas no punitivas a las personas que

consuman dichas sustancias, por lo cual una interpretación conforme con la Constitución Política impone que se entienda implícito un elemento en la descripción de la conducta que hace el artículo 376 del Código Penal, esto es, que las sustancias a las que se alude no las tenga la persona para su propio consumo; o en sentido contrario, que quien las lleve consigo lo haga con un fin de tráfico.

En consecuencia, por ser el ánimo de tráfico con el que se tiene el estupefaciente un aspecto subjetivo de la tipicidad, su demostración corre a cargo de la Fiscalía, la que debe adecuar la investigación para establecer este aspecto, sin que las dificultades probatorias lo excusen de esta carga, puesto que igualmente el consumidor que exceda el porte de la dosis personal también tendría excesivas dificultades para demostrar que la sustancia no se tenía para el tráfico.

Atendiendo a que no se discute que al acusado se le incautó en su poder 1750,5 gramos de marihuana, la cuestión a resolver se centra en si al Tribunal le puede asistir el conocimiento cierto de que se tenía para el tráfico, o en sentido contrario, si está excluida la probabilidad que la hubiera adquirido un consumidor para abastecerse para el consumo.

Dicho de otra manera, dada la reconocida inmunidad del mero consumidor de estupefacientes, en virtud de la reforma constitucional del año 2009 y sus desarrollos jurisprudenciales, es menester descartar que la marihuana incautada estuviese destinada para el consumo, pues de subsistir esa probabilidad la conducta sería atípica, por no configurarse el aspecto subjetivo implícito de que estuviese destinado a su tráfico.

Tal como lo asegura la defensa, corre a cargo de la Fiscalía la demostración de todos los aspectos del tipo penal, incluido este

aspecto subjetivo, pero como tal, al radicarse su existencia en el ámbito cuya verificación escapa a la constatación de lo objetivo, es preciso inferirla de los hechos y el comportamiento del procesado; de manera que, si no puede descartarse la probabilidad de que esté destinada la sustancia para el consumo, deberá irremediablemente absolverse, por efectos de la presunción de inocencia.

Por consiguiente, resulta prioritario establecer si el estupefaciente no estaba destinado para el consumo personal. Sobre esto último cabe acotar que pese a que no se estableció la calidad de consumidor del señor Duvian Andrés Jaramillo Londoño, tampoco se demostró lo contrario, causa por la cual en la reconstrucción de la situación fáctica juzgada sobre el punto prevalece la presunción de inocencia y, por ende, ante la ausencia de prueba no puede considerarse que carezca de la condición de consumidor, sin que se le pueda imponer la carga de presentar prueba a su favor al respecto¹, puesto que de asumir una estrategia pasiva podría atenerse precisamente a las presunciones constitucionales que le asisten, toda vez que el propósito de tráfico hace parte de la descripción típica de la conducta y como tal debe demostrarla la Fiscalía, en tanto le corresponde la carga de probar todos los elementos estructurales del delito.

Como ordinariamente sobre los capturados en flagrancia no hay mayor información, la Fiscalía debe ahondar en sus investigaciones, de modo que sin prueba del elemento subjetivo no deje al albur los resultados de la judicialización de la conducta; pero la dificultad que pueda surgir en esta labor no cabe trasladarla a la defensa que, en un caso como el presente, habíamos dicho también cuenta con ostensibles problemas para acreditar el propósito con que se tenía el estupefaciente.

¹ Sobre este aspecto el artículo 125 del Código de Procedimiento establece dentro de las atribuciones especiales de la defensa, en su numeral 8°, la de “no ser obligado a presentar prueba de descargo o contraprueba, ni a intervenir activamente durante el juicio oral”.

La Fiscalía no dirigió su actividad a establecer que se estuviese realizando una actividad de venta, suministro o transporte, por lo que no existe respaldo probatorio específico de algunas de esas actividades. Por esta causa, el asunto debe resolverse con base en indicios derivados de la aprehensión, que es a lo que se limitó la indagación del ente acusador.

Puestos en esta labor, debe la Sala examinar si la prueba indiciaria construida por la juez de primera instancia en orden a establecer el contexto de tráfico —que por efectos del principio de la necesidad de la prueba debería hacerse solo a partir de la prueba recaudada, de modo que toda afirmación empírica que haga el juzgador tenga respaldo probatorio—, está fundada, es convincente y ostenta la fuerza suficiente para sostener el fallo de condena proferido en contra de Duvián Andrés Jaramillo Londoño.

En torno al tema de los indicios consideró la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP1569-2018, que:

“3.1. La Sala en forma reiterada ha precisado que la prueba indiciaria hace parte del sistema probatorio colombiano a pesar de no aparecer mencionada en el artículo 382 de la Ley 906 de 2004, de manera que conservan plena validez las inferencias lógico-jurídicas fundadas en operaciones indiciarias.

También ha señalado que para construir un indicio debe existir un hecho indicador debidamente constatado, de manera que es necesario señalar cuáles son las pruebas del mismo y qué valor se les confiere. Si no se cuenta con pruebas del hecho indicador, o existiendo no se les da credibilidad, no puede declararse probado y, por ende, tampoco puede intentarse la construcción de ningún indicio.

Demostrado el hecho indicador, a continuación se debe expresar la regla de la experiencia que le otorga fuerza probatoria al indicio, pues eventualmente puede ser falsa, o tomada con un alcance diferente al que realmente tiene y, por ello, es indispensable señalarla para garantizar su contradicción.

Enseguida debe enunciarse el hecho indicado, cuya fortaleza dependerá del alcance de la regla de la experiencia. Y, por último, hay que valorar el hecho indicado, en concreto y en conjunto con los demás medios probatorios, en orden a concluir qué se declara probado”.

Así las cosas, se hace necesario examinar la prueba concerniente a la aprehensión del procesado y lo investigado, que para la defensa es insuficiente para deducir la responsabilidad de su prohijado al no referirse a un contexto de tráfico, lo que se hace con facilidad pues al juicio solo comparecieron dos testigos, esto es, los dos policías que realizaron la captura del acusado.

Pues bien, al escuchar el testimonio del patrullero de policía Eduard Fernando Muñoz Muñoz², este manifestó que el 7 de septiembre del año 2020, se encontraba realizando labores de patrullaje en motocicleta con su compañero, el subintendente Néstor David Carvajal, a la altura de la calle 9 sur con carrera 80. En ese momento habría transitado una motocicleta en sentido contrario por el que circulaban y el conductor les informa acerca de una persona sospechosa que se encontraba con una bolsa en la mano en la calle 9 sur con carrera 79C, causa por la cual, de inmediato, se dirigieron a verificar la información, encontrando a la persona en el lugar como se les había informado, quien, al notar la presencia policial, arrojó la bolsa que tenía en sus manos al suelo, por lo que procedieron a abordarlo y a verificar el contenido del paquete hallando en su interior varias bolsas herméticas que contenían una sustancia semejante a la marihuana. Agregó que, posteriormente, verifican las bolsas y al contar un total de 256, procedieron a capturar a la persona que ahora es procesada.

Narró que la captura se produjo en vía pública de una zona residencial y que no observó a Duvian en labores de venta de estupefaciente ni le fue hallado dinero, advirtiendo que la captura

² Audiencia del 24 de agosto de 2021, minuto 00:18:17.

se hace por portar el estupefaciente y no por venderlo; así mismo, manifiesta que dentro de cada bolsa hermética se encontraba un papel de envoltura o “cuero” que se usa para hacer cigarrillos y un papel con un precio como de cuatro mil pesos.

Por su lado, el subintendente de policía Néstor David Carvajal Obando³, dijo en su testimonio que el día de los hechos se encontraba con su compañero de patrulla como cuadrante 15 cubriendo el sector de Rodeo Alto y cuando se trasladaban por la calle 9 sur con carrera 80, fueron abordados por un ciudadano que se dirigía en sentido contrario y les manifiesta que por la entrada a la vereda El Reposo, más o menos por la calle 9 sur con carrera 79 C, se encontraba un sujeto en actitud sospechosa, el cual tenía consigo una bolsa negra.

Narró que se dirigieron al lugar donde fue hallada la persona mencionada, la cual, al notar la presencia policial, arrojó una bolsa al suelo, por lo que fue interceptado y al verificar el contenido de la bolsa, encontraron en su interior 256 envolturas de una sustancia verdosa, con olor y características similares a la marihuana, por lo que capturaron al ciudadano.

Igual que el testigo anterior, señaló que el procedimiento se hizo en vía pública en un sector residencial, además que la captura se hizo por la cantidad de estupefaciente hallado y su distribución en 256 envolturas, al estimar que ello era indicativo de que estaba destinado a la venta y no al consumo; no obstante, advirtió que la persona que les dio la información no dijo que el sospechoso estuviere vendiendo estupefacientes, mientras que ellos no lo habrían observado en labores de venta ni le fue encontrado dinero y que la captura se hizo por portar el estupefaciente.

³ Audiencia del 24 de agosto de 2021, minuto 1:13:07.

Así las cosas, de las pruebas testimoniales evacuadas por iniciativa de la Fiscalía, juzga la Sala que no es posible configurar indicios de tráfico, o cuando menos con la contundencia requerida para descartar la probabilidad de aprovisionamiento, en tanto los dichos de los testigos no resultan concluyentes para ese fin, pues subsiste la probabilidad de que el estupefaciente incautado se tuviera para el consumo propio e individual, o incluso compartido, sin ánimo de tráfico alguno.

En igual sentido, nada se estableció sobre la capacidad económica del procesado para adquirir la sustancia incautada en la medida en que en las pruebas practicadas no se hace referencia a este tema, ni de las estipulaciones se puede establecer esta circunstancia. Conviene precisar sobre estas últimas que, si bien dentro de los soportes de las estipulaciones efectuadas se encuentra el acta de derechos del capturado en el que consta que el acusado habría manifestado que se encuentra desempleado, dicho elemento no constituye medio de prueba. De modo que no es legal ni legítimo que el juez valore esa acotación la que, cotejada con el alto valor que se le cuantificara a la sustancia, podría conformar un indicio importante en contra del acusado en tanto una persona con escasa capacidad económica no estaría en posibilidad de gastar un alto valor en un aprovisionamiento para el consumo personal; pero como los pilares base de este indicio no se probaron, no podrá utilizarse en la obtención del conocimiento requerido para condenar.

Así, no se sabe a ciencia cierta cuánto podría ser el valor de la sustancia incautada, pues, pese a que ambos policías manifestaron que en cada una de las bolsas decomisadas se encontraba un papel con un precio que variaría entre \$4000 y \$15000, ello no resulta conclusivo por cuanto no se estableció la cantidad de bolsas que tendrían unos u otros valores. En todo caso, no se conoce el precio de la adquisición de la sustancia como

en cierta forma lo deja entrever el patrullero Eduard Fernando Muñoz Muñoz cuando afirma que al acusado no lo sorprendió expiendiendo, por lo que no sabría si se trataba del precio por el que se adquirió o por el que se iba a distribuir.

Sobre este aspecto y conforme con lo alegado, conviene precisar que, aunque la recurrente se queja por cuanto lo relacionado con las etiquetas de los precios —incluyendo las envolturas conocidas como “cueros”— y que se encontrarían al interior de las bolsas incautadas, no fue plasmado en los informes de captura y de incautación de elementos, los funcionarios de policía justificaron dicha omisión indicando al unísono que no la estimaron relevante porque lo realmente importante para ellos era la sustancia como tal, por lo que resulta válido lo manifestado en ese sentido y puede ser valorado como indicio, toda vez que los testimonios se califican como coherentes, creíbles, contestes y sin animadversión, además que la defensa tuvo la oportunidad de ejercer la contradicción al respecto como en efecto lo hizo: otra cosa es que no estén en capacidad de indicar la venta de la sustancia que se ve afectada por el hecho irrefutable de que así mismo pudo haber sido adquirida y porque la desidia de la Fiscalía en demostrar quien es el procesado impiden considerar que careciera de capacidad económica para adquirir la sustancia para su propio consumo.

De igual forma, al referirse los testigos al hecho de que al capturado no le fue encontrado dinero en efectivo, ello no demuestra que con anterioridad no pudiese tenerlo y, por el contrario, se trataría de una situación incompatible con la venta al detal de estupefacientes, en tanto lo habitual es que los vendedores al menudeo de este tipo de sustancias tengan dinero en su poder, en bajas denominaciones, precisamente como producto de dicha labor, cuando para el efecto no se presenta división del trabajo entre quien recibe el pago y otro que entrega la sustancia; de lo

cual no hay rastros en este evento pues solo se da cuenta de la presencia de una persona en zona residencial y no de expendio.

Ahora, el hecho de que el procesado hubiere sido observado en otras oportunidades por los policías que realizaron la captura, no implica que estuviere expendiendo estupefacientes; de un lado, por cuanto los testigos no afirmaron que lo hubieren visto desarrollando actividades propias del narcotráfico o cometiendo otro tipo de infracción, incluso la persona que les brindó la información sobre su actitud sospechosa nada mencionó acerca de que estuviere vendiendo, como lo manifestó el subintendente Néstor David Carvajal Obando, y de otro lado, por cuanto el acusado tendría su domicilio en el sector al haber fijado su residencia en la dirección calle 6 sur #80 AC – 26, por lo que no resulta extraño que sea visto en el lugar por los miembros de la policía.

Igualmente, las circunstancias de la captura no muestran que fuese aprehendido el acusado ingresando a un lugar de expendio o en actitud de expendedor, tema que no fue objeto de profundización en los testimonios de los policías, quienes afirman que, por información de la comunidad, tienen conocimiento de que Duvian Andrés Jaramillo es conocido en el sector con el alias de “Guaraña” y que se dedica al cobro de extorsiones y distribución de estupefacientes. Esta información no constituye prueba por cuanto incorporan informaciones anónimas que, si bien pueden ser útiles para las labores de indagación por parte de la policía, resultan inadmisibles como prueba y solo sirven como criterio orientador de la investigación⁴ que en este evento no se hizo. Entonces, lo que exponen estos testigos con base en lo dicho por personas no identificadas de la comunidad no constituye prueba por no tener capacidad de acreditación y si en gracia de discusión en algo la

⁴ Al respecto, ver la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia SP15487-2017 del 27 de septiembre de 2017, radicación 46864, con ponencia del Magistrado Luis Antonio Hernández Barbosa.

tuviera, se trataría de prueba de referencia inadmisibles, que ni siquiera sirve para establecer un hecho indicador, por ser anónima la fuente de la que proviene.

Entonces, desvirtuados los anteriores indicios, cabe volver sobre el tema atinente a la cantidad de droga para precisar que lo determinante en la constatación del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes es la finalidad perseguida por el sujeto agente y no la cantidad de estupefaciente que se lleva consigo, salvo que esta última sea de tal proporción que sea irracional considerar que pudiera destinarse para el consumo. Así lo tiene determinado la reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de la que resulta relevante citar la sentencia CSJ SP4943-2019, Rad. 51556⁵, con ponencia de la Magistrada Patricia Salazar Cuéllar, que estableció la siguiente regla jurisprudencial:

“4.2 Regla jurisprudencial aplicable: el *porte de estupefacientes* demanda un elemento subjetivo especial.

Desde la sentencia SP2940-2016, mar. 9, rad. 41760; la Sala de Casación Penal considera que el Acto Legislativo 02/2009 y los parámetros interpretativos fijados por la Corte Constitucional en la decisión C-574/2011, entre otras razones, imponen tratar al consumidor de sustancias estupefacientes, con mayor razón si es adicto, como sujeto de especial protección que debe ser destinatario, por ende, de medidas administrativas de orden pedagógico, terapéutico y profiláctico, no de sanciones jurídico-penales.

En esa perspectiva, se advirtió que la tipicidad de portar o *llevar consigo* estupefacientes estaba supeditada a una finalidad o ánimo especial del agente: la de tráfico o distribución. Por ende, si tal conducta persigue el aprovisionamiento para el consumo personal escapa de la prohibición típica, con independencia de la cantidad de droga que fuese incautada. En la sentencia de casación al inicio citada que, vale advertir, fue reproducida por la SP4131-2016, abr. 6, rad. 43512, y la SP3605-2017, mar 15, rad. 43725, así se explicó:

... 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**

⁵ Reiterada en las sentencias CSJ SP5400-2019, Rad. 50748; CSJ SP106-2020, Rad. 56574, y CSJ SP2695-2021, Rad. 55922, entre otras

finalidad, de ahí que el porte de una cantidad de droga compatible exclusivamente con ese propósito de consumo será una conducta atípica, ...

(...).

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.

(...).

... para la tipicidad de la conducta del porte de sustancias estupefacientes se debe tener en cuenta el ingrediente subjetivo tácito que plasmó el legislador al excluir de la previsión legal la conducta de quien tenga la finalidad exclusiva de su uso personal por razón de la dependencia como consumidor, adicto o enfermo, ...

En la misma línea, se inserta la sentencia de casación SP9916-2017, jul. 11, rad. 44997, que reiteró la anterior postura *«en el sentido de considerar el ánimo –de consumo propio o de distribución- del sujeto activo como ingrediente subjetivo o finalidad del porte de sustancias alucinógenas, a efectos de excluir su responsabilidad penal o de estimar realizado el tipo de prohibición»*. Por ello,

El consumidor ocasional, recreativo o adicto, no puede ser considerado como sujeto pasible del derecho penal, cuando la conducta que realiza carece de cualquier connotación afin al tráfico o distribución de sustancias estupefacientes o psicotrópicas o drogas sintéticas, con independencia de la cantidad de sustancia prohibida que se lleve consigo, pues en tales eventos no se produce un efectivo menoscabo o peligro concreto para los bienes jurídicos que pueden ser objeto de tutela por el legislador.

Respecto de la implicación de esa interpretación en las reglas probatorias, se insistió en 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»*.

En la sentencia SP497-2018, feb. 28, rad. 50512, así como en la SP732-2018, mar. 14, rad. 46848, y en la más reciente SP025-2019, ene. 23, rad. 51204, se reiteró que el porte de estupefacientes requiere de un ingrediente subjetivo; por lo que, su tipicidad *«no depende en últimas de la cantidad de sustancia llevada consigo sino de la verdadera intención que se persigue a través de la acción descrita»*. No obstante, se precisó que ese factor cuantitativo no puede menospreciarse, *«pues hace parte de la información objetiva recogida en el proceso y, por tanto, junto con otros elementos materiales allegados en el juicio permitirán la inferencia razonable del propósito que alentaba al portador»*.

En resumen, según la jurisprudencia de casación establecida desde la SP2940-2016, mar. 9, rad. 41760, y vigente en la actualidad: *La tipicidad de la conducta de «llevar consigo» sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas, incluye un elemento subjetivo especial: la finalidad de tráfico o distribución. En consecuencia, la inexistencia de este ánimo, como ocurre cuando se porta droga para el consumo personal, genera atipicidad.* Tal postura apareja dos precisiones de orden probatorio:

(i) La cantidad de alucinógenos no es el factor determinante del juicio de tipicidad de la modalidad conductual *«llevar consigo»*, aunque ese dato sí podrá valorarse como un indicador, junto a los otros que se encuentren demostrados, de la finalidad del agente. Y,

(ii) La carga de la prueba del referido ingrediente subjetivo, al igual que ocurre frente a los demás presupuestos de la tipicidad y de la responsabilidad penal en general, corresponde a la Fiscalía General de la Nación, según lo establecido en el inciso 2 del artículo 7 del C.P.P.”

Por tanto, es necesario puntualizar que la cantidad de estupefacientes por sí misma no impone colegir un contexto de tráfico, requiriéndose la demostración del ingrediente subjetivo referente a la finalidad de tráfico o distribución, y en este caso, aunque la cantidad de marihuana supera con creces lo establecido para la dosis personal, en tanto arrojó un peso neto de 1750.5 gramos, lo cierto es que esa cantidad es compatible con la dosis de aprovisionamiento para el consumidor habitual de marihuana que por alguna circunstancia pensara en abastecerse hasta por varios meses, dependiendo del grado de farmacodependencia que presente, pues en algunos casos podría tratarse de adictos compulsivos que requieren gran cantidad de dosis para producir los efectos deseados.

Desde luego que no se trata de que la hipótesis señalada esté probada, sino que es probable y no fue descartada mediante indicio alguno y menos prueba directa, de modo que la presunción ante la ausencia de cualquier prueba al respecto de inocencia obliga a considerar existente la hipótesis que más favorezca al procesado. Esta premisa la deberá tener muy clara la Fiscalía que

simplemente afinó la expectativa de que su caso prosperara en la cantidad y empaque de la sustancia.

Por consiguiente, juzga el Tribunal que, en este caso, la cantidad por sí misma no constituye un indicio concluyente de que la sustancia se tenía para el tráfico, toda vez que no puede descartarse el aprovisionamiento y el alto consumo de la sustancia.

Aunque la juez de primera instancia sustenta la incompatibilidad de la cantidad portada con el aprovisionamiento, acorde con lo dicho por el toxicólogo César Augusto Giraldo en su obra *Farmacodependencia*, en el sentido de que un adulto habituado y adicto al consumo de marihuana consume máximo 5 gramos al día, lo cierto es que se trata de un concepto personal como lo admite el propio autor en el texto citado por la juez, en el que no se profundiza sobre los casos de adictos compulsivos que requieren mayor cantidad de marihuana a la de un adicto habitual y que eventualmente podría superar lo establecido como dosis para uso personal que el propio legislador estableció en 20 gramos para marihuana⁶. En todo caso, como acertadamente lo plantea la defensa, se trataría de un concepto que no puede ser valorado, en tanto no fue tema de prueba ni incorporado en el juicio con la posibilidad de ejercer la contradicción o confrontación. Nótese que lo dicho, no constituye un postulado científico sino un estudio empírico de lo que suele suceder, que para extraer consecuencias en el caso debió ser incorporado para que pudiera ser objeto de contradicción, pues frente al mismo opera la necesidad de prueba para que el juez pueda hacer aseveraciones empíricas, o sea, de lo que sucede.

Es menester entender bien este argumento: No se trata de que los postulados reconocidos por la ciencia no puedan ser

⁶ Artículo 2 literal J de la Ley 30 de 1986: “Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos”

valorados, lo que ocurre es que lo citado es un estudio empírico, cuyo acierto depende de cómo se realiza, es decir, del rigor de la muestra y procedimiento o método con el que se elabora, además de la época en la que se hace, lo que puede arrojar datos variables que no dependen de reglas científicas, sino que pretende recoger lo que en la experiencia realmente sucede. Las leyes y postulados científicos, de suyo, ingresan en la valoración probatoria en virtud del método de la sana crítica que es el que rige en nuestro sistema probatorio, junto con los postulados de la lógica y las leyes de la experiencia que nutren el método de valoración.

Por último, pese a que la forma en que estaba empacada la sustancia, esto es, distribuida en varias dosis, podría constituir un indicio que sugiera fines de expendio, también existe la probabilidad de que el estupefaciente hubiese sido adquirido de esa manera, hipótesis que no excluye el aprovisionamiento para su consumo. En efecto, referirnos a más de 250 porciones podría sugerir que está dividida adecuadamente para su expendio, pero a la vez es posible que ello derive de que así fue adquirida.

Entonces, no existiendo noticias de expendio, ni siquiera de que el lugar de los hechos fuera un sitio dedicado a esa actividad subsiste la probabilidad de que se tuviese el estupefaciente para el consumo propio con ánimo de aprovisionamiento y no el de venta o distribución. La demostración de un contexto de tráfico más que materia de alegación debe ser objeto de prueba salvo que hubiese sido estipulado.

En consecuencia, como no es posible descartar que estemos en presencia de un consumidor que llevara consigo estupefaciente destinado para su propio consumo, en tanto quien tenía la carga de demostrar un contexto de tráfico de la sustancia no logró hacerlo, se impone revocar el fallo condenatorio y en su lugar, proferir absolucón a favor del acusado, pues subsisten dudas de la

tipicidad de la infracción que, en estricto acatamiento de la presunción de inocencia, se resolverán en su favor.

En discusiones de la Sala surgió la cuestión de si era posible reconocer la inmunidad del consumidor cuando se sobrepasan los límites de cantidad para agravar la conducta, valga decir cuando se ubica en los incisos 1 y 3 del artículo 376 del Código Penal, ante lo cual la mayoría responde afirmativamente, puesto que la inmunidad del mero consumidor es producto de la interpretación de la norma constitucional cuyo alcance, dada su jerarquía normativa, no puede ser variada por la regulación legal y menos la preexistente, que se ve modificada por el acto legislativo mencionado.

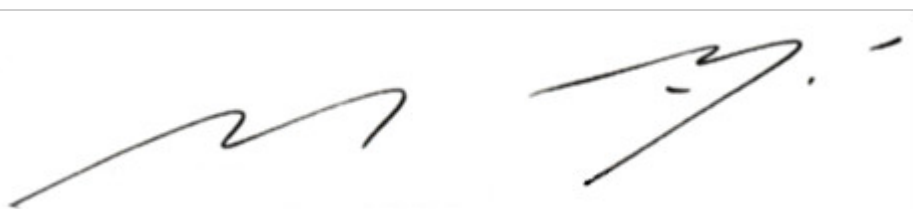
Igualmente, fue traída a colación como eventual precedente la sentencia dictada bajo radicado 57266 del 11 de julio de 2021, M. P. Gerson Chaverra Castro, por la cual se confirmó condena emanada de este mismo Tribunal, en un caso de porte de 180 papeletas de cocaína, con peso neto de 56.9 gramos, donde dijo la alta corporación que el factor cuantitativo no es desdeñable, y que con otros elementos de juicio permite una inferencia razonable del propósito de venta; sin embargo, dicho caso difiere del presente en el que la Fiscalía precisamente no logró introducir otros elementos de juicio como queda explicado ampliamente y porque en el caso reseñado existió un elemento contundente que de estar presente en este evento conduciría a condenar como lo es el que el acusado en ese evento ingresaba a la plaza de vicio portando el estupefaciente, indicio poderoso de que estaba surtiendo la plaza y no aprovisionándose.

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: Revocar la sentencia recurrida, obra del Juzgado Octavo Penal del Circuito de Medellín y, en su lugar, absolver al señor Duvian Andrés Jaramillo Londoño del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes atribuido por la Fiscalía, conforme con lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

Segundo: Esta sentencia 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



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO
CON SALVAMENTO DE VOTO