



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA N° 069

(Sesión del 22 de junio de 2022)

Radicado: 050016000206201901607
Sentenciado: Luis Rodrigo Toro Álvarez
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Asunto: Defensa apela sentencia condenatoria
Decisión: Revoca y absuelve
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 24 de junio de 2022

(Fecha de lectura)

1. OBJETO DE DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de apelación que presentó el defensor del ciudadano sentenciado, contra la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2021 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Itagüí-Antioquia que declaró penalmente responsable a Luis Rodrigo Toro Álvarez del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

2. HECHOS

El 24 de enero de 2019, siendo aproximadamente las 2:50 horas, cuando agentes la Policía Nacional que realizaban labores de vigilancia y control en el barrio Calatrava del municipio de Itagüí -concretamente en un sector conocido por el expendio de estupefacientes y denominado Los Ranchos-, observaron a un hombre que bajaba unas escaleras y cargaba una bolsa color negro, quien, al percibir la presencia de los policiales arrojó la bolsa al techo de una vivienda aledaña, a lo cual los agentes procedieron a practicarle una requisita personal, uno de los patrulleros sin perder de vista la bolsa, se subió al techo, la recogió y al verificar el contenido se encontraron tres bolsas herméticas, transparentes con

Radicado: 05001-60-00206-2019-01607
Sentenciado: Luis Rodrigo Toro Álvarez
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

una franja roja, contentivas de una sustancia con características similares al cannabis o sus derivados. El sujeto aprehendido adujo que le habían dejado esa bolsa en su casa por lo que se disponía a botarla en la basura. Fue capturado y puesto a disposición de la autoridad competente, la sustancia se sometió a la prueba preliminar homologada arrojando positivo para cannabis y sus derivados en un peso neto de 1.237,7 gramos.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. Actuación procesal relevante.

3.1.1. Audiencias Preliminares. El 24 de enero de 2019, el Juez Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Itagüí-Antioquia, legalizó el procedimiento de captura realizado en contra de Luis Rodrigo Toro Álvarez. Acto seguido la Fiscalía General de la Nación le formuló imputación por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes consagrado en el artículo 376 inciso 3º del Código Penal, cargo al cual el imputado no se allanó. El Juez le impuso medida de aseguramiento no privativa de la libertad.

3.1.2. Acusación. El 26 de julio de 2019, ante la Juez Segunda Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Itagüí-Antioquia se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación en la que la delegada de la Fiscalía General de la Nación acusó formalmente al ciudadano procesado de ser autor responsable del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de llevar consigo, conforme al artículo 376 inciso 3º del Código Penal.

3.1.3. Audiencia preparatoria. Se llevó a cabo el 9 de septiembre de 2019.

3.1.4. La audiencia del juicio oral se desarrolló los días 16 de junio de 28 de septiembre de 2021 fecha esta última en la que se anunció el sentido condenatorio del fallo y se le dio trámite a la audiencia de individualización de pena y sentencia.

3.2. Sentencia de primera instancia.

Radicado: 05001-60-00206-2019-01607
Sentenciado: Luis Rodrigo Toro Álvarez
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

La Juez Segunda Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Itagüí-Antioquia profirió sentencia condenatoria en contra de Luis Rodrigo Toro Álvarez al considerar que la contundencia de la prueba fue tal, que se corroboró que existió oportunidad temporal y espacial para ejecutar el comportamiento ilegal que le fue atribuido al procesado.

Partió por explicar las razones por las cuales estimó consolidados cada uno de los elementos estructurales de tipo penal de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y lo atinente a la antijuridicidad y la culpabilidad, admitiendo que la Sala de Casación Penal de la Corte ha reconocido que el tipo penal descrito y sancionado en el artículo 376 del Código Penal exige aquellos elementos que se conoce en la doctrina como “*elementos subjetivos distintos del dolo, elementos subjetivos del tipo o elementos subjetivos del injusto*”, que son aquellos de carácter intencional distintos del dolo, empleados para describir los componentes de carácter anímico relacionados con una peculiar finalidad del sujeto realizador de la conducta investigada, de modo tal que sea posible confirmar o rechazar la tipicidad de la conducta en el plano material dentro del proceso de imputación objetiva.

En tal sentido, para la *a quo* no cabe duda respecto a que la eficacia de las inferencias que se hacen a partir del sorprendimiento en flagrancia, portando sustancias prohibidas en dosis superiores a las establecidas, depende subordinadamente de la existencia de pruebas que den certeza en relación con el ánimo o intención del agente de la conducta –propósito ulterior- coherente con el tráfico o la distribución. Ello para significar que, pese a que la calidad y cantidad de la droga incautada, el sorprendimiento en flagrancia y la actitud del procesado permiten deducir lógico-jurídicamente un ánimo distinto al de la mera tenencia, como basilar del reproche penal; empero, se requiere de la prueba fehaciente en cuanto al ánimo o intención como requisito *sine qua non* para la verificación de los elementos del tipo, toda vez que, claramente los funcionarios de policía que realizaron el procedimiento de captura en flagrancia del ciudadano Toro Álvarez indicaron que éste les dijo que ese paquete se lo habían dejado en su casa y que se disponía a botarlo a la basura, no obstante, su actitud evasiva y sospechosa lo llevó a arrojar la bolsa al techo de una vivienda.

Radicado: 05001-60-00206-2019-01607
Sentenciado: Luis Rodrigo Toro Álvarez
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Aunado a lo anterior, resaltó que conforme a lo manifestado por los testigos de cargo de manera clara y coherente, lo cual le mereció total credibilidad i) Luis Rodrigo Toro Álvarez estaba bajando unas escalas portando en su mano una bolsa negra que contenía una sustancia con estupefacientes; ii) el sector Los Ranchos del barrio Calatrava del municipio de Itagüí es conocido por ser un lugar de expendio de sustancias estupefacientes y es un sitio en el que se cometen otros punibles; iii) de acuerdo con la información dada por su experiencia cumpliendo funciones de vigilancia en el sector, era un sitio de difícil orden público; iv) el aprehendido portaba dosis de cannabis en un peso neto de 1.237,7 gramos; v) cuando percibió a los policías, el acusado lanzó la bolsa con la sustancia estupefaciente mostrando así una actitud evasiva, no obstante, refirió que se trataba de basura que iría a botar, lo cual era falso; (vii) el aprehendido era reconocido en el sector por ser llamado alias “Baraco” quien, según se decía, se encargaba de guardar estupefacientes que luego transportaba.

Por lo anterior, la Juez de primera instancia consideró que los testimonios de cargo estuvieron revestidos de veracidad, se mostraron creíbles, fueron afines entre sí, detallados y sin ambivalencia; la defensa por su parte atacó esas pruebas arguyendo que con esos testigos de cargo no se acreditó la acción de venta o distribución por parte de su defendido y que este se encontraba portando sustancias estupefacientes para su propio consumo. Esto último lo afirma la defensa con base en las declaraciones efectuadas por las dos testigos que aportó al juicio, sin embargo, la *a quo* les restó credibilidad a las afirmaciones de ambas testigos porque parecían estar contando los hechos de otras capturas acontecidas, aunque acordaron en decir que los hechos ocurrieron en enero de 2019, concluyendo tras analizar los dichos de ambas que mintieron, para favorecer a Toro Álvarez pues presentaron en todo una alteración fáctica que resultó ilógica.

Concluye entonces que, por vía indiciaria, se acreditó que el 24 de enero de 2019, el acusado se estaba dedicando a la distribución de cannabis, ello si se tienen en cuenta las circunstancias que rodearon su captura; además de que por la forma como se hallaba guardado el estupefaciente, desde las reglas de la experiencia se descarta la posibilidad de que se trataba para su consumo mientras bajaba las escalas; aunado a que según los dichos de los agentes captores, el sector donde fue capturado el procesado es dedicado

Radicado: 05001-60-00206-2019-01607
Sentenciado: Luis Rodrigo Toro Álvarez
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

exclusivamente al expendio de sustancias alucinógenas pues incluso el barrio es conocido por la comisión de delitos recurrentes y de que allí operan bandas delincuenciales que buscan el control constante del lugar; así mismo resalta que el acusado al notar la presencia policial arrojó la bolsa que llevaba en su poder al tejado de una residencia buscando ocultarla y aduciendo que se trataba de basura lo que resultó mendaz.

Por último se tiene que si bien se probó que se trataba de un consumidor de estupefacientes, no se logró demostrar que la sustancia que arrojó al techo era para su aprovisionamiento pues cuando fue capturado se dedicó a negar esa sustancia y decir era basura que sería botada porque alguien la había dejado en su casa; además de que salía de su casa cuando fue observado por los patrulleros, no ingresaba, es decir, estaba desplazando la bolsa negra a un lugar distinto al de su residencia; y, al momento de su aprehensión no mencionó que era para su consumo. Todo lo cual lleva a la *a quo* a considerar que mal haría en recurrir a la suposición y decir que era para su aprovisionamiento, arribando a la conclusión de que el acusado hace parte de un eslabón del microtráfico y, su función era la de portar esa bolsa que le fue incautada, con el propósito inequívoco de distribuirla para el abastecimiento de los vendedores.

Todo lo anterior, exige inferir que se llegó al conocimiento más allá de toda duda sobre la real ocurrencia del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y la responsabilidad penal de Luis Rodrigo Toro Álvarez en el mismo, pues con dolo y a título de autor tuvo el ánimo de distribuir sustancias estupefacientes; para la primera instancia fue indiscutible e irrefutable que él tuvo el propósito irrefutable de comercializarla. Respecto a la antijuridicidad de tal proceder, también emergió indubitable, porque la hipótesis delictiva es de peligro abstracto de manera que no exige concreción del daño al bien jurídico tutelado; insistiendo en que nada hay que lleve siquiera a suponer que ese estupefaciente era para su propio consumo cuando de las circunstancias fácticas se concluye que Toro Álvarez portaba una bolsa negra con cannabis, suministrándola. En consecuencia, profirió condena en su contra.

3.3. Del recurso interpuesto por la defensa.

Radicado: 05001-60-00206-2019-01607
Sentenciado: Luis Rodrigo Toro Álvarez
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Inconforme con la condena, el defensor del ciudadano procesado interpuso apelación contra el fallo de primera instancia arguyendo que la base fundamental para el mismo fue el informe y la consiguiente declaración de los agentes de policía que realizaron el procedimiento de captura, considerando el censor que la Juez de primera instancia valoró erróneamente estas pruebas al darles un valor equivocado a lo que realmente acreditaban, tras concatenarlas con unos indicios provenientes de su fuero interno, para poder predicar una responsabilidad penal y así dictar un fallo de condena en contra de su prohijado.

Lo anterior en tanto extrajo del informe policivo y de las declaraciones de los agentes que, por ser un sector de tráfico de estupefacientes y tener noticias los policiales por parte de sus compañeros de que el capturado Toro Álvarez se dedicaba a hacer mandados y guardar estupefacientes, ello lo convertía en un traficante de estupefacientes dedicado a la venta de los mismos. Ello, omitiendo la *a quo* que los policiales en sus declaraciones señalaron que no habían visto a su prohijado por el sector, que solo tenían esa información por parte de sus compañeros, pero, en ningún momento señalan que lo vieron traficando con estupefacientes, luego esa es una deducción de la señora Juez para poder edificar la sentencia de condena y para ello da cuenta de unos indicios y de unos hechos que en ningún momento fueron probados en el juicio oral.

Si bien en nuestro medio existe libertad probatoria, el Fallador no está facultado para emitir una condena con base en deducciones que en ningún momento tuvieron respaldo probatorio derivando unos hechos sin fundamento jurídico, solo con su convicción interna. Arguye que la Juez de primera instancia suplió la falencia de la Fiscalía, siendo el Ente Acusador el encargado de probar la responsabilidad del acusado con las pruebas decretadas y practicadas en el juicio oral; el Juez no puede llenar las expectativas consagradas y exigidas para condenar, al no probarse en este caso que dicho estupefaciente era para la venta o comercialización no quedaba otro camino que absolver a Luis Rodrigo Toro Álvarez; sin embargo con esa indebida valoración de la prueba, la *a quo* concluyó erróneamente que se había probado la comercialización de estupefacientes desconociendo las reglas mínimas que tiene que tener el Juez para la valoración de la prueba en su debida oportunidad y de esta forma poder dictar la respectiva sentencia ya sea de condena o absolutoria.

Radicado: 05001-60-00206-2019-01607
Sentenciado: Luis Rodrigo Toro Álvarez
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Resalta el censor que en nuestro medio la responsabilidad objetiva no existe, la Fiscalía General de la Nación es quien tiene la carga de la prueba y debe probar que el estupefaciente incautado sería destinado para distribución o venta, resaltando que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado al respecto en reiteradas ocasiones señalando de que el tipo penal del artículo 376 del Código Penal, cuando la conducta se relaciona con el porte de estupefacientes, contiene un ingrediente subjetivo tácito atinente al propósito del sujeto agente, por lo que la realización del tipo penal 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.

Correspondía a la Fiscalía la demostración de cada uno de los elementos del tipo penal, y como ello no se logró en el juicio oral, la Juez de primera instancia suplió esta falencia edificando una sentencia de condena que contraviene lo normado en el sistema penal acusatorio. Solicita se revoque la condena proferida y se absuelva al ciudadano Luis Rodrigo Toro Álvarez del delito por el que fue acusado.

3.4. De la Fiscalía como sujeto procesal no recurrente.

Solicitó se confirme el fallo impugnado al no compartir los argumentos de la apelación en tanto reprochó el defensor que en la sentencia de primera instancia la Juez valoró erróneamente la declaración de los policiales que realizaron el procedimiento de captura arguyendo que la sentencia "*no se ajusta a la realidad probatoria debatida en el juicio*", pero se contradice al afirmar que no puede contradecir el informe y la declaración de los policiales, considerando "*que se ajusta a la realidad de lo sucedido*"; luego entonces se cuestiona la Fiscal cómo es que pueden ajustarse a la realidad de lo sucedido, pero al mismo tiempo decirse que la valoración de estas pruebas fue errónea.

Sobre que la Juez haya utilizado su fuero interno para valorar o darles alcance a esos testimonios y convirtió a su defendido en un traficante de estupefacientes; esa afirmación no es cierta, pues la *a quo* hizo en su detallada sentencia, hizo una valoración de las pruebas testimoniales de cargo y descargo y, sumado a ello, hace un análisis de indicios que refuerzan la afirmaciones de los agentes de policía y que la llevaron a concluir la existencia del ánimo de tráfico de las

Radicado: 05001-60-00206-2019-01607
Sentenciado: Luis Rodrigo Toro Álvarez
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

sustancia portadas por el procesado, apoyada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, dando cuenta que no hay certeza absoluta, que es relativa pero racional y ello es lo que le permite ese conocimiento para condenar. Resalta la Fiscal que esa valoración, ese análisis reflexivo y detallado, necesariamente va ligado al conocimiento interno de la Juez, que es muy distinto a su fuero interno o subjetividad.

Efectivamente la Juez entendió por ser cierto, que los policías en sus declaraciones en ningún momento señalaron que hayan visto a Toro Álvarez traficando, pero las manifestaciones que hicieron en sus declaraciones con respecto a esa información previa que tenían de "alias Baracos", como era conocido el acusado en el sector, se valoró en sede de indicios. No es cierto que la *a quo* haya suplido la falencia de la Fiscalía de no probar que dicho estupefaciente era para la venta o comercialización, pues el Ente Acusador en sus alegatos hizo alusión a todas esas circunstancias indicadoras de que la sustancia tenía otro destino diferente al propio consumo, que se enmarcaría en el ánimo para el tráfico de la misma, es decir, no fue la Juez en su fuero interno que decidió aparecer de la nada esos indicios, ellos se presentaron y se valoraron por la primera instancia en debida y legal forma.

Considera que la conclusión de la Juez en su sentencia de primera instancia fue razonada, motivada y basada en los medios de conocimiento presentados y debatidos en el juicio.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Competencia.

Esta Sala es competente para resolver el asunto según lo dispone el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004¹.

4.2. Problema jurídico.

¹ Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen:

1. De los recursos de **apelación** contra los autos y **sentencias** que en primera instancia profieran los **jueces del circuito** y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito. (Negrillas de la Sala de Decisión).

Radicado: 05001-60-00206-2019-01607
Sentenciado: Luis Rodrigo Toro Álvarez
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Esta Sala determinará si se demostró en juicio que el acusado incurrió en la conducta punible tipificada en el artículo 376 inciso 3º del Código Penal, de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, bajo el verbo rector “llevar consigo”.

4.3. Valoración y solución del problema jurídico.

4.3.1. Pues bien, en este asunto, aunque no se discute la secuencia fáctica que da cuenta de la aprehensión del señor Luis Rodrigo Toro Álvarez porque fue observado por los agentes captadores en el barrio Calatrava sector Los Ranchos de municipio de Itagüí-Antioquia, bajando unas escaleras mientras una bolsa negra que, al percibir la presencia de los policiales arrojó al techo de una vivienda contigua, pudiéndose verificar por los policías que la bolsa contenía tres bolsas herméticas transparentes con una franja roja, contentivas de una sustancia que al ser sometida a las pruebas preliminar y confirmatoria, arrojó positivo para cannabis y sus derivados, en un peso neto de 1.237,7 gramos, en términos de lo que ha sido una línea jurisprudencial pacífica de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia², el debate es eminentemente probatorio.

En efecto, luego de múltiples oscilaciones jurisprudenciales³ respecto de la situación jurídica o compromiso penal del individuo a quien se le incautan sustancias estupefacientes en cantidades superiores a la denominada dosis personal, el órgano de cierre de la jurisdicción penal reconoció, a partir de lo que

² Sentencias SP2940-2016; SP4131-2016; SP3605-2017; SP9916-2017; entre muchas otras.

³ Radicado 42.617, del 12 de noviembre de 2014, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, con salvamento de voto del Magistrado Eugenio Fernández Carlier:

“(…) 1. Que **el consumo** de estupefacientes es una conducta que **no tiene la potencialidad de afectar bienes jurídicos ajenos** (la salud o la seguridad pública, o el orden económico y social).

2. Que **la presunción de antijuridicidad** para los delitos de peligro abstracto como es el de Fabricación, tráfico y porte de estupefacientes, **es iuris tantum** siempre, y no sólo cuando se trate de excesos ligeros a la dosis de uso personal.

3. Que el drogadicto, incluido su entorno familiar, es sujeto de una especial protección constitucional porque es concebido como una persona enferma. Además, **el consumidor en general es también sujeto de una discriminación positiva** porque se establecen en su favor medidas curativas y rehabilitadoras en el nivel normativo superior.

4. **Que el consumo de drogas no podría ser factor constitucional de discriminación positiva y, al tiempo, una circunstancia antijurídica**, mucho menos desde el punto de vista punitivo.

Así las cosas, el porte de estupefacientes en una cantidad superior a la establecida legalmente como dosis de uso personal, es una conducta típica que se presume antijurídica. Sin embargo, como quiera que tal presunción ostenta carácter iuris tantum, la prueba de que su destino es el consumo estrictamente personal sin que apareje interferencia en derechos ajenos (orden socio-económico o la seguridad pública), desvirtúa tal suposición legal y, por ende, excluye la responsabilidad penal. En consecuencia, la cantidad de estupefaciente que se lleve consigo no es el único elemento definitorio de la antijuridicidad, sino sólo uno más de los que habrán de valorar los juzgadores a fin de **determinar la licitud de la finalidad del porte**.

Esta tesis no implica un cambio rotundo en la línea jurisprudencial que se traía, por cuanto, como se vio al principio, ésta ya había despejado el camino para admitir que el porte para el consumo no vulnera los bienes jurídicos protegidos y que (en algunas ocasiones) la prueba de tal circunstancia excluía la antijuridicidad de la conducta. Por el contrario, al argumento medular que se venía sosteniendo hace casi 10 años (falta de antijuridicidad del porte de estupefacientes en algunos eventos), se le hacen producir todos los efectos que conlleva de manera plena y no parcial, como antes. Además, la tesis se ajusta de mejor manera al espíritu y al tenor del panorama constitucional que en relación al consumidor de drogas rige a partir del año 2009.

Radicado: 05001-60-00206-2019-01607
Sentenciado: Luis Rodrigo Toro Álvarez
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

la doctrina denomina elementos subjetivos distintos del dolo, elementos subjetivos del tipo o elementos subjetivos del injusto, la existencia de la intención o ánimo del agente, como ingrediente determinante para verificar la tipicidad de la conducta.

*“(…) En este sentido, cobra importancia la orientación que frente al delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes ha dado la Sala en las sentencias CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760; CSJ SP-4131, 6 abr. 2016, rad. 43512; y, CSJ SP-3605, 15 mar. 2017, rad. 43725; 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.*

Con ello, la Corte está reconociendo la existencia en el tipo penal del artículo 376 del Código Penal de lo que se conoce en la doctrina como elementos subjetivos distintos del dolo, elementos subjetivos del tipo o elementos subjetivos del injusto, que son aquellos ingredientes de carácter intencional distintos del dolo que en ocasiones se emplean para describir los tipos penales y que poseen un componente de carácter anímico relacionado con una peculiar finalidad del sujeto realizador de la conducta descrita.

(…)

*De esa manera, en relación con el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el recurso a los elementos subjetivos diferentes del dolo, tiene el propósito de efectuar una restricción teleológica del tipo penal, pues no obstante que el contenido objetivo del verbo rector llevar consigo remite a la realización de la conducta penalmente relevante con el solo acto de portar las sustancias estupefacientes, psicotrópicas o drogas sintéticas, **el desarrollo jurisprudencial atrás relacionado ha reducido el contenido del injusto a la demostración del ánimo por parte del portador de destinarla a su distribución o comercio, como fin o telos de la norma.**⁴*
(Negrillas de la Sala)

En este sentido, cuando se somete a proceso al sujeto porque la autoridad policial le privó de la libertad en tanto se confirmó que portaba (*llevaba consigo*, tercer verbo del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes⁵) cualquiera de las sustancias que menciona el artículo 376 del Código Penal, contrario a lo considerado por la Juez de primera instancia, corresponde al titular de la acción penal probar que el ánimo del agente respecto de la sustancia era diferente al consumo personal para poder avanzar en la verificación de los elementos que

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP9916-2017. Radicación 44997 del 11 de julio de 2017.

⁵ “**Artículo 376.** Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. El que, sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, (…)”

Radicado: 05001-60-00206-2019-01607
Sentenciado: Luis Rodrigo Toro Álvarez
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

configuran el hecho punible⁶, pues el ánimo o intención del agente, como ingrediente subjetivo distinto al dolo, permite “*confirmar o rechazar la tipicidad de la conducta*”⁷.

Es así como, a la luz del precedente jurisprudencial, desde ya advierte la Sala que la decisión adoptada por la *a quo* se colige desacertada y alejada, sin una justificación jurídica plausible, de la evolución jurisprudencial en la materia, particularmente de la postura que viene acuñando la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Lo anterior en tanto si bien en el *sub examine* no hay duda de la materialidad de la conducta, esto es que la sustancia corresponde a cannabis y sus derivados, y que antes de su aprehensión, Luis Rodrigo Toro Álvarez llevaba consigo la bolsa que contenía el estupefaciente, la Fiscalía no aportó ningún elemento material probatorio y mucho menos prueba, del cual se pueda establecer que la intención del procesado iba dirigida al tráfico de esa sustancia, pues si bien fue enfática la Juez de primera instancia –al unísono con la delegada del Ente Acusador- en que esa intención se infería de la cantidad de sustancia incautada, de que la zona donde se dio la captura es conocido por la venta de estupefacientes y la comisión de otros delitos, de que el procesado es conocido en el sector con el alias de “Baraco” como alguien que, además de consumir estupefacientes, los guarda en su residencia y los transporta, lo cierto para esta Sala es que la cantidad de droga incautada no es concluyente a efectos de establecer la lesividad de la conducta, pues 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.

Aunado a lo anterior, es importante en todo caso acotar que el que la tipicidad de la acción desplegada se ajuste o no a la descripción objetiva que contiene el artículo 376 del Código Penal depende entonces de la conducta efectivamente exteriorizada por el agente, quien en este caso conforme se acreditó en juicio era un habitante del sector donde fue capturado y bajaba unas escalas que dan

⁶ “**Artículo 9°.** Conducta punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.”

⁷ *Óp. cit.*

Radicado: 05001-60-00206-2019-01607
Sentenciado: Luis Rodrigo Toro Álvarez
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

con su residencia, llevando consigo una bolsa que contenía la sustancia incautada.

Ahora, se dirá tal y como lo argumentó la Juez *a quo*, que la cantidad de sustancia incautada -1.237,7 gramos de marihuana-, la actitud asumida por el ciudadano quien arrojó la bolsa en cuanto notó la presencia policial y que el sector donde reside es conocido por el expendio de sustancias estupefacientes, son elementos para inferir un ánimo diferente a la sola tenencia del estupefaciente para consumo propio y, edificar a partir de allí la sentencia de reproche, en tanto las inferencias lógico jurídicas son permitidas en el sistema de enjuiciamiento de naturaleza acusatoria como el patrio⁸. No obstante, la eficacia de las inferencias está supeditada a la existencia de medios probatorios que las confirmen o robustezcan.

Lo anterior, sin embargo, considera esta Sala, no se verificó en el juicio, pues los dos agentes de policía que acudieron a la vista pública como testigos de cargo no dieron cuenta de un comportamiento distinto al mero porte del estupefaciente –llevar consigo- por parte del procesado; empero, fueron enfáticos en la actitud asumida por el acusado –de arrojar la bolsa y negar su propiedad cuando fue interrogado-, aunado a que, según dichos de otros compañeros policías, alias “Baraco” es conocido como alguien que habitualmente guarda estupefacientes en su casa y acostumbra a hacer favores a los integrantes de las bandas delincuenciales del sector, trasportando la droga.

Sin embargo lo esbozado en precedencia no puede entenderse como inferencias válidas en punto de edificar una condena bajo el supuesto de que el porte de esa sustancia tenía como finalidad el tráfico de la misma; de un lado porque ni siquiera fue plenamente acreditado que Luis Rodrigo Toro Álvarez fuese conocido con el alias de “Baraco”, referido por los policiales, a pesar de que la Fiscalía tuvo en juicio la oportunidad de acreditar esa información con las dos vecinas del acusado, quienes acudieron a la vista pública como testigos de la defensa; de otro lado porque si bien los agentes captadores fueron enfáticos en que no vieron al ciudadano haciendo nada distinto a llevar consigo, pero que

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión del 17 de marzo de 2009, Rad. 30727 “*Las inferencias lógico jurídicas a través de operaciones indiciarias son pertinentes dentro de la sistemática procesal vigente para permitirle al juez un «convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda» (Ley 906 de 2004, artículo 7°), que cuando ello se alcanza le permitan proferir sentencias de condena en contra de los acusados.*

Radicado: 05001-60-00206-2019-01607
Sentenciado: Luis Rodrigo Toro Álvarez
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

otros compañeros policías les indicaron que “Baraco” solía guardar en su casa estupefacientes de los grupos delincuenciales del sector, esos dichos no tiene ningún valor probatorio al ser prueba de referencia inadmisibles si se tiene en cuenta que de ninguna manera cumple con los presupuestos establecidos en la norma⁹ para darle el grado de admisibilidad a las afirmaciones de otros agentes de policía que nada tuvieron que ver con este asunto y que bien pudieron haber sido llevados al juicio por parte del Ente Acusador, pero de nuevo se insiste en la actitud pasiva de quien tenía la carga de la prueba y quien optó por formular la acusación del delito de este asunto fue bajo el verbo rector “llevar consigo” apuntando en todo caso a demostrar la tenencia desde el punto de vista objetivo; esto es, de lo que se verifica por medio de los sentidos

Por último frente a las inferencias que llevaron a la *a quo* a edificar la condena que ahora se reprocha, es importante precisar que en modo alguno puede considerarse un indicio en contra del acusado el hecho de que en el sector donde ocurrieron los hechos también se venden estupefacientes, pues aunado a que este hecho tampoco fue plenamente acreditado por la Fiscalía, de lo declarado por los testigos de cargo y de descargo se concluye que además en un sector residencial y que, de hecho, el acusado acababa de salir de su vivienda cuando fue aprehendido por los policiales. Ahora, respecto a la actitud asumida por el acusado de arrojar la bolsa con marihuana y negar que fuese suya, es importante recordar que los testigos de la defensa fueron coincidentes en afirmar que Toro Álvarez desde hace años es consumidor de estupefacientes lo cual podría explicar su nerviosismo y esfuerzo por desprenderse de la droga con la conciencia de que se tiene una cantidad de sustancia que excede lo permitido como dosis personal pero que bien puede ser para su aprovisionamiento.

Al respecto, en novísimo pronunciamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la sentencia con Radicado 58665 del 27 de abril del año en curso¹⁰, en armonía con el precedente decantado, estableció:

54. En tercer lugar, los gramajes legalmente definidos como dosis personal son útiles como criterio de análisis, pero no suficientes para determinar la finalidad del agente. Por un lado, porque incluso cuando la cantidad de alcaloide es menor a aquella, pero se encuentra acreditado que

⁹ Artículos 437 y 438 del Código de Procedimiento Penal.

¹⁰ CSJ STP5128-2022, MP. Myriam Ávila Roldán.

Radicado: 05001-60-00206-2019-01607
Sentenciado: Luis Rodrigo Toro Álvarez
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

el propósito era de expendio, el comportamiento es punible. Por otro lado, debido a que la cantidad es una variable dependiente de las condiciones personales del individuo. En este examen cuentan también elementos como su grado de dependencia, tolerancia y necesidad, su condición de adicto, recreativo o primerizo y la posibilidad de abastecimiento en cantidades superiores o de dosis compartidas¹¹.

*55. En cuarto lugar, la ponderación de cada hecho indicador tendrá una fuerza demostrativa determinada, conforme al contexto fáctico en cuestión. No obstante, **la circunstancia de que la sustancia sea portada o conservada en porciones o pequeñas dosis no permite inferir, de forma necesaria, que la finalidad del agente sea la distribución del estupefaciente.** Esta clase de razonamiento ignora que, si ello permite identificar la forma en que la droga, normalmente, es dispuesta para su expendio, esa es también la manera en la cual el alucinógeno es adquirido. Por lo tanto, **en términos generales, ese hecho aislado no permite distinguir entre el distribuidor y el consumidor¹².**" (Negrillas y Subraya de la Sala)*

No se trata de desconocer que Toro Álvarez fue capturado en poder de sustancia estupefaciente en cantidad superior a la dosis personal legalmente permitida en relación con la marihuana, sino de reconocer que, desde la perspectiva jurisprudencial establecida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cobra relevancia el análisis de otros factores determinantes para la configuración del injusto típico, más allá de la cantidad de sustancia estupefaciente incautada. Factores que ayuden a demostrar la lesividad de la conducta desplegada por el agente y, de contera, erradicar cualquier tipo de arbitrariedad, capricho o aplicación vaga de conceptos legales -como el de Dosis Personal- por parte del funcionario que resuelva el asunto.

Contrario a lo que consideró la *a quo*, la Fiscalía no demostró más allá de toda duda, como lo demanda el artículo 381 del Código de Procedimental Penal, que la finalidad del señor Luis Rodrigo Toro Álvarez haya estado dirigida al tráfico del material estupefaciente que le fue incautado. Pues, a pesar de que los uniformados que realizaron el procedimiento de captura concluyeron que se encontraban frente a una clara acción de porte para el suministro o para la venta

¹¹ CSJSP9916-2017, Radicado 44997.

¹² *Óp. Cit.* En este fallo, la Sala planteó: "desconoce en su razonamiento el juzgador que lo habitual en materia de microtráfico de sustancias prohibidas, es que la droga se venda en dosis menores, por lo que es una obviedad comprender que si esa es la forma que reviste la venta en cuanto a su presentación, pues esa es la misma manera en que se adquiere. Por lo tanto, de esa característica no puede deducirse que el acusado era el vendedor, cuando de ella podía inferirse, con la misma probabilidad, que era el comprador de la sustancia".

Así mismo, en la Sentencia CSJ SP497-2018, Radicado 50512, sostuvo: "En el contexto de los hechos, el hecho de encontrar la sustancia incautada empacada en papeletas no muestra nada diferente a que lo habitual en materia de microtráfico de sustancias prohibidas es que la droga sea vendida en dosis menores, por lo que de tal hallazgo, ausente de información adicional, no se puede deducir que JOSÉ FERNANDO DÍAZ la tenía destinada para algo diferente que a su consumo, menos, si la Fiscalía nunca tuvo dentro de sus hipótesis investigativas la estructuración de un verbo alternativo de consumación del tipo penal descrito en el artículo 376 del C.P., diferente al de 'llevar consigo'".

Radicado: 05001-60-00206-2019-01607
Sentenciado: Luis Rodrigo Toro Álvarez
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

de ese estupefaciente, al analizar las circunstancias que rodearon la aprehensión del acusado, nada de lo visto indica que los patrulleros presenciaron una actividad de suministro, intercambio, venta o tráfico, quedando claro que según lo dicho por los agentes captadores en juicio, el procesado se encontraba solo, bajando unas escaleras y no se halló en su poder ningún otro elemento distinto a la sustancia, ni tampoco evidenciaron claras e inequívocas acciones indicativas o dirigidas a esta clase de actividades ilegales; insistiéndose en que el hecho de que hubiese arrojado la bolsa con la marihuana no puede ser considerado *per se* un indicio en su contra si se tiene en cuenta que se trata de un consumidor que sabía que estaba excedido en los 20 gramos permitidos como dosis personal, siendo apenas obvio que bajo esas circunstancias, al notar la presencia de los agentes de policía, lo que busque es ocultarla.

Corolario a lo anterior, es pertinente traer a colación lo referido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la ya referida 44997 del 11 de julio de 2017¹³ frente a 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 conclusión, si *“(…) lo verdaderamente trascendental en función del verbo rector llevar consigo, es la comprobación de un propósito ulterior que debe estar relacionado con el tráfico o la distribución de las sustancias, pues no de otra manera se entendería materializado el riesgo o peligro abstracto para los bienes jurídicos¹⁴, y ello no fue probado en el juicio que se adelantó contra Luis Rodrigo Toro Álvarez, se impone revocar la sentencia condenatoria de primer grado y ordenar su libertad inmediata.*

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, **REVOCA** la sentencia del 28 de septiembre de 2021, por la cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Itagüí-Antioquia declaró penalmente responsable a Luis Rodrigo Toro Álvarez

¹³ MP. Patricia Salazar Cuellar.

¹⁴ *Óp. Cit.*

Radicado: 05001-60-00206-2019-01607
Sentenciado: Luis Rodrigo Toro Álvarez
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. En consecuencia, la **ABSUELVE** del cargo formulado y **SE ORDENA** su libertad inmediata.

Esta decisión se notifica en estrados y contra ella procede casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado



NELSON SARAY BOTERO
Magistrado



HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado