



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Acusatorio ordinario: 2019-18949

Aprobado mediante acta 37

Medellín, marzo diecisiete (17) de dos mil veintidós (2022).

La sentencia proferida el 21 de septiembre del año pasado por la Juez Treinta Penal del Circuito de esta ciudad, en la que se condenó al señor **Alejandro Posada Grajales** “a la pena principal privativa de la libertad de *SESENTA Y CUATRO (64) MESES DE PRISIÓN o lo que es lo mismo, CINCO (5) AÑOS Y CUATRO (4) MESES, y MULTA de DOS (2) SMLMV para el año 2019*”, fue apelada por su defensor y en razón de ello la Sala procederá a la resolución del recurso, conforme a la competencia asignada en el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

ANTECEDENTES

1. La acusación.

El señor **Alejandro Posada Grajales** fue acusado de “llevar consigo” setecientos sesenta y dos con tres (762,3) gramos

netos de marihuana en 99 bolsas herméticas, a eso de las 11:00 horas del 4 de agosto de 2019 en la calle 42 con carrera 43 del barrio Niquitao de esta ciudad, conducta subsumida en el inciso segundo del artículo 376 del Código Penal, denominado "*tráfico fabricación o porte de estupefacientes*"¹.

2. La sentencia.

Las sesiones del juicio oral se realizaron los días 9 de julio de 2020 y 13 de septiembre de 2021. En la primera se presentaron estipulaciones sobre la identidad del acusado, y la calidad, cantidad y mismidad de la sustancia incautada, que correspondió a marihuana con un peso neto de 762,3 gramos, sustentada con el informe preliminar de PIPH; mientras que en la segunda se presentaron como testigos de la Fiscalía, a los patrulleros Richard Zapata Restrepo y **William** Alexis Bello Sosa.

Anunciado sentido de fallo condenatorio, la Juez, el 21 de septiembre del año pasado profirió la sentencia, fundamentando su decisión con los siguientes argumentos:

Adujo que de la prueba practicada y estipulada en el juicio, quedó plenamente acreditada una conducta externa y voluntaria de parte del señor **Alejandro Posada Grajales**, que podía imputarse objetivamente en *el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes* en la modalidad de llevar consigo, (art. 376, inciso 2, del C.P.), pues el 4 de

¹ La formulación de imputación fue realizada el 5 de agosto de 2019.

agosto de 2019 los patrulleros de la Policía Nacional Richard Gonzalo Zapata Restrepo y William Alexis Bello Sosa, en la calle 42 con carrera 43 del barrio Niquitao de esta ciudad a eso de las 11:00 horas, lo sorprendieron portando 99 bolsas blancas herméticas que contenían una sustancia vegetal, cuya prueba de identificación preliminar homologada arrojó resultado positivo para marihuana con un peso neto de 762,3 gramos, por lo que se configuraba la conducta, puesto que *“sin que se adujera que contaba con permiso de autoridad competente, el procesado fue sorprendido in fraganti al llevar consigo esos 762,3 gramos de marihuana”*, la cual, en concordancia con el artículo 2 literal J de la Ley 30, sobrepasa ampliamente la permitida para uso personal, superándola de manera desproporcionada, esto es, en 38 dosis, quedando acreditada la materialidad de la infracción y el elemento normativo que exige el riesgo de lesión al bien jurídico, máxime cuando no se probó en el juicio oral que el procesado fuera consumidor habitual del estupefaciente o que esa cantidad sea la que efectivamente necesita *“para soslayar su dependencia, sin que por ende se pueda estructurar una duda acerca de la configuración típica del comportamiento estudiado”*.

Resaltó que si bien ha venido sosteniendo que en cantidades *“razonables”* de estupefaciente y conforme otros elementos, o como cuando lo ha referido la Corte Suprema de Justicia no se supere de manera desproporcionada la cantidad prevista como dosis personal, incluso con independencia de si se es adicto o no, *“se pueda deducir de manera sensata que podría ser para el respectivo consumo, inhibiendo en consecuencia*

la emisión de una sentencia condenatoria", este no es el caso dada la exorbitante cantidad de estupefaciente hallada, por lo que no se advierte que con los elementos aportados se permita estructurar una duda acerca de la configuración típica del comportamiento.

No desconoce que es necesario para la emisión de una condena, como lo ha venido sosteniendo la Sala Penal de la Corte, que la Fiscalía *"demuestre las circunstancias atinentes al tráfico o distribución de los estupefacientes como componentes de los ingredientes subjetivos"* del tipo, pues es *"quien tiene la carga de probar toda la estructura de la conducta punible"*², no obstante, tampoco podía pasarse por alto que esa Corporación refiere que el peso de la sustancia podía ser relevante para establecer su estructuración y no debía 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"*³, criterio que fue resaltado en decisión SP3433, radicado 57266 del 11 de julio de 2021, retomando la SP9916-2017, indicando incluso el año anterior, en un caso en el que se quiso controvertir la condición de consumidor con sustento únicamente en la cantidad de sustancia que le fue incautada, que ello resultaba *"insuficiente"*, transliterándose aparte de la sentencia.

² Radicado 44997 del 11 de julio de 2017, 51556 de 2019, 56574 de 2020, 2566 de 2021.

³ Radicado 51204 del 23 de enero de 2019.

Destacó que en esa decisión *“cuando se apela al criterio del “límite de la razonabilidad” previene que su validez depende nada más y nada menos que de las circunstancias particulares de cada caso”*, que a no dudarlo resultaba insuficiente, en el asunto analizado por la Corte, en el que se probó la condición de consumidor, *“pues hasta perito para ello se trajo”*, y que se trataba de marihuana en cantidad de 242.9 gramos, distribuidas en dos bolsas, que como se dijo apenas desbordaba en 12 veces la dosis personal, postura que no riñe con la que plantea, *“pues no en todos los eventos tal criterio resulta insuficiente. Ello, pues admitir lo contrario, esto es, que la cantidad hallada no resulta relevante, llevaría al absurdo de concluir que por cualquier cantidad por excesiva, exorbitante o exagerada que parezca, si no se tienen otros elementos diferentes, se debe reputar atípica la conducta, incluso aun cuando se superen umbrales previstos en el inciso 2º - 100 gramos de cocaína o 1000 gramos de marihuana- o el 3º -2.000 gramos de cocaína o 10.000 gramos de marihuana- del artículo 376 del Código Penal”*, constituyéndose en un elemento importante para el hecho que se juzga, la gran cantidad estupefaciente que fue encontrada y su presentación (99 bolsas herméticas), por lo que escapa tal cantidad de ese criterio de razonabilidad al que se apela, máxime cuando no se probó la calidad de consumidor, *“y en ello que puede indicar a esta funcionaria que tal alijo no estaba destinado para su aprovisionamiento, pues en palabras de la Corte Suprema de Justicia el peso se torna relevante cuando es en grandes cantidades”*.

Indicó que del estudio de las sentencias más significativas o relevantes en el tema, la Corte ha analizado asuntos que en nada se acompañan con este caso y que se hallan sin mucho esfuerzo dentro del límite de la razonabilidad, enunciando como ejemplos, la 41760 del 9 de marzo de 2016 (SP2940-2016), en el que se juzgó un caso de 50,2 gramos de marihuana, no se dice como estaba empacada; en el radicado 43725 del 15 de marzo de 2017 (SP3605-2017) una bolsa plástica que pesó 5,7 gramos de cocaína; mientras que en la 44997 del 11 de julio de 2017 (SP9916-2017) se trataba de dos bolsas que contenían marihuana, con un peso neto de 8,8 gramos. Igualmente, en la 50512 del 28 de febrero de 2018, (SP497-2018) lo incautado fueron 47 papeletas con peso neto de 11,4 gramos positivos para cocaína; en la 51204 del 23 de enero de 2019, (SP025-2019) fueron 30 cigarrillos de marihuana, con un peso neto de 50 gramos, en la 51556 del 2019 del 13 de noviembre de 2019 (SP4943-2019) se trataba de 8 bolsas que contenían 74,6 gramos de marihuana, entre otras relacionadas.

Concluyó que en la mayor cantidad de absoluciones, en lo atinente a la cocaína fue de 36,8 gramos que se hallaba en una bolsa plástica, y de marihuana 317.3 gramos en una sola bolsa, es decir, en ninguna de ellas se superó, o por muy poco, el umbral de la tercera parte de la máxima cantidad del inciso 2º del 376 del C.P., que para la primera son 100 gramos y para la segunda 1000, *“y ni que decir la manera como se portaban, lo que fácticamente dista mucho de los 762,3 gramos de marihuana distribuida en 99 bolsas herméticas incautadas al aquí sentenciado”*.

Adujo que, la tesis que postula, encuentra sustento también en el radicado 57266 del 11 de julio de 2021 (SP3433 de 2021), donde se hallaron 56.9 gramos de cocaína, distribuidas en 180 papeletas, a una persona que se movilizaba en vía pública de un sector reconocido por tener presencia de “plazas móviles”, es decir, en circunstancias similares a este caso, y se confirmó la primera condena proferida por el Tribunal Superior de Medellín, al compartir la conclusión sobre la finalidad de comercialización, y ello bajo un “*discernimiento razonable*”, incluso habiéndose probado la calidad de adicto, en tanto “*se respalda en todos los aspectos que rodearon la comisión del delito, empezando con la forma en que se encontraba empacado el estupefaciente y la cantidad de dosis personales que tenía en su poder el procesado, pues como lo referenciaron los policías que conocen el sector y que habitualmente realizan capturas en dicho lugar, lo usual de quien compra para su propio consumo es adquirir alrededor de cinco dosis, y no 180, tal como fue el caso del señor Montoya Restrepo.*”

En igual sentido refirió el radicado 44718 del 13 de abril de 2016 (SP4498-2016), en la que a quien portaba 495 gramos de marihuana compactada se le ratificó una condena, “*tras la advertencia que en la situación fáctica y procesal que allí se debatía no tenía cabida la tesis expuesta en el radicado 41760 del 9 de marzo, “de acuerdo con la cual en tratándose de la modalidad comportamental “llevar consigo” del artículo 376 de la Ley 599 de 2000 «...ha de sopesarse en todo caso el ánimo de ingesta de las sustancias, como ingrediente subjetivo o finalidad, [y] de ahí que el porte de una cantidad*

de droga compatible exclusivamente con ese propósito de consumo será una conducta atípica...»''', transcribiendo aparte de la decisión.

Recordó que en esa sentencia se trae a colación el acto legislativo 02 de 2009, a partir del cual en el caso de los adictos cambia la respuesta estatal, que ya no es de tipo penal sino medidas administrativas con fines terapéuticos y de rehabilitación, en igual sentido en que se pronunció la Corte Constitucional a través de la sentencia C-491 de 28 de junio de 2012 al analizar la exequibilidad del artículo 376 del Código Penal, pero llamó la atención en que a raíz de la línea jurisprudencial citada, *"ha venido haciendo carrera el pretender que por cualquier cantidad por exorbitante que parezca se traiga la tesis esbozada, aún de superarse los umbrales del inciso 2º y 3º, 14 como párrafos atrás se esbozó, pretendiendo que la sola cantidad y su presentación, aunado a la falta de prueba que corrobore que en efecto quien la portaba es un consumidor, no son suficientes para fundar una condena, cuando como se indicó de manera precedente, ante la imposibilidad de cuantificarse lo que puede corresponder a la dosis despenalizada, y en tanto "deviene diáfano que la misma no puede ser ilimitada, de ahí que un criterio razonable a fin de establecer la dosis autorizada es el de la necesidad de la persona", pero ello como un criterio orientador, pues obviamente ante cantidades como se dijo exorbitantes, tal resultará innecesario, por superar el de la razonabilidad, como bien se analizó en la SP3433 de 2021"*.

En esas condiciones concluyó que este caso gravita bajo la necesidad de entender cuál era la finalidad de la sustancia incautada al acusado, pues además de estar acreditado el ilícito, hay una serie de hechos indicadores o inferencias que dan cuenta de que la sustancia efectivamente estaría destinada para su tráfico, pues si bien es cierto los patrulleros no lo vieron ofreciéndola a título gratuito u oneroso, dejaron claro que el sector es reconocido por expender vicio, por lo que la cantidad de estupefaciente, su presentación e incluso la falta de justificación de porqué la portaba, indican que este ciudadano no compró esa dosis para su consumo.

Tampoco existe prueba ni de su calidad de consumidor, ni sobre la correlación entre la necesidad de consumo respecto de la cantidad exagerada que le fue hallada, en tanto, tal como lo ha referido la Corte Suprema de Justicia, lo único relevante no es el límite cuantitativo impuesto por el legislador al determinar la dosis permitida para el uso personal, pues en algunos eventos éste se torna insuficiente, al no atender situaciones específicas o *“condiciones personales del individuo, caso en el cual entran en juego otros elementos atinentes, por ejemplo, al grado de dependencia, su tolerancia y necesidad, su condición de consumidor adicto, recreativo o primerizo y la posibilidad de abastecimiento en cantidades superiores o de dosis compartidas, lo que escapa a cualquier previsión legislativa”*⁴, situación que en manera alguna puede quedar librada al azar, ser inferida o supuesta por el juzgador, sino que en estos casos, dada la exorbitante

⁴ Sala de Casación Penal, SP9916-2017, Radicado 44997, del 11 de julio de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

cantidad, debe mínimamente verificarse, como para siquiera sembrar una duda al respecto.

Además, dijo, la forma en que la sustancia estaba dispuesta, 99 bolsas herméticas, es conforme las reglas de la sana lógica y la experiencia, *“la que es usual en prácticas de narcomenudeo, y que dada su disposición atendería la demanda de por lo menos 99 personas, y que como lo indica la Corte en la SP3433 de 2021, no es usual de quien adquiere su propia dosis, hacerlo en cantidades como ésta, sin que tampoco pueda entonces hablarse de una dosis de aprovisionamiento para el asunto, pues se itera no se demostró que éste ciudadano fuera consumidor de tal estupefaciente”*, tampoco que esa cantidad tan exorbitante fuera con ese fin, superando de manera desproporcionada la autorizada, esto es, *“llevaba lo permitido portar a más de 38 personas”*, situación que no da cuenta de un simple consumo, o de quien se aprovisiona, ya que analizados los elementos de juicio, se puede inferir de manera razonable el propósito que alentaba al portador, esto es, llevar consigo el estupefaciente con fines de tráfico, dadas las particularidades exhibidas, por lo que puso en efectivo riesgo el bien jurídicamente protegido y se hace merecedor del reproche punitivo, y por ello la conducta es típica.

Expuso, en lo concerniente a la culpabilidad, que a partir de los medios de conocimiento allegados a la actuación, el acusado tenía capacidad para comprender lo que hacía y determinarse frente a esa comprensión, que conocía que su actuar era prohibido, es decir, tenía conciencia de la ilicitud,

y no obstante decidió libremente desplegar el comportamiento contrario al ordenamiento jurídico, siéndole exigible asumir una conducta distinta y respetuosa de los bienes jurídicos, lo que autoriza la realización del juicio de reproche penal que se traduce en la imposición de la pena, sin que se observe en su favor ninguna causal de ausencia de responsabilidad.

En relación con las penas principales, se impusieron 64 meses de prisión, como mínimo previsto en el inciso segundo del artículo 376, del Código Penal, la cual consideró consulta los fines de la pena, la gravedad y modalidad de la conducta punible, siendo la condena proporcional al daño real y efectivo creado, y que además debe compadecerse con la necesidad de la sanción, en el marco de la prevención general y especial, más aún cuando de ésta no solo se predica su propósito resocializador sino que además tiene funciones preventivas, ya que con ella se intenta prevenir que el acusado cometa otras conductas punibles (protección) y disuadirlo, así como a otras personas, de cometerlas (prevención especial y general); y multa de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2019. Como pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se impuso igual término de la pena privativa de la libertad.

Por disposición legal de prohibición, se negaron los mecanismos sustitutivos de encarcelamiento, ordenándose, entonces, la expedición de la orden de captura.

3. La apelación.

El defensor pretende la expedición de un fallo absolutorio por el reconocimiento de la duda a favor de su representado, destacándose los siguientes argumentos:

Adujo que se está dando una indebida interpretación a la norma sustancial, explicando que cuando la conducta se relaciona con el porte de estupefacientes, ese tipo penal contiene un ingrediente subjetivo atinente a un propósito que debe tener el sujeto activo, y su realización no depende en últimas de la cantidad de sustancia llevada consigo sino de la intención que se persiga.

Expuso que en este caso, para la juez fue relevante la cantidad, pero se está desconociendo la postura, desde la teoría del delito, frente a ese elemento subjetivo que debe acompañar la intención para poderlo ubicar en la tipicidad. Se debe tener en cuenta que si la conducta como tal carece de algún tipo de connotación afín al tráfico de estupefacientes se debe mirar con independencia la cantidad como tal, no puede ser objeto de reproche penal la simple cantidad.

Indicó que si se analiza con detenimiento la decisión de primera instancia, la interpretación no solamente alude a la cantidad de estupefaciente incautado, sino al lugar en que fue encontrado el señor Alejandro, que se caracteriza por tener plazas de vicio y donde es común todo lo que tiene que ver con estupefacientes, lo que se traduce a que por encontrarse en ese lugar hay un indicio de que de una u otra manera el fin de llevar consigo era el de distribución, cuestionándose por qué razón se le da connotación a esa permanencia en ese

lugar para concluir que iba a distribuir o vender, pero no se le da esa misma relevancia a que estaba en ese sitio en calidad de consumidor, concluyendo que no hubo prueba de que el estupefaciente fuera para su consumo y la carga de la prueba la tiene la Fiscalía.

Resaltó que no se tuvo en cuenta la constatación del elemento subjetivo, de la intención de la persona que lleva consigo el estupefaciente, que va ligado al propósito de distribuir o vender, y aunque no se trajo un elemento para probar que el estupefaciente lo tenía su representado para consumo personal, la fiscalía no logró acreditar ese elemento adicional de intención a llevar consigo, entonces se están tocando los linderos de la duda frente a la materialidad y la responsabilidad del acusado.

Realizó una comparación de las 38 dosis incautadas, con un caso que supera esta dosis y en donde hubo absolucón, y si bien allí se probó la adicción a los estupefacientes, el Tribunal Superior de Medellín indicó que la carga de la Fiscalía es probar más allá de llevar consigo. En este caso no se logró probar un fin distinto a llevar consigo y la carga entonces no se le puede trasladar a la defensa para establecer si el propósito de su defendido era la de distribuir o traficar. Lo único que se logró probar es que los policías captores vieron al ciudadano "con 38 dosis", aludiendo a decisión de esta Corporación donde se absolvió por duda.

4. No recurrente.

La Fiscal solicitó se confirme la decisión de primera instancia.

Indicó que la valoración de las pruebas realizada por la Juez fue objetiva, conforme a la sana crítica y bajo los principios del derecho probatorio, se tuvo presente la teoría del delito frente a la conducta punible investigada y lo que la jurisprudencia ha valorado respecto de las mismas.

Admitió que en cuanto a la conducta por la que acusó, existe un elemento subjetivo y ha sido la jurisprudencia la que ha nutrido ese verbo rector de llevar consigo, con una finalidad que se materializa en un consumo para una absolución, o en unas actividades que representan el tráfico de la sustancia que con ellos pone en peligro el bien jurídico de la salud pública.

En este caso, la Juez valoró las circunstancias de tiempo modo y lugar, y con ellas llegó a la conclusión de que la finalidad del acusado al llevar consigo 99 bolsas plásticas de sustancia estupefaciente "*traducidas en 762,3 gramos de marihuana de acuerdo con el examen de PIPH realizado*", efectivamente era "*de llevar consigo*". El enjuiciado estaba en medio de dos plazas de vicio móviles y el agente captor relacionó las características específicas de las mismas, en el sentido de que para su venta solamente se tiene entre 20 y 30 bolsitas de sustancia máxima para el ejercicio de la actividad ilícita, y que particularmente en las horas de la mañana es que se realiza el abastecimiento de esas plazas de vicio para luego ponerlas en manos del destinatario final y lesionar con ello el bien jurídico de la salud pública. El acusado estaba allí con esas 99

bolsas y la cantidad que fue determinada por el perito, es una cantidad que sobrepasa en creces la dosis mínima establecida en la Ley 30.

Expuso que, conforme lo dijo la Juez, si el legislador no hubiese tenido en cuenta la diferencia entre esas cantidades no se hubiera realizado la discriminación en tres incisos, señalando con ello la gravedad de la conducta de acuerdo precisamente a la cantidad de sustancia que se lleva consigo. No se encuentra una providencia donde la cantidad de la sustancia sea tan diferencial con respecto a la dosis personal, como ocurre en este caso, pues en los diversos pronunciamientos la superación de esa dosis es mínima. La Juez no invirtió la carga de la prueba sino que valoró las pruebas allegadas al juicio y tuvo presente lo que la jurisprudencia ha dicho acerca de que la cantidad de sustancia hay que tenerla en cuenta, no se pudo probar que la sustancia era para el abastecimiento porque el acusado no compareció al juicio y no fue posible su ubicación y, por tanto, no se pudo justificar que esa cantidad hubiera sido para el autoconsumo, ello aunado a las reglas de la experiencia frente a cómo ocurrieron los hechos (la cantidad y el lugar de expendio, donde las plazas se surten a la hora en que se llevaban las sustancias).

Concluyó que se cumplieron los presupuestos fácticos, se reúnen los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, la finalidad de llevar consigo era la distribución y la sentencia también tiene soporte en la decisión 57266 del 11 de julio de 2021, donde se tuvo en cuenta la forma en cómo iba

empacada la sustancia y la cantidad, ello aunado al lugar, hora y demás características que mencionaron los patrulleros.

ANÁLISIS Y CONCLUSIONES

El problema jurídico que nos corresponde estudiar se circunscribe al análisis de la prueba practicada en el juicio que condujo a la Juez a condenar al señor **Posada Grajales** de los hechos relevantes consignados en la acusación, al considerar que había un conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, situación cuestionada por la defensa, quien propugna el reconocimiento de la duda a favor de su representado.

Con esta finalidad, abordaremos inicialmente la actual línea jurisprudencial que desarrolla las pautas de interpretación de la conducta de llevar consigo estupefacientes, para luego verificar las dos pruebas testimoniales practicadas en el juicio, concluyendo con la definición del problema jurídico, atinente a si se probó, más allá de toda duda, el dolo de expendio que debe acompañar la tenencia de la droga incautada.

1. El margen de interpretación.

Llevar consigo estupefacientes sin permiso de autoridad competente reclama como elemento implícito del tipo penal subjetivo un ánimo de expendio o distribución, y en ese sentido en la sentencia del 19 de mayo del año pasado

(SP1861-2021 Radicación nº 56087) la Sala Penal de la Corte recordó el tenor de su jurisprudencia:

“... para la configuración del tipo penal subjetivo y con independencia de la cantidad portada, es necesario demostrar que el propósito del sujeto agente que lleva consigo la sustancia estupefaciente es su venta, distribución o comercialización a terceros, pues si el objetivo es el propio consumo atendiendo la condición de consumidor o de adicto de quien la porta, la conducta deviene en atípica”.

Además, evocó las siguientes precisiones relevantes⁵:

- 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,
- 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.”

2. Los testimonios.

⁵Retomados de: Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. sentencia de marzo 9 de 2016. SP2940-2016-radicado 41760.

Ninguna controversia en el hallazgo del estupefaciente en poder del acusado.

En ese sentido, los patrulleros Richard Zapata Restrepo y William Alexis Bello Sosa, coincidieron en declarar que el 4 de agosto de 2019, cuando realizaban labores de patrullaje en el sector de Niquitao, en la calle 42 con carrera 43, a eso de las 11:00 de la mañana, capturaron al señor **Alejandro Posada Grajales** porque al requisarlo le hallaron en el bolso que llevaba en la espalda, varias bolsas herméticas, 99 en total, que contenían una sustancia vegetal con características similares a la marihuana.

También declararon que se trata de una zona de expendio de alucinógenos o plazas de vicio, el acusado iba solo, nunca antes lo habían observado en ese lugar y que tampoco lo vieron realizando actividades adicionales de entrega o recogida de la sustancia. Las partes estipularon que la sustancia incautada era marihuana con un peso neto de 762,3 gramos.

3. Análisis y conclusiones.

Verificadas las pruebas relacionadas, para la Sala no resulta procedente inferir un propósito de expendio del estupefaciente que el acusado llevaba consigo, conforme equivocadamente lo dedujo la Juez de primera instancia.

La Juez reconoce que en este tipo de casos debe tenerse en cuenta la cantidad de estupefaciente incautado, junto con las demás circunstancias que rodearon los hechos, para inferir el propósito de expendio, pero finalmente le da mayor relevancia a esa cantidad y presentación de la sustancia, para deducir el ánimo de venta o distribución.

En principio debemos precisar que es claro, que en ese sentido, la Corte ha insistido en que la cantidad de estupefaciente incautado no puede dejarse de lado, *"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"*⁶. Este aspecto no tiene discusión, porque incluso de esta misma premisa parte la Juez en la sentencia.

En este caso, en esencia la Juez para condenar está teniendo en cuenta lo siguiente: (i) la cantidad del estupefaciente (762,3 gramos de marihuana) y (ii) su presentación (distribuida en 99 papeletas), (iii) la información de que el acusado fue capturado en una reconocida zona de expendio (plazas móviles) y (iv) que adicionalmente no fue demostrada su condición de consumidor. De este cuadro, la Sala advierte que la prueba no se está examinado conforme al criterio valorativo previsto en el artículo 380 del Código de Procedimiento Penal del análisis del conjunto de la prueba, y adicionalmente se está invirtiendo de manera inadecuada, la

⁶ Se reiteró, por ejemplo, en decisión del 11 de agosto del año pasado, radicado 57266 (SP)

carga de la demostración de los elementos que estructuran la conducta punible.

Recordemos las circunstancias narradas por los patrulleros de la Policía Nacional, que realizaron el procedimiento de captura:

Ambos afirmaron que el señor **Posada Grajales** se encontraba solo, no lo observaron realizando ningún tipo de negociación, nunca antes lo habían visto en ese lugar y el señor William Alexis, quien fue el que lo requisó, manifestó no haber encontrado elementos adicionales como para establecer un posible tráfico (como pesas, cantidad de dinero injustificada, o algún otro artefacto). Incluso el patrullero Richard Zapata Restrepo describió al enjuiciado como que estaba tranquilo y que fue cooperador en el procedimiento, *“no hubo alteración por parte del ciudadano, solamente el ciudadano fue un cooperador”*, indicó.

Se trata de construir un indicio con la presencia del acusado en una zona de expendio, pero es que, de acuerdo con las reglas de la experiencia en esos sitios, así como se encuentran los vendedores igualmente se hallan los compradores de los estupefacientes, todo dentro de un contexto de oferta y demanda. El indicio admite varias interpretaciones posibles. Además de que también en ese sentido, el señor William Alexis Bello Sosa manifestó que consideraba que, por la dirección hacia donde se dirigía el ciudadano, estaba saliendo de la plaza de vicio, lo que también podría evidenciar que se

estaba surtiendo de la sustancia porque se trata de un consumidor:

“Fiscal: por favor nos indica si en el sentido que caminaba o transitaba al señor Alejandro era dirigiéndose hacia una plaza de vicio o saliendo de una plaza de vicio. Testigo: por la dirección de pronto salía con esa actitud, yo creo que saliendo, es muy complejo porque en la esquina donde estaba Alejandro a la otra esquina hay otra plaza de vicio entonces podría salir de las dos plazas de vicio que hay por ahí, quedó en la mitad de dos puntos de plazas de vicio...”

El acusado no se encontraba estático en un solo lugar, como para entender que estaba esperando a los comparadores, sino que por el contrario iba de salida, conforme lo describió este último patrullero, y en este contexto, no es correcto atribuirle a él o a su defensa, como lo entienden la Juez y la Fiscal, el deber de probar el consumo de drogas, su destinación, aprovisionamiento, modo de vida, etcétera, pues se transgrede el principio acusatorio consistente en que la carga de la prueba de todos los elementos del delito le corresponde a la fiscalía. El acusado ingresa al conflicto favorecido por la presunción de inocencia, y como consecuencia no está obligado a declarar en su juicio, ni a *“presentar pruebas de descargo o contraprueba, ni a intervenir activamente durante el juicio oral”*, según el numeral 8° del artículo 125 de la Ley 906 de 2004 (modificado por la Ley 1142 de 2007), razones por las cuales tampoco se le puede exigir al acusado que justifique el porte de la sustancia, como equivocadamente lo está haciendo la Juez.

Conforme a este escenario, si bien en principio del peso y presentación de la marihuana incautada podría derivarse un indicio, en razón de que conforme al literal J del artículo 2 de la Ley 30 de 1986, "*Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos*", el mismo se debilita al no descartar que se puede tratar de una dosis de aprovisionamiento para el consumo del acusado, que además tampoco consideramos desproporcionada al tratarse de aproximadamente 38 dosis, por un periodo de tiempo y de acuerdo a sus necesidades.

El argumento de que debe tratarse de "cantidades razonables" de estupefaciente, para entender que es posible una dosis de aprovisionamiento o que por el contrario hay una finalidad de expendio, venta o distribución, es equivocado. Entendemos que resulta necesaria la concurrencia de ambos elementos como hechos indicadores, la cantidad de sustancia incautada y las circunstancias que rodearon cada evento, para deducir la tipificación o no de la conducta contra la salud pública. Por ejemplo, en la sentencia del 19 de mayo de 2021 (SP1861-2021-Rad. n° 56087) por ausencia de hechos adicionales, la Sala de Casación Penal casó y absolvió por este mismo delito en relación con 653 gramos de marihuana que tenía el acusado en dos bolsas plásticas.

Lo anterior, teniendo en cuenta, además, que la historia, modo de vida y personalidad de cada consumidor es distinta y no hay unas reglas que permitan calcular cuál sería la dosis apropiada de aprovisionamiento para cada individuo, porque

en ello influiría incluso el interregno de tiempo para el que cada uno de ellos se provee del estupefaciente.

En este sentido, el caso relacionado por la Juez, que fue analizado por la Corte (radicado 57266 del 11 de agosto del año pasado), en el que se favoreció la tesis de una cantidad desproporcionada para confirmar una condena, tiene matices diferentes y tuvo en cuenta las demás circunstancias de los hechos.

En efecto, la sustancia incautada (cocaína) era superior casi 60 veces a la permitida (56,9 gramos distribuida en 180 papeletas) y los policías que realizaron el procedimiento de captura patrullaban constantemente el sector reconocido como plaza de vicio, distinguían a los compradores que frecuentaban el lugar, entre los cuales **nunca** habían observado al condenado, quien les generó sospecha porque en altas horas de la noche (11:20 pm), estaba ingresando "*a/ área donde se movilizan los distribuidores*", y concluyeron que "*era un proceder de los denominados "carritos"*", por lo que decidieron requisarlo encontrándole la sustancia mencionada.

A partir, entonces, de estas circunstancias, en esa sentencia se dedujo la situación de tráfico, en atención a que, entre otras razones, "*fue sorprendido ingresando al lugar cuando ya tenía consigo el alcaloide. Lo natural es que entre a la plaza sin la sustancia, donde la puede adquirir y abandone el lugar con la respectiva compra, no lo contrario*".

Nuestro caso es distinto. La captura ocurrió a las 11:00 de la mañana, el capturado salía de las plazas de vicio, conforme se indicó en precedencia y, pese a que el Subintendente Richard Zapata Restrepo manifestó que constantemente pasaban por esa zona y realizaban patrullajes, ambos testigos indicaron que nunca lo habían observado en el sector, así que no podemos concluir, más allá de toda duda razonable, ese elemento subjetivo referido a la intención de venta o distribución del sujeto activo de la conducta de llevar consigo estupefacientes.

En conclusión, como no se demostró más allá de toda duda razonable la responsabilidad penal del acusado en tanto que el peso y la presentación de la marihuana, sin otro dato adicional, permite la doble interpretación, por un lado, de un ánimo de expendio o, por el otro, de aprovisionamiento para consumo personal, deberá revocarse la sentencia apelada, y en consecuencia la orden de captura dispuesta por la Juez también será dejada sin efectos.

El Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

FALLA

Revocar la sentencia apelada y en su lugar absolver al señor **Alejandro Posada Grajales** de la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, prevista en el inciso

segundo del artículo 376 del Código Penal. En consecuencia, se cancela la orden de captura dispuesta por la Juez.

Se informa que procede el recurso extraordinario de casación. Cítese a audiencia virtual para su notificación.

Notifíquese y cúmplase

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN