



SALA PENAL

Medellín, miércoles veintitrés (23) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Aprobado en la fecha, acta No. 73

Sentencia No. 12

Radicado: 05-001-60-00000-2018-01523

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Acusados: Mateo Zapata Palacio, Fallon Gaviria

Urrego

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Lectura: jueves, octubre 1 de 2020. Hora: 02:00 p.m.

Conoce esta Sala de Decisión Penal el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de la sentencia emitida por el Juez Veintiséis Penal del Circuito de Medellín el día 24 de julio del año que transcurre, decidiendo tras un juicio oral absolver a los acusados MATEO ZAPATA PALACIO y FALLON GAVIRIA URREGO del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

ACONTECER FÁCTICO

Los hechos objeto de investigación fueron consignados en el fallo de primer grado como sigue: “El día lunes veintiséis (26) de noviembre del año 2018 a eso de las 17:30 horas, se llevó a cabo un procedimiento de diligencia de allanamiento y registro en las instalaciones del Hotel de Oro, ubicado en la Cra. 54 nro. 54-76 sector céntrico de esta ciudad, operativo que previamente se había ordenado por la Fiscalía Delegada y cuyo propósito era la incautación de sustancia estupefaciente.

Una vez en el lugar, cuatro de los uniformados ingresaron al establecimiento acompañados de un canino adiestrado para la detención de sustancias estupefacientes; y cuando se desplazaban por el segundo piso, el can haló hacía una de las habitaciones de ese nivel hasta donde inmediatamente se dirigieron, y al tocar la puerta les abrió un joven a quien le solicitaron permiso para ingresar, a lo que este accedió, luego de lo cual el animal se dirigió hacia una bolsa negra que se hallaba en el piso, dentro de la cual fue hallada sustancia vegetal envuelta en papel aluminio, constatándose que se trataba de 462 cigarrillos de marihuana, razón por la cual las dos personas que allí se hallaban a quienes se identificó como Mateo Palacio y Fallón Gaviria Urrego, fueron dejados a disposición de la autoridad competente para los fines de la investigación.”

ACTUACIÓN PROCESAL

1. En las audiencias preliminares adelantadas contra los aprehendidos el 27 de noviembre de 2018 ante el Juzgado Diecisiete Penal Municipal de Medellín con Funciones de Control de Garantías, se legalizó su captura y se le formuló imputación por la comisión de un punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, previsto en el Libro II, Título XIII, Capítulo I, Artículo 376 inciso 2° del C. Penal, en modalidad de llevar consigo, sin allanamiento a cargos, siendo cobijado el varón con medida de aseguramiento de detención domiciliaria, mientras que a la fémina le fue impuesta una medida no privativa de la libertad de locomoción.

2. Posteriormente la Fiscalía presentó escrito de acusación el 25 de enero de 2019 en contra de MATEO ZAPATA PALACIO, como autor doloso del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes previsto en el canon 376 inc. 2° del Estatuto Represor.

3. Asignada la actuación al Juzgado Veintiséis Penal del Circuito de la ciudad, se llevó a cabo audiencia de formulación de acusación el 28 de marzo de 2019, adicionando la Fiscalía el escrito al enrostrarle cargos a FALLON GAVIRIA URREGO como coautora del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes de que trata el art. 376, inciso 2° del C. Penal, modificando para el caso de ambos acusados el verbo rector imputado por el

de: “conservar con fines de venta o distribución”. Posteriormente se realiza la audiencia preparatoria y de juicio oral, anunciando la primera instancia tras el debate probatorio y lo que hace a las alegaciones finales, que emitiría fallo absolutorio a favor de los procesados.

4. Inconforme con esta decisión, la delegada de la Fiscalía General de la Nación interpone el recurso vertical de apelación, el cual sustenta por escrito dentro del término legal. Por su parte la defensa se pronuncia como no recurrente.

DE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El a quo emite fallo absolutorio al estimar que, aunque no se discute que la calenda de los hechos se desarrolló diligencia de allanamiento y registro en el hotel De Oro por parte de uniformados de la Policía Nacional que utilizaron un canino antinarcóticos, o que en la habitación número 28 del citado establecimiento encontraron una bolsa negra que a su vez contenía otras 66 bolsas plásticas, cada una con 7 cigarrillos envueltos en papel aluminio para un total de 462 cigarrillos de marihuana con un peso neto de 924 gramos, lo cual motivó la captura de un hombre y una mujer que ocupaban la estancia, a saber MATEO ZAPATA PALACIO y FALLON GAVIRIA URREGO, y que estos colaboraron en todo momento con el procedimiento; no sucede lo mismo frente a la necesaria diferenciación entre el porte, conservación o consumo de este tipo de sustancias para uso personal, con aquel que tiene fines de narcotráfico, tal como lo enseña la línea jurisprudencial trazada en la materia por la Corte Suprema de Justicia cuya evolución se analiza en el cuerpo del fallo de primera instancia.

Aterrizados los referentes jurisprudenciales en la materia, y conforme a la prueba de cargo, afirma el fallador de primer grado que no se puede aseverar que la forma en que le fue hallado el material prohibido a los acusados se circunscriba a la modalidad de conservar, ya que no estaban desarrollando una labor de cuidado, como si estuvieran guardando o conservando el alijo para que no sufriera algún deterioro. Sumado a lo anterior, se demostró que eran huéspedes del hotel, y por ende en tránsito por aquel establecimiento, de tal manera que puede colegirse que sus pertenencias irían con ellos al

abandonar el lugar, pero no a título de conservación y tampoco con fines de venta o distribución, apreciándose que la modalidad que se presenta en este caso es la que recoge el verbo alternativo llevar consigo.

Aunque la Fiscalía probó que gracias a ciertas pesquisas se supo que en el sector donde funcionaba el prenombrado albergue existe un grupo de individuos dedicados a la comercialización de estupefacientes, no puede pasar inadvertido que el investigador Luís Adrián Cardona Cardona fue enfático al señalar que en desarrollo de las actividades de vigilancia de personas en el marco de la investigación adelantada en este concreto caso no observó a los aquí acusados, dejando claro que estos ni siquiera aparecen en el seguimiento que se realizó por medio de los videos de cámaras de seguridad.

Quedó claro que los encartados en estos hechos se encontraban de paso en el hotel De Oro, que son residentes del Municipio de Santa Fe de Antioquia en donde tienen un puesto de comidas fritas, y que no eran reconocidos en el sector como vendedores o expendedores de alucinógenos sino como consumidores que se aprovisionaban en la zona.

En síntesis el trámite se encuentra huérfano de pruebas que demuestren que los acusados estaban desarrollando actividades relacionadas con tráfico de estupefacientes; por el contrario, todo apunta a que su captura se produjo de forma circunstancial e imprevisible, al punto que no opusieron resistencia ni se esforzaron en ocultar el alijo que contenía el material prohibido, permitiendo que el grupo de uniformados en el que ni siquiera se encontraba el líder de la investigación ingresara al cuarto, por lo que los agentes creyeron que estaban enfrentando y capturando a los integrantes de la organización criminal.

*Para el despacho resulta inquietante que solo tres de los cuatro uniformados que ingresaron en la pequeña habitación manifiesten que el joven Camilo habría indicado con total tranquilidad que su intención era trasladar el material prohibido hasta el Municipio de Santa Fe de Antioquia para su comercialización, hecho que a pesar de su importancia pasa por alto el sub intendente **Santiago Pulgarín**, y ninguno lo plasma en el informe de captura*

en flagrancia, esto último, a pesar del recorrido del grupo y experiencia en la institución. Lo que si queda claro es que sostienen versiones disímiles, pues mientras el agente **Pelayo** asevera que el capturado afirmó que la sustancia era para distribuir en la localidad, según el uniformado **Soto**, habría dicho que era para surtir una “plaza” en dicho municipio, mientras que el servidor **Miranda** asegura que le escuchó decir simplemente que era para vender.

Por su parte el acusado acepta la propiedad de la sustancia estupefaciente pero niega que se haya auto-incriminado, lo que concuerda con el criterio de experiencia según el cual no es usual que una persona dedicada a su expendio, y que por ende conoce las graves consecuencias que apareja el hecho de ser sorprendido realizando dicha actividad ilegal de buenas a primeras manifieste simplemente que es culpable de dicho ilícito; a lo que se suma que en caso de hacerlo, lo que generalmente sucede es que el sujeto activo opta por la terminación anticipada del proceso. Sin embargo, en el caso presente los acusados se sometieron a juicio y se le reconoce plena credibilidad a su versión de los hechos, conforme a la cual el acusado simplemente le habría manifestó a los uniformados que allí estaba la droga, negando que fuera para la venta.

Para la primera instancia la teoría que acorde al material probatorio se erige más fuerte es aquella según la cual los policiales pretendieron atar el éxito de la operación “Alhambra”, tergiversando o adicionando lo dicho por ZAPATA PALACIO, quien soporta una grave adicción a las drogas tal como lo develó en juicio la profesional de la salud adscrita a la IPS Carisma que atiende el caso del paciente.

De tal manera que al no haberse demostrado en juicio la finalidad de venta o distribución a terceros, no bastando para ello el peso del material incautado, y sin pretensiones de desconocer que en ciertos casos dicho aspecto puede ser relevante si se encuentran otros elementos como grameras, o utensilios para empacar cigarrillos, etc., surge insalvable la duda probatoria que debe ser resuelta a favor de los acusados; con mayor veras cuando como en el sub examine quedó aquilatado que el acusado soporta una adicción grave a este tipo de sustancias ilícitas, y que tal como lo enseña la literatura

especializada la ingesta habitual en estas personas puede superar el tope que se considera como aprovisionamiento.

A similares conclusiones arriba el a quo en el caso de la acusada FALLÓN GAVIRIA URREGO, quien comparte la adicción de su pareja, tal como lo dio a conocer en juicio su progenitora quien se presentó en el estrado como cuota de la defensa, quedando claro además que los jóvenes poseen un puesto de comida frita en el Municipio de Santa Fe de Antioquia que surten con productos que obtienen en la Plaza Minorista de la ciudad de Medellín.

Por lo tanto, se tiene como verídico que cada vez que abastecen su negocio aprovechan para adquirir el material estupefaciente al que se encuentran habituados y que en la capital del departamento se adquiere por un precio más favorable que en su lugar de origen; a lo que se suma que conforme a la tasa de consumo, particularmente en el caso del varón, la cantidad de material incautado por las autoridades en este concreto caso no se observa tan abultada, lo que sugiere una acción de aprovisionamiento de su parte y no de narcotráfico o distribución a terceros.

En fin, que gracias a los testimonios ofrecidos por la defensa de los acusados, como acontece con la madre de la procesada y la médica de la IPS Carisma, queda claro que los inculpatos residen en el Municipio de Santa Fe de Antioquia, viven con la progenitora de la fémina, viajan cada ocho días aproximadamente a la ciudad Medellín para surtir su puesto de comida frita, son consumidores habituales de sustancias estupefacientes con un alto grado de dependencia, y que la foliatura cuenta con evidencia clínica al respecto.

Grosso modo, y sin adentrarnos más en el detallado análisis de cada uno de los testimonios que se plasma en el fallo confutado, así como en el seguimiento que se realiza de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes frente al tratamiento que amerita este tipo de delitos, y el puntual análisis de cada uno de los elementos estructurales del tipo penal de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes que realiza la primera instancia de cara a lo probado en juicio, estos son los argumentos por los que el funcionario decide absolver a los acusados de los cargos enrostrados por la

delegada de la Fiscalía General de la Nación a título de coautores del delito recogido bajo el nomen iuris de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes de que trata el art. 376, inc. 2º del C. Penal.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Aduce la libelista en escrito calendado el 31 de julio de 2020, que los motivos del disenso se centran en la violación de parte del a quo de los deberes legales en la valoración conjunta de la prueba, de los testimonios conforme a los criterios del art. 404 del C.P.P., observando tras el análisis conjunto e individual del material de conocimiento, disonancia y posturas subjetivas frente a las pruebas de cargo que generan el desconocimiento de su mérito suasorio por parte de la primera instancia, de forma que se dice que los agentes que participaron en el allanamiento debieron percibir y escuchar lo mismo, argumento ilegal que sirve para desconocer lo dicho por estos testigos.

Sumado a lo anterior, afirma la apelante, los testimonios de los uniformados no fueron objetados ni se acreditó prejuicio u otro motivo de parcialidad de su parte, ni pueden calificarse de contradictorios y desconocer sus dichos con base en la excepción en la que incurre uno de los agentes. De otra parte, considera que el a quo tampoco tuvo en cuenta las contradicciones en que incurre uno de los acusados con relación a la adquisición de la sustancia prohibida. Por lo brevemente expuesto, sostiene la libelista, quedó demostrado más allá de toda duda que a pesar de su condición de consumidores los acusados tenían la finalidad de distribución y venta del material estupefaciente, tal como lo relataron a los uniformados, por lo tanto, solicita que se revoque el fallo absolutorio y en su lugar se dicte condena en contra de los procesados.

INTERVENCIÓN COMO NO RECURRENTE

La defensa del acusado allega escrito como no recurrente calendado el cinco de agosto de 2020, en el que manifiesta que la valoración probatoria agotada por el juez de primera instancia concuerda con la realidad demostrada en juicio, y que el material de conocimiento se analizó bajo los criterios de la

sana crítica, de forma que la providencia se ajusta a derecho, exponiendo el a quo de manera acertada los fundamentos en que se apoya, entre otros, en la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que trata la materia, y la normatividad legal aplicable en este tipo de casos.

Con mayor veras cuando la Fiscalía incumplió con la carga de demostrar la materialización de la conducta punible de que trata el art. 376 del C. Penal, en su modalidad de almacenamiento con fines de venta, conformándose con los testimonios de los uniformados que participaron en el operativo en el que se incautó el material estupefaciente, los cuales afirman que presenciaron una incriminación que no se mencionó durante la investigación o desarrollo de las audiencias, ni aparece en el informe de captura en casos de flagrancia, saliendo a relucir justo en el juicio por parte de tres de los cinco uniformados que participaron en el operativo de allanamiento en el que no estuvo presente el líder del grupo investigativo, quedando claro que incurren en contradicciones de peso, quedando un manto de duda, por ejemplo, sobre si en el momento de la diligencia tan solo habló el acusado o la fémina también lo hizo, no obstante que la habitación en la que se produjo el descubrimiento era pequeña y el grupo de uniformados ingresó en ella. En resumen, para el apelante es claro que los agentes faltaron a la verdad y que la credibilidad de su testimonio se impugnó con éxito.

De otra parte, señala que la Fiscalía desistió del testimonio del administrador del hotel y de una camarera del lugar, sin lograr demostrar si los acusados almacenaban y distribuían estupefacientes, si tenían constante hospedaje y bodegaje en estas locaciones, y salían y entraban con paquetes que permitieran suponer que tenían como negocio habitual el tráfico o distribución del material prohibido. Por su parte la defensa demostró lo opuesto, sin que el juez pueda llenar con suposiciones los vacíos y fallas en que incurrió la Fiscalía en este caso, acertando al tener por demostrado que los acusados son consumidores de sustancias estupefacientes y se dedican a la venta de comidas fritas en un puesto que tienen en el Municipio de Santa Fe de Antioquia, quedando a su vez descartado cualquier tipo de antecedente penal, investigación, seguimiento, registro fílmico y/o fotográfico en su contra, o que fueran conocidos por los investigadores o el cuerpo uniformado que los capturó.

De manera que en primer lugar solicita que se declare desierto el recurso vertical de apelación interpuesto por la delegada de la Fiscalía, pues en su criterio no ataca de fondo la decisión de primer grado y simplemente repite los argumentos expuestos en los alegatos de cierre, a lo que se suma que el escrito se encuentra rodeado de argumentos repetitivos que resultan desacertados, vagos y genéricos que no permiten desentrañar los motivos de inconformidad; y en segundo orden, de manera subsidiaria de depreca que de admitirse la alzada se confirme en su integridad la sentencia confutada.

CONSIDERACIONES EN ORDENA A PROVEER

La competencia de la Sala se restringe en esta oportunidad, de acuerdo con lo señalado en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004, a decidir sobre los pedimentos elevados por el recurrente y aquellos aspectos que sean inescindibles al tema objeto de impugnación, habida cuenta que estamos en un sistema con características de justicia rogada; así mismo, sobre los aspectos atinentes a la garantía de los derechos fundamentales de las partes e intervinientes especiales.

Huelga señalar además que en la presente actuación observa la Sala que concurren los presupuestos procesales y materiales para emitir pronunciamiento de fondo, sin que se avizore la presencia de irregularidades que puedan afectar la validez de lo actuado.

Acorde a los planteamientos expuestos en la sentencia de primera instancia, así como en el escrito de apelación y la intervención del sujeto procesal no recurrente, la Sala puede afirmar que el problema jurídico que se le plantea en esta oportunidad se contrae esencialmente en determinar si se demostró en juicio que los acusados incurrieron en la conducta punible consagrada en el art. 376, inc.2º del C. Penal. Modificado. Ley 1453/11, art. 11, bajo el nomen iuris de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, verbo rector alternativo “vender” y “conservar” con fines de venta o distribución, tal como le fueran enrostrados en audiencia de formulación de acusación y la petición final de condena que realizó la Fiscalía, con sujeción al principio de

congruencia en materia penal, asunto de cardinal importancia en materia penal.

En orden metodológico, inicialmente se pronunciará la Sala frente a la solicitud de declarar desierto el recurso vertical de apelación, cuya sustentación, en criterio de la defensa de los acusados, carece de la necesaria concreción para entender los motivos de inconformidad de la togada, quien se vale de argumentos vagos y genéricos sin atacar de fondo la decisión de primer grado, reiterando las razones expuestas en los alegatos de cierre.

Al respecto cabe señalar que, si bien en términos generales la sustentación del recurso vertical de apelación se realiza de forma bastante difusa e incluye afirmaciones sin ningún tipo de desarrollo, la Sala observa un mínimo argumentativo que abre las puertas a la competencia de este cuerpo colegiado para resolver de fondo la alzada; por lo menos en la segunda parte del escrito la libelista plantea con cierta coherencia y rigor que disiente de la valoración de los testimonios de los agentes de policía que acudieron al estrado como cuota de la Fiscalía, permitiendo que este cuerpo colegiado revise, compare y contraste los argumentos del a quo con aquellos que presenta la censora al respecto, pues en esencia el recurso de apelación es una controversia de fondo, siendo ese precisamente el límite de la competencia funcional de la segunda instancia.

Resuelto este aspecto, resulta pertinente continuar el estudio del caso significando que el modelo típico que se recoge en el artículo 376 del C. Penal, con la modificación introducida por el canon 11 de la Ley 1453/11, denominado, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, corresponde a un tipo penal de pura conducta o formal, de manera que no se requiere para su perfeccionamiento ningún acontecimiento subsiguiente a las conductas descritas en la norma. El dispositivo en comento es del siguiente tenor:

“Artículo 376. Modificado. Ley 1453 de 2011, art. 11. 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...”

Puede decirse igualmente que es un delito de peligro abstracto, como quiera que no exige la concreción de un daño al bien jurídico tutelado, sino que basta la eventualidad de que el interés resulte lesionado, pues se pone en peligro la salud pública, mirada esta como un bien socialmente difuso, universal y colectivo, por lo que con dicha clase de conductas se vulnera la estabilidad de la colectividad.

De otro lado, se ha reconocido gradualmente que no se trata sólo de un tipo penal orientado a proteger la salud pública, sino que es pluriofensivo porque en la misma medida se compromete la economía nacional (orden socio-económico) e indirectamente la administración y seguridad pública, intereses también protegidos a través de la legislación sustantiva en materia penal.

Bajo este último análisis de protección del bien jurídico complejo, la Corte Suprema de Justicia¹ y la Corte Constitucional en sentencia C-491 de 2012 han sentado las bases sobre las cuales debe entenderse estructurado el delito en cuestión y se reconoce la existencia de una presunción sobre la antijuridicidad material.

De manera que se presume que quien realiza cualquiera de las conductas descritas en el precitado artículo 376 del Código Penal, afecta o pone en peligro los bienes jurídicos mencionados haciéndose merecedor de la respectiva sanción penal.

Ahora, es sabido que las posturas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en torno al tratamiento que debe dársele al delito de porte de sustancias estupefacientes, han ido variando de tanto en tanto, sin asumir una posición definitiva y unívoca para solucionar el asunto.

Sin embargo, las discusiones que se han suscitado en el alto tribunal han permitido decantar en forma clara una línea jurisprudencial que entiende que aquellos individuos que simplemente son sorprendidos portando sustancias

¹ Procesos 23609 de 2007, 28195 de 2008, 31531 de 2009 y 35978 de 2011.

estupefacientes no ameritan reproche jurídico penal, en tanto el material se lleve para su propio consumo.

Es así como en su permanente revisión sobre el tema alusivo a la adecuación jurídica de las conductas alternativas relacionadas en el tipo penal de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes: “la Sala ha venido fijando una posición que conduce a la necesidad de diferenciar si la persona tiene la condición de mero consumidor de sustancias alucinógenas prohibidas o si el comportamiento objeto de juzgamiento está relacionada con su tráfico, pues solamente en este último evento es tolerable una respuesta punitiva por parte del Estado”.

Es claro entonces que la evolución jurisprudencial y legislativa ha marcado un cambio de paradigma en relación con el objeto de prohibición penal contenido en el art. 376 del Estatuto Represor, en el sentido de ir despenalizando las conductas dirigidas exclusivamente al consumo de la definida legalmente como dosis personal (llevar consigo, conservar para su propio uso o consumir), diferenciándolas de aquellas conductas de narcotráfico guiadas por el afán de lucro, las cuales ameritan su penalización “como criterio político-criminal implícito en la tipificación de las conductas punibles que le son afines”, mientras que las primeras acarrearían como consecuencia jurídica la imposición de medidas administrativas de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, siempre bajo el consentimiento informado del consumidor ocasional, recreativo o adicto², en tanto las segundas son merecedoras de la más drástica respuesta del Estado, esto es, aquella que nace desde la legislación y el derecho penal.

Sin embargo, la presunción de riesgo abstracto que lleva implícito la norma bajo análisis generó en los estrados judiciales la errada convicción de exigir que el imputado y/o acusado demostrara su condición de adicto, consumidor recreativo u ocasional, y que la sustancia estaba destinada al autoconsumo, invirtiendo de esta forma la carga de la prueba respecto a la estructuración del mencionado tipo penal.

² Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-574 y C-882 de 2011.

*Igualmente se consideró que bastaba con que el agente llevara consigo sustancia estupefaciente en cantidad que superase la dosis personal legalmente permitida en la norma –art. 2º, literal J de la Ley 30 de 1986-, para infringir lo dispuesto en el dispositivo 376 de la obra sustantiva, sin que se admitiera prueba en contrario sobre el particular, como quiera que albergaba una presunción de derecho, **iuris et de iure**, y partiendo de la base según la cual el legislador se encuentra legitimado para configurar los delitos de peligro abstracto.*

Fue necesario entonces que desde la jurisprudencia se replanteara el asunto, indicando que el consumidor o adicto puede llevar consigo una cantidad diferente a la legalmente prevista como dosis personal, claro está, consultadas sus particulares necesidades de consumo, siempre y cuando persiga dicho fin, pues se considera que el tipo penal en comento contiene un ingrediente subjetivo tácito, atinente al propósito del agente, por lo que la realización de aquel no depende de la cantidad de sustancia ilegal que este lleve consigo, sino de la verdadera intención que se persigue con la acción desarrollada por el sujeto.

De esta manera la discusión pasó de gravitar exclusivamente en torno a la verificación de un aspecto meramente cuantitativo, a la determinación de la destinación que pretendía dársele al material estupefaciente, es decir, a uno cualitativo, poniendo de relieve la necesidad de diferenciar para su tratamiento si el agente tiene la condición de consumidor o adicto, o, si por el contrario, la misma se desarrolló dentro de un contexto de tráfico, circunstancia esta que en últimas sería la única que legitima y torna tolerable una respuesta punitiva por parte del Estado³.

Pero la evolución jurisprudencial en la materia no se detuvo allí. En posteriores decisiones la Alta Corporación agrega un nuevo elemento conceptual al estudio en busca de la solución de la problemática que estuviera más acorde a los lineamientos trazados en la materia tras la expedición del Acto Legislativo 002 de 2009, en el cual se evidencia que el Estado no propende por sancionar penalmente al consumidor habitual,

³ En este sentido, la CSJ-SP. En sentencia del 9 de marzo de 2016, Rad. 41.760, destacó la importancia del destino que se le dé a la sustancia estupefaciente por su portador, con miras a determinar el alcance del tipo penal.

ocasional o recreativo que lleve consigo sustancia estupefaciente, sicotrópica, o alucinógena, con fines exclusivos de autoconsumo, itera la Sala, atendidas sus necesidades particulares; sino, porque el individuo dependiente o consumidor de estas sustancias logre su rehabilitación mediante el tratamiento que demande la gravedad y clase de patología que en cada caso soporta, y que los esfuerzos institucionales se centren en perseguir a quienes verdaderamente se dedican al narcotráfico.

Así, en las sentencias SP3605-2017, Radicación Nro. 43.725 (Aprobada Acta Nro. 83) del 15 de marzo de 2017, M.P. Eugenio Fernández Carlier; y la más reciente, SP9916-2017, Radicación Nro. 44.997 (Aprobada Acta Nro. 219) del 11 de julio de 2017, el alto tribunal se decanta por la tesis que actualmente prevalece en nuestro medio, esto es, que le corresponde a la Fiscalía demostrar que la finalidad del agente era la distribución relacionada con el tráfico o el suministro a cualquier título del material prohibido, ya que no todo porte de sustancia estupefaciente amerita un reproche jurídico penal; quedando claro que si esta se lleva para el propio consumo no se configura el punible bajo análisis.

*Y es que en criterio del Alto Tribunal que comparte esta Sala, se estima que corresponde a la Fiscalía General de la Nación desvirtuar esa presunción de antijuridicidad **iuris tantum**, sin que la carga de la prueba pueda invertirse en contra del acusado, pues en materia de responsabilidad aquella estará siempre en cabeza del Estado, mientras que al ciudadano se le presume inocente. Elemento que sin lugar a dudas y bajo la óptica que se viene analizando, resulta definitivo a la hora de demostrar estructurada la conducta punible consagrada en el canon 376 del C. Penal.*

Frente al cambio de paradigma en la materia resultan ilustrativas las siguientes glosas jurisprudenciales del Máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria:

“En consecuencia, es a la Fiscalía a quien compete la demostración de cada uno de los elementos del tipo penal, entre ellos, la acreditación probatoria de los fines del porte de estupefacientes relacionados con la distribución o tráfico de los mismos y, con ello, la afectación o la efectiva puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos. Obviamente, también corresponde al órgano de persecución penal, en virtud del principio de objetividad (artículo 115 de la Ley 906 de 2004), establecer

situaciones relacionadas con la ausencia de responsabilidad, a efectos de no incoar la pretensión punitiva.

De otro lado, en relación con la acción de llevar consigo, verbo rector alternativo del tipo penal que recoge el artículo 376 del Código Penal, la Corte debe señalar que aunque eventualmente la cantidad de droga que se porte permitiría inferir conductas relacionadas con el tráfico de estupefacientes, no es ese un elemento que pueda adscribirse a la tipicidad de la conducta.

En este sentido, se torna insuficiente apelar al criterio cuantitativo de dosis para uso personal, previsto en el literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986, como factor determinante para la configuración del injusto típico, puesto que en los eventos en que la cantidad llevada consigo no supera aquellos toques previstos por el legislador, la conducta deja de ser relevante para el derecho penal. Mientras, importa subrayarlo, cuando la acción está relacionada con el tráfico, es claro que el comportamiento se estima lesivo del bien jurídico, sin reparar en que la sustancia desborde o no aquellos rangos regulados en la ley.

De la misma manera, cuando la cantidad de estupefaciente supera la prevista como dosis para el uso personal, es necesario recurrir a otros factores que puedan determinar el juicio de lesividad de la conducta, de modo que la ilicitud se establezca con fundamento en criterios normativos referidos a la relevancia jurídico penal del comportamiento y a la efectiva afectación del bien jurídico protegido, en todo caso distintos al arbitrario y vago concepto legal de dosis personal.

Valga decir, en el contexto de la nocividad específica de la sustancia de crear dependencia, que es el concreto cometido de protección a través del bien jurídico de la salud pública, el criterio atinente a los límites cuantitativos impuestos por el legislador al determinar la dosis para el uso personal, con frecuencia riñe con las 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.

Esa misma ambigüedad se ha trasladado en la práctica al juicio de antijuridicidad realizado por jueces y tribunales del país, cuando bajo su arbitrio han recurrido a modificar los toques pretextando la aplicación del principio de insignificancia, introduciendo el discutible criterio de lo ligera o levemente superior a la dosis personal, para concluir en la falta de lesividad de la conducta realizada o, por el contrario, para entender el riesgo real para los bienes jurídicos cuando se supera lo leve o ligero.

Dicha solución, a más de contribuir a la inseguridad jurídica, en tanto dispensa desiguales juicios valorativos frente a situaciones fácticas semejantes dependiendo del capricho del juzgador, conduce a perder de vista que tratándose de bienes jurídicos supraindividuales los protegidos en este caso por el legislador, su afectación no depende de una cantidad concreta de sustancia psicoactiva, cuando el riesgo no trasciende la esfera privada del portador y, por lo tanto, no interfiere en derechos ajenos susceptibles de protección penal.

En realidad, no es ese un criterio que pueda resolver de manera satisfactoria el problema de la lesividad de la conducta, puesto que el principio de insignificancia presupone un auténtico juicio de adecuación típica y una afectación real del bien jurídico –aunque de manera nimia-. En tales casos la conducta del agente carece de relevancia para el derecho penal, aun cuando, prima facie, reúna los elementos contenidos en la figura prevista en el Código Penal.

Por lo tanto, aun cuando se repunte como categoría vigente el concepto de dosis personal¹², aparte de su función reductiva (será impune portar cantidades que no superen ese rango, a excepción de los casos asociados al tráfico o distribución), no es un criterio suficiente para determinar la prohibición inserta en el tipo penal, cuando se admite que independientemente de la cantidad de sustancia estupefaciente que un individuo lleve consigo, lo que en lo que en realidad permite establecer la conformación del injusto típico es el fin propuesto de traficar o distribuir con el psicotrópico. Por lo mismo, se hace inocuo la apelación a criterios caprichosos empleados en la praxis judicial como el de cantidad ligera o levemente superior a esa dosis personal.

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 SP2940, 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 injusto¹³, 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.

Como se sabe, en algunas ocasiones es el mismo legislador el que incluye elementos subjetivos en el tipo penal (p. ej. artículo 239 del Código Penal). En otras, sin embargo, es la jurisprudencia la que recurre a elementos especiales de ánimo cuando no se han previsto expresamente en el tipo penal, haciéndose necesarios para identificar con claridad la carga de intencionalidad y, con ello, el sentido de la conducta.

En todo caso, la función de esos ingredientes subjetivos, distintos al dolo, es la de definir el riesgo jurídicamente relevante, esto es, sirven para confirmar o rechazar la tipicidad de la conducta en el plano material dentro del proceso de imputación objetiva.

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.

Ahora bien, ese ánimo ulterior asociado con el destino de las sustancias que se llevan consigo, distinto al consumo personal, puede ser demostrado a partir de la misma información objetiva recogida en el proceso penal. Por eso, si bien es cierto que el peso de la sustancia por sí solo no es un factor que determina la tipicidad de la conducta, sí puede ser relevante, junto con otros datos demostrados en el juicio (p. ej., instrumentos o materiales para la elaboración, pesaje, empaqueo o distribución; existencia de cantidades de dinero injustificadas; etc.), para inferir de manera razonable el propósito que alentaba al portador.

Por último, importa reiterar que la demostración de los hechos o circunstancias atinentes al ánimo del porte de los estupefacientes, como componentes de los ingredientes subjetivos relativos al tráfico o distribución de las sustancias, incumbe siempre al acusador, quien tiene la carga de probar toda la estructura de la conducta punible.”

A la luz del precedente jurisprudencial, así como del marco conceptual y legal vistos, y con estricta sujeción a estos, desde ya anuncia la Sala que la decisión adoptada por el funcionario de primera instancia se advierte del todo acertada y legal.

Y es que, a diferencia del tratamiento que desde la jurisprudencia se le viene reconociendo a los casos de personas que ostentan la condición de mero consumidor o adicto a sustancias estupefacientes, frente a los cuales no resulta tolerable que la reacción estatal se presente desde la esfera punitiva, se acepta que el legislador haya dispuesto que frente al comportamiento relacionado con el tráfico de sustancias estupefacientes, sicotrópicas o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros Uno, Dos, Tres y Cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, no cabe otra respuesta diferente a la criminalización y castigo a través del derecho penal, en tanto son estas las que en últimas merecen la más drástica sanción que puede imponer el estado dada la “potencialidad de afectar los bienes jurídicos de salud pública, la seguridad pública y el orden económico y social al estar ante un delito pluriofensivo”.

Dependerá entonces de la conducta efectivamente exteriorizada por el agente el que la tipicidad de la acción así desplegada se ajuste o no a la descripción objetiva que contiene el dispositivo 376 del C. Penal. Del todo pertinente indicar además que el tipo penal en comento “resulta satisfecho con cualquier acción constitutiva de tráfico, aislada o no, siempre que contribuya a la difusión de la droga”; no se requiere entonces que dicha conducta sea repetitiva, consuetudinaria o de naturaleza comercial, esto último entendido como el usual ejercicio de dicha actividad ilegal.

Sobre el mencionado verbo rector podemos además decir con apoyo en la jurisprudencia que, quien vende la sustancia prohibida simplemente conserva o lleva consigo dicho material, de esta manera, de entrada, ha consumado el delito

con independencia de la materialización de la transacción propuesta. Se dice entonces que la conducta típica analizada es de aquellos delitos denominados de compuestos alternativos.

Para una mejor intelección del asunto nos apoyamos en las siguientes reflexiones plasmadas en la jurisprudencia del más alto tribunal de la jurisdicción ordinaria: “... es infracción de simple conducta en cuanto su consumación no demanda la producción de un determinado resultado, que es además delito de peligro en la medida en que se perfecciona sin necesidad de producir un efectivo menoscabo de la salubridad, bien jurídico que en su represión se tutela y por lo general instantáneo porque al menos en los eventos de introducir o sacar del país la sustancia, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla y suministrarla, la conducta se agota con la sola realización de la acción; pero ante todo, es de resaltar que se trata aquí es de uno de los llamados delitos compuestos alternativos porque integrado con varios verbos rectores, cada uno de los cuales configura la conducta que realiza de manera autónoma e independiente, configura hecho punible, al iniciarse la acción en cualquiera de las modalidades previstas ya se está consumando el delito en su totalidad”⁴.

Llevado el asunto al terreno probatorio, le corresponderá entonces al fallador, luego de una valoración individual y aunada del material de convicción bajo los criterios de la sana crítica, determinar si en efecto el ente persecutor logró verificar y demostrar la existencia de una conducta pre-ordenada al tráfico de estupefacientes, o a la distribución de dicho material a cualquier título, esto es, que el agente no lo llevaba para el autoconsumo, conocimiento que debe obtenerse en el grado de certeza que reclama el artículo 381 del C. Penal, esto es, más allá de toda duda, pues de lo contrario resulta imposible dictar fallo de condena por el reato bajo análisis.

Ubicados en el caso de autos, es claro que no se discute la plena identidad de los acusados, así como la cantidad, calidad y naturaleza de la sustancia estupefaciente encontrada en poder de los capturados, para un total de 924 gramos de marihuana distribuida en 462 cigarrillos que fuera incautada en el procedimiento de allanamiento y registro desarrollado por las autoridades en

⁴ CSJ, SP. Sentencia del 29 de octubre del 2001, radicado 15.570, M. P. Jorge Córdoba Poveda.

la habitación 28 del hotel De Oro, ubicado en la carrera 54 N° 54-76, céntrico sector de la ciudad de Medellín, el día 26 de noviembre de 2018, a eso de las 05:30 p.m. por miembros de la Policía Nacional, ni la legalidad de dicho procedimiento. Tampoco demostró la Fiscalía que contrario a lo que devela la prueba de la defensa, los acusados no ostenten la condición de consumidores habituales de sustancias estupefacientes como la incautada en el mencionado operativo policial, y que en el concreto caso de MATEO ZAPATA PALACIO, se encuentre clínicamente acreditado que su dependencia es alta, o que la pareja se dedique al comercio y reside en el Municipio de Santa Fe De Antioquia, o que la calenda de los hechos tenían la simple condición de huéspedes en tránsito por la ciudad de Medellín, específicamente en aquella céntrica zona conocida por el expendio y compra de sustancias estupefacientes.

Ahora bien, según se puede extractar de aquellos argumentos de la censura que permiten la revisión, comparación y contraste de fondo con lo expuesto por la primera instancia, la letrada disiente en esencia de la valoración que el juez de primer grado realiza de los testimonios de los agentes de policía, indicando que el a quo no puede restarle mérito argumentando que no escucharon lo mismo, con mayores veras cuando no fueron objetados por su contraparte ni se acreditó prejuicio u otro motivo de parcialidad que minen su credibilidad.

Tampoco se los podría catalogar como contradictorios en virtud a que uno de los agentes habría manifestado que no escuchó la manifestación de culpabilidad de parte del acusado que habían oído sus compañeros, según los cuales éste se habría auto-incriminado dejando en evidencia la finalidad de tráfico con la que poseían la sustancia estupefaciente y, por ende, plenamente aquilatada la responsabilidad de los procesados en el delito contra la salud pública.

Sin mayores esfuerzos analíticos advierte la Sala que yerra la impugnante al sostener que el juez se equivoca al no reconocerle pleno valor incriminante a dichos testimonios, pues no es cierto que encontrara en estos contradicciones por el hecho de que a diferencia de sus tres compañeros, el subintendente PULGARÍN indique que a pesar de haber estado presente en

la diligencia de allanamiento y registro no escuchó manifestación de responsabilidad de parte del acusado, pues es algo normal que los testigos no siempre perciban igual aunque compartan el mismo espacio, ya que puede ocurrir que por alguna circunstancia específica o condición se dispersen, centren su atención en otros asuntos, pierdan la concentración o se ausenten por un breve momento del lugar sin que el grupo se percate de ello, entre otras posibles explicaciones de la disonancia.

Sin embargo, lo que resulta ilógico y en verdad entraña y devela una contradicción esencial de parte de los testigos, es que los tres agentes aseguren haber escuchado una única manifestación de culpabilidad de parte del acusado, que al referirse al tráfico dejaría en evidencia la finalidad ilícita así como la responsabilidad de los procesados en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes del art. 376 inc. 2º del C. Penal, que al ser una sola manifestación inculpatoria la revelada, resulta inexplicable que si la escucharon realmente, la refieran de forma diferente, lo cual pone en evidencia la mendacidad de lo expuesto por estos.

*Es esta la contradicción esencial que acertadamente advierte el juez luego de analizar precisamente bajo los criterios de la sana crítica los testimonios de los agentes **PELAYO, SOTO y MIRANDA**, quienes terminan relatando de forma diferente la única manifestación referida al tráfico presuntamente realizada por el acusado, más aún, cuando a pesar de su relevancia nada consignaron al respecto en el informe de captura en flagrancia ni dieron a conocer tan trascendental hecho al subintendente a cargo del operativo, circunstancias que no pueden pasar inadvertidas para la judicatura y que tal como lo pone de presente el a-quo, deja igualmente en evidencia la poca o ninguna credibilidad que se le puede reconocer a lo aseverado por los agentes del orden.*

Así lo devela el análisis sistemático y bajo las reglas de la sana crítica de los testimonios de los agentes en juicio. Concretamente el investigador líder Luís Adrián Cardona Cardona indicó sobre estos puntuales aspectos que dado que se encontraba en otra diligencia diferente impartió ordenes indicando el objetivo principal del operativo de allanamiento y registro en el hotel De Oro al sub intendente Pulgarín, y fue claro al señalar que dentro de las labores de

vigilancia de personas: “se logró establecer... que se trataba de un grupo de personas que se dedicaba a la venta de sustancias estupefacientes en vía pública” (Sic), con lo cual queda claro que no estuvo presente en este sitio específico de la ciudad en donde se desarrollaba parte de la operación “Alhambra”, ni se mencionan personas o nombres concretos de algún objetivo humano identificado por el grupo investigativo previo al desarrollo del operativo, y que los acusados no figuran en los videos captados en la zona que hicieron parte de la investigación llevada a cabo por el grupo de antinarcóticos de la SIJIN MEVAL de la Policía Nacional.

*Por su parte el patrullero **CARLOS ANDRÉS PELAYO NAVARRO** señaló sobre la circunstancia que asevera la impugnante aquilataría sin resquicio de duda la responsabilidad de los acusados en el delito de tráfico de estupefacientes que: “no conocía a los capturados...” (Sic); y cuando le pregunta finalmente la Fiscal del caso que si tiene algo más para agregar a su testimonio, adviera: “... de pronto un dato, que el señor Mateo manifiesta una vez que se le leyeron sus derechos como capturado manifiesta voluntariamente de que esa droga la habían venido a comprar a la ciudad de Medellín para posteriormente distribuirla en el Municipio de Santa Fe De Antioquia del cual ellos, creo que son oriundos y que venían de este lugar” (Sic)⁵.*

Según el uniformado, el acusado, a quien no había visto antes, lanzó esta expresión en un momento en el que sus tres compañeros de servicio se encontraban junto a él en la pequeña habitación en la que a su vez se incautó la sustancia estupefaciente; lo había dicho en un tono “normal” que todos habrían escuchado. Según el testigo, esta clase de manifestaciones son usuales, en palabras del declarante: “generalmente... ellos tienen esa cultura de decirnos si o no, esto es mio o no, yo trabajo con eso...”(Sic); señalando igualmente que el aprehendido habría indicado sencillamente que: “No expendía en el lugar, que la llevaba para vender en Santa Fe De Antioquia” (Sic)⁶. Por su parte la capturada permaneció callada. Con el personal de la recepción se constató que los capturados habrían ingresado al hostel el día anterior, o en la mañana de la calenda del allanamiento.

⁵ Cfr. minuto 34:15 al 34:51 de la grabación del juicio oral del 9 de octubre de 2019.

⁶ Cfr. minuto 46:10 ibíd.

De un lado el subintendente **JHONNY ALEJANDRO SOTO ARIAS** señaló en relación con el punto álgido sobre el que se viene discutiendo, y tras indicar la forma en que desarrollaron el procedimiento, que una vez que se les leen los derechos a los acusados: “... luego el señor Santiago nos manifiesta que él había venido del Municipio de Santa Fe De Antioquia para surtir una plaza de vicio en Santa Fe De Antioquia.” (Sic)⁷.

Al igual que su predecesor, dice, prestaba apoyo aquel día pues no pertenece al grupo de antinarcóticos, con este testigo queda claro que no realizaron tareas investigativas previas en este caso, tan solo se les informó que en el lugar del operativo almacenaban sustancias estupefacientes. Según este deponente ingresaron cuatro personas a la habitación, agregando que la manifestación incriminatoria fue clara y en un tono fuerte, todos los presentes en la alcoba la habrían escuchado, más no comunicó este hecho ni sabe si lo dejó registrado en algún documento, aunque acepta que en cualquier delito esto último es importante para efectos de un juicio. Los capturados afirmaron que venían del Municipio de Santa Fe De Antioquia en donde residían y aclara que el verdadero nombre del capturado es Mateo.

Finalmente, guarda relevancia con lo que se viene analizando lo dicho por el patrullero guía canino antinarcóticos, **GERSON ESNEYDER MIRANDA OSSA**, quien en su paso por el estrado señaló que: “lo único que manifestaron ya una vez le habían leído sus derechos, el señor presente, de que vivían en Santa Fe de Antioquia y que habían venido a comprar acá en Medellín para posteriormente su distribución en Santa Fe de Antioquia no es más... para la venta...” (Sic)⁸. Al realizar esta declaración el capturado lo hizo en un tono normal y en presencia de los cuatro agentes que se encontraban en la estancia. Aunque no le corresponde elaborar informes como a sus compañeros de policía judicial, en su criterio no dejaría plasmado en un informe una manifestación como la del acusado ya que este tiene derecho a guardar silencio y no autoincrimarse, no obstante reconoce la importancia que tienen dichos datos para el desarrollo de la investigación.

⁷ Cfr. minuto 53:30 al 53:48 *ibíd.*

⁸ Cfr. minuto 01:24:27 a 01:25:15 *ibíd.*

No queda duda que los tres agentes del orden que afirman haber escuchado la manifestación incriminatoria, describen lo que habría dicho el acusado de forma sustancialmente diferente, y que sin motivo aparente quedó por fuera de los informes sobre el operativo y ni siquiera se le dio a conocer al personal del grupo de investigación de antinarcóticos de la SIJIN MEVAL que coordinó la investigación de este caso, esto último, pese a reconocer en juicio que en razón de su experiencia individual en la institución, saben que una circunstancia como la advertida no puede quedar por fuera de los reportes de los resultados de un operativo de esta naturaleza.

Pasando a otro apartado de la censura, vale significar que se equivoca igualmente la recurrente cuando da a entender, que por no haberse objetado por parte de la defensa lo aseverado por los testigos en el instante que estos lo hacían en el juicio, se debe dar credibilidad a sus atestaciones; puesto que olvida esta que la contradicción o crítica del testimonio a efecto de restarle su credibilidad puede darse no sólo con su impugnación, sino también cuando al analizarse los mismos en su conjunto se ponen de presente, como lo hizo el a-quo, sus inexplicables o disimiles exposiciones sobre lo presuntamente percibido, lo cual deja en evidencia las contradicciones en que incurrían, y por ende, la poca credibilidad que ofrecen.

Como puede verse, tampoco puede afirmarse con pretensiones de acierto que estos testimonios se ofrecen como imparciales o desinteresados, todo lo contrario, lo visto y analizado en cuartillas precedentes permiten concluir razonablemente que de manera facilista buscan darle un final eficaz al operativo de captura en el que participaron, simplemente aseverando que fue el mismo acusado quien ingenuamente y sin razón alguna se incriminó ante ellos, reconoció su culpabilidad sin nada a cambio, cuando todo indica, según lo acreditado en el proceso, que la justificación del operativo no se logró, pues el objetivo era dar captura a los integrantes de la banda que expendía estupefacientes en el sector, a quienes se les había hecho un previo seguimiento y tenían identificados, no siendo los acusados ninguno de estos, pues los mismos esa noche casualmente se hospedaron en la edificación allanada.

En fin, llama la atención que los uniformados solo den a conocer en sede del juicio oral la supuesta incriminación del acusado, lo que permite inferir razonadamente que tras percatarse de que habían capturado a dos consumidores que ni siquiera figuran en los seguimientos que el mismo investigador líder desarrolló, ni en los videos recopilados por el personal del grupo de investigación de antinarcóticos de la SIJIN MEVAL de la Policía Nacional, sin contar con otros medios para demostrar una finalidad diferente al aprovisionamiento y autoconsumo en este caso, pretendan vincularlos con el tráfico del material prohibido dando a conocer una presunta auto-incriminación que en el contexto analizado, se insiste, deviene contraria a las reglas de la experiencia y por ende nada creíble.

Y es que la eficacia investigativa que ahora persigue el grupo de uniformados se explica incluso por el hecho de no haber contado en su oportunidad debida, es decir, en desarrollo del operativo de allanamiento y registro realizado en el lugar en el que se hospedaban los acusado, con el líder de la investigación a fin de identificar a verdaderos distribuidores que hubieran sido previamente individualizados mediante los seguimientos u otro medio implementado en cumplimiento de las tareas de inteligencia.

De ahí que la poca credibilidad en la existencia de la manifestación incriminatoria que hacen los tres agentes de la policía, queda igualmente en entredicho, con el interés de estos en no evidenciar la frustración por el no cumplimiento del objetivo propuesto para cumplir en este concreto punto de la ciudad por el personal operativo de la Policía Nacional, pues según los propios uniformados en desarrollo de la denominada operación "Alhambra" en otros puntos de la ciudad se lograron otros resultados y capturas. Y porque en el razonar de éstos, parece que no es admisible el que no se encuentre responsable a quienes llevan consigo cantidades de estupefacientes que exceden en gran porcentaje las dosis legalmente permitidas. Y que las investigaciones posteriormente acreditan, como acontece en el caso presente, son adictos o enfermos que requieren un tratamiento diferente al punitivo.

No puede entonces pretender la censora que se acepte sin mayores elementos de juicio que la prueba arrimada al proceso, de naturaleza

esencialmente testimonial, fue analizada al margen de los criterios de la sana crítica, desconociendo el mérito suasorio de lo dicho por los uniformados en relación con una supuesta incriminación de parte del acusado, o que los testigos de la defensa incurrían en contradicciones sustanciales que ni siquiera se ponen de presente en el escrito de impugnación.

Colofón de lo analizado hasta este punto, resta por señalar que la valoración del material de cargo que realiza el juez de primer grado se advierte en verdad atinada y en consecuencia es compartida íntegramente por la Sala, ajustándose su análisis a las reglas definidas legal y doctrinariamente para el estudio del material de convicción, particularmente aquello dispuesto en el art. 402 de la ley 906/04.

De ahí que tampoco para esta Magistratura el material probatorio arrojado a la foliatura aporte el valor incriminante insoslayable que reclama la apelante, y que en términos de las previsiones legales en la materia, particularmente aquello dispuesto en el artículo 381 de la Ley 906/04, permita elaborar el juicio de reproche jurídico penal en los términos de la acusación y la petición final de condena elevada por la Fiscalía, y emitir una sentencia condenatoria tras obtener el conocimiento en grado de certeza racional sobre la materialidad del ilícito y la responsabilidad de los procesados en su realización.

Como puede verse, no se trata de desconocer que los capturados fueron aprehendidos en poder de sustancia estupefaciente en cantidad superior a la dosis personal legalmente permitida, sino de reconocer que desde la perspectiva trazada por la línea jurisprudencial traída a colación en apartados anteriores de este proveído, este elemento por sí solo no basta para entender estructurado el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes de que trata el art. 376 inciso 2º del C. Penal, y cobra relevancia el análisis de otros factores determinantes para la configuración del injusto típico, más allá de la cantidad de sustancia estupefaciente incautada, su distribución, el hecho de encontrarlo en poder de los acusados, etc.; factores estos que se traen a modo de ejemplo, y que en criterio del juez plural ayuden a demostrar la lesividad de la conducta desplegada por el procesado, y por contera, erradicar cualquier tipo de arbitrariedad, capricho,

aplicación gaseosa, o vaga de conceptos legales como el de dosis de uso personal por parte del juez.

De esta forma se puede concluir que comparte la Sala el criterio del juez singular según el cual el ente persecutor se encuentra en una situación precaria para demostrar más allá de toda duda, en grado de certeza como lo demanda el canon 381 del Estatuto Procedimental Penal, que la finalidad de los acusados estaba dirigida inequívocamente dirigida a la comercialización del material alucinógeno, y así lo demostraron irrefutablemente los agentes de policía, tesis sobre la que de manera preponderante gravita la acusación, alegando en consecuencia la conservación para dicha finalidad, desconociendo de otro lado que en juicio se demostró que los acusados son consumidores habituales de sustancias como la incautada, no que fueran expendedores, y concretamente MATEO ZAPATA PALACIO soporta un alto grado de adicción corroborado clínicamente y por algunos familiares.

De ahí que deba concluirse con base en el recaudo probatorio que la intención de tráfico, e incluso de distribución a cualquier título del estupefaciente por parte de los encartados en este caso, sólo se enmarca dentro de una de las posibilidades que explicarían dicho comportamiento, de otra forma dicho, el material de conocimiento debatido en juicio no suministra certeza sobre el particular, subsistiendo duda probatoria que a voces del canon 7° del C. de las Penas y en aplicación del principio in dubio pro reo debe resolverse a favor de los procesados.

Como lo viene sosteniendo entonces esta Magistratura, en este tipo de casos resulta incuestionable que ante una situación tan precaria como la de los acusados, sin mayores elementos para probar la destinación diferente al propio consumo, más allá del hecho de haber sido capturados en poder de sustancia alucinógena que supera la dosis personal legamente permitida, en un sitio de reconocida venta y consumo de dicho material ilegal, y tras establecer sus condiciones sociales e individuales, entre otras, las de residentes de otra localidad y comerciantes de comidas fritas en dicho territorio, o de consumidores habituales de sustancias estupefacientes y adictos, es procedente confirmar en su integridad el fallo atacado por la Fiscalía, ello, se insiste, en clara sujeción a la línea jurisprudencial que en la

materia tiene decantada la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual debe ser acatada en virtud de la labor unificadora que al respecto desarrolla el juez plural.

*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,*

RESUELVE:

CONFIRMAR en su integridad la sentencia absolutoria apelada por la Fiscalía.

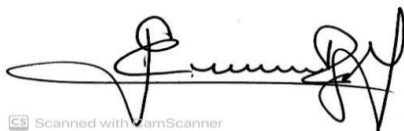
Esta decisión se notifica en estrados y contra la misma procede el recurso de casación, el cual debe interponerse dentro del término de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO



LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ



JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE