



SALA PENAL

Medellín, veintiocho de marzo de dos mil veintitrés.

Radicado: 05 001 60 00206 2018 26082
Procesado: Eduardo Muñoz Toro
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Asunto: Apelación de sentencia ordinaria
Sentencia: Aprobada por acta 58 de la fecha
Decisión: Revoca y absuelve
Lectura: Treinta y uno de marzo de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ

1. ASUNTO

Se resuelve la apelación presentada por la defensa contra la sentencia ordinaria proferida el 4 de noviembre de 2021 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí (Antioquia), por la cual condenó a EDUARDO MUÑOZ TORO a 64 meses de prisión y multa de 2 smlmvs por Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 inc. 2° C.P.), y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

2. HECHOS

El 22 de septiembre de 2018, a la 1:30 de la madrugada en el municipio de La Estrella (Antioquia), barrio Ferrería —calle 74 sur con carrera 62 A— patrulleros de la Policía Nacional evidenciaron que EDUARDO MUÑOZ TORO recibió una bolsa que le lanzó Joseph Morán Restrepo, desde un segundo piso de un inmueble deshabitado —reconocido como sitio donde se escondían y conservaban estupefacientes que posteriormente se distribuían al menudeo— pero al percatarse de la presencia policial MUÑOZ la arrojó al piso, por lo cual los uniformados verificaron su contenido y encontraron en su interior 7,2 gramos de cocaína, distribuidos en 40 bolsitas y 83,1 gramos de marihuana, en 30 cigarrillos y 10 bolsitas.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

El 23 de septiembre de 2018 ante el Juzgado Treinta y Dos Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, se legalizó el procedimiento de captura en flagrancia de EDUARDO MUÑOZ TORO y de Joseph Morán Restrepo, y se les formuló imputación como coautores de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 inc. 2° C.P.) siendo verbo rector “llevar consigo”, cargo al cual no se allanaron, y en su contra la Fiscalía no solicitó medida de aseguramiento.

Una vez radicado el escrito de acusación, el proceso correspondió por reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí ante el cual, el 18 de septiembre de 2019, se hizo la respectiva formalización, sin que se variara la calificación jurídica inicial. El 25 de febrero de 2021 cuando se iba a realizar la audiencia preparatoria, la Fiscalía anunció los términos de un preacuerdo al que llegó con Joseph Morán Restrepo, lo que conllevó la ruptura de la unidad procesal, continuando el mismo día la audiencia preparatoria en el caso de MUÑOZ TORO, y se inició el juicio oral que culminó el 4 de noviembre de 2021, cuando la judicatura emitió sentido de fallo —de carácter condenatorio—, adelantó la audiencia de individualización de pena y dio lectura a la respectiva sentencia.

Entre la defensa y la Fiscalía se realizaron las siguientes estipulaciones probatorias:

1. La plena identidad del procesado EDUARDO MUÑOZ TORO.
2. La naturaleza y peso de la sustancia incautada, es decir que se trata de 7.2 gramos de cocaína distribuida en 40 bolsas, y 83.1 gramos de marihuana, en 30 cigarrillos y 10 “bolsitas resellables”.
3. Que si el investigador Yeison Legarda hubiera declarado en el juicio oral habría establecido que solicitó información al Comandante de la Estación de Policía de La Estrella, Andrés Felipe Montoya, específicamente acerca del orden público del barrio La Chispa —Calle 74 sur con carrera 62 A—, donde fue la captura de Joseph Morán y la información que tuviera sobre el tráfico de estupefacientes en dicho sector. Y en respuesta recibió del Comandante un libro de población encabezado como : “*Estrella 01 de abril de 2018*” con las siguientes anotaciones: (i) el 1° de mayo de 2018 a las 19:30 horas se dejó constancia de la captura de EDUARDO MUÑOZ TORO con una sustancia estupefaciente (30 gramos de marihuana) en el sector calle 79 sur con 62 A - 100, Ferrería de La Estrella, (ii) el 9 de agosto de 2018 a las 13:40 horas se capturó a María Isabel Hincapié Valencia y a EDUARDO MUÑOZ TORO porque la comunidad señaló que se encontraban expendiendo sustancias estupefacientes, (iii) el 31 de agosto de 2018 a las 21:20 horas, se capturó a MUÑOZ TORO en compañía de María Isabel Hincapié Valencia por llevar en su poder 240 gramos de marihuana, y (iv) el 22

de septiembre de 2018 se capturó a Joseph Morán Restrepo y a EDUARDO MUÑOZ TORO por Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Igualmente hubiera manifestado el investigador Yeison Legarda que con base en la solicitud que realizó, el capitán Andrés Felipe Mosquera le respondió mediante oficio S2018224807, en el que le manifestó: *“en atención a la solicitud antes relacionada me permito informar a usted señor patrullero lo siguiente”*

1. “Que el día 22/09/18 a eso de las 2:30 horas, en la calle 74 sur con carrera 62A, barrio Villa Alcántara, fueron capturados: Joseph Morán Restrepo, CC.1.040.755.153 natural de La Estrella, 21 años, nacido el 11/06/87, soltero, bachiller, desempleado. Hijo de Fredy y Liliana, residente en la calle 74 sur número. 62A-123, barrio Villa Alcántara, teléfono 3194262079, a quien se le halló en su poder 60 gramos de cocaína (PIPH 7,2 gramos). EDUARDO MUÑOZ TORO, CC.1.040.751.924 natural de La Estrella, 22 años, nacido el 31/01/96, soltero, bachiller, oficios varios, hijo de Orlando y Gladis, residente en la calle 74 sur número 62A-123, barrio Villa Alcántara, a quien se le halló en su poder 100 gramos de marihuana. (PIPH 83,1 gramos). Capturados y alucinógenos son dejados a disposición del Fiscal 194 Seccional, Dr. Alfonso Peña de la URI Centro, mediante NUNC. 053606099057201826082.
2. Mediante informe de inteligencia las patrullas dan a conocer lo siguiente: Distrito 7, Estación de Policía la Estrella, cuadrante Meval PNVCCD07E04000001, dirección expendio: 74 sur con carrera 62 A, municipio: La Estrella, barrio: La Chispa, nombre del expendio: La Chispa, tipo de expendio: fijo. Modus operandi: microtráfico menudeo, los vendedores la guardan dentro de su casa y desde el frente la venden, cargan mínimas dosis para pasar desapercibidos o cuando llega el comprador la sacan de la residencia. Personas involucradas: EDUAR MUÑOZ TORO (sic). Observación o punto de referencia: para ingresar se baja por toda la carrera 62 A, y se ingresa hacia el callejón a mano izquierda, al fondo la casa verde, con puertas y ventanas blancas metálicas, a media cuadra se encuentra una cancha y parque infantil. Calle 74 sur con carrera 62 A, barrio La Chispa.

Este expendio de estupefacientes es en la vía pública frente a la fachada de una residencia de color verde con puertas blancas, que tiene dos ventanas con marco de color blanco, y carece de nomenclatura, al parecer es en el interior de esa vivienda donde los guardan para ser comercializados en la parte exterior.
3. Según información de la comunidad, el administrador de la plaza de vicio responde al nombre de EDUAR MUÑOZ TORO (sic), CC 1.040.751.924 de La Estrella. Nacido el 30 de enero de 1996 en Concordia (Antioquia), soltero, ayudante de construcción, residente en la carrera 66 N° 7-73, barrio San Francisco, de Itagüí, y otros jóvenes del sector también son expendedores y campaneros del ilícito.
4. La modalidad del expendio es móvil, la venta se hace todos los días, las 24 horas, la sustancia de venta en este sitio es *perico*, que es empacado en bolsas plásticas herméticas transparentes, que se venden al menudeo, plaza con 5 años de existencia aproximadamente.
5. La información se ha obtenido por la ciudadanía y durante labores de patrullaje en el sector.

6. A media cuadra de este lugar se encuentra ubicada una cancha de arena y juegos infantiles.

7. Se aportan fotografías del sitio específico

Por lo anterior el sector de La Chispa es un sitio afectado por la venta y consumo de alucinógenos”¹.

4. Que si el asistente de despacho Sergio Andrés Ramírez Jaramillo hubiera declarado en el juicio oral, habría manifestado que obtuvo copias de los radicados 2018-028, 2018-03510 y 2018-05577, donde figura en todos esos expedientes EDUARDO MUÑOZ TORO.

4. DECISIÓN IMPUGNADA

La funcionaria *a quo* condenó a EDUARDO MUÑOZ TORO a las penas ya indicadas, al hallarlo culpable de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 inc. 2º C.P.), y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por expresa prohibición legal.

Concluyó la juez que se acreditó la conducta punible por la cual se acusó a MUÑOZ TORO y su responsabilidad penal, toda vez que los testigos de cargo —patrulleros de la policía nacional que lo capturaron— manifestaron de manera clara y coherente que (i) EDUARDO MUÑOZ TORO estaba de pie en una acera recibiendo una bolsa blanca con sustancia estupefacientes que le estaba entregando Joseph, (ii) el sector La Chispa es conocido por ser un lugar de expendio de estupefacientes y de comisión de otros punibles, (iii) portaba tanto dosis de cannabis como de cocaína, en total treinta cigarrillos, (iv) al percatarse de la presencia policial arrojó la bolsa al piso y mostró una actitud evasiva, (v) según lo estipulado, el libro de población da cuenta de que MUÑOZ TORO ha sido reconocido en el sector de La Chispa como vendedor de estupefacientes, por lo tanto, fue capturado llevando consigo sustancia prohibida. (vi) el oficio S-2018-224807-MEVAL/DISP7-ESEST-29.25 corrobora que mediante inteligencia de patrulla, la dirección calle 74 sur con carrera 62 A del barrio Ferrería, sector La Chispa, ha sido registrado como lugar de expendio de estupefacientes, señalando a EDUARDO MUÑOZ TORO, como el administrador de esa “*plaza de vicio*”; en dicha zona la modalidad de expendio es móvil, durante las 24 horas del día, y la sustancia se empacaba en bolsas plásticas, herméticas transparentes que eran vendidas al menudeo, (vii) que EDUARDO el 22 de septiembre de 2018, se encontraba

¹ Audio de audiencia de juicio oral realizada el 18/08/2021, minuto 0:43:10 - 1:05:30

en el sector La Chispa —reconocido por ser de difícil orden público—dedicado a la distribución de sustancias prohibidas.

Agregó la que los testimonios de cargo estuvieron revestidos de veracidad, se mostraron creíbles, fueron afines entre sí, detallados, sin ambivalencia y quedó establecido que los uniformados relataron una historia que vivieron. La contundencia de la prueba es tal, que se corroboró que existió oportunidad temporal y espacial para ejecutar el comportamiento ilegal, toda vez que EDUARDO MUÑOZ TORO el 22 de septiembre de 2018, estaba parado en una acera del sector La Chispa —lugar reconocido por estar dedicado al expendio de estupefacientes— recibiendo una bolsa negra, contentiva de 40 bolsas plásticas transparentes, 10 bolsas plásticas transparentes y 30 cigarrillos, que resultaron ser cannabis y cocaína, con propósito consistente y voluntario orientado a la distribución de dichas sustancias que fueron incautadas. Así que, lo probado en el juicio oral no soporta la hipótesis alternativa de la defensa, la cual no tiene sustento y por ello no alcanza a configurar una razón suficiente —desde el punto de vista epistemológico ni jurídico— para demostrar su inexistencia o cuestionar la responsabilidad de EDUARDO MUÑOZ TORO, entre tanto, se obtiene un conocimiento —más allá de toda duda— sobre la real ocurrencia del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y sobre la responsabilidad penal del justiciable.

5. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La defensa se muestra inconforme con la decisión de primera instancia, de condenar a EDUARDO MUÑOZ TORO, y pretende que se revoque para que en su lugar se le absuelva, toda vez que considera que con la prueba practicada en el juicio oral no se demostró que él llevara consigo el estupefaciente con una finalidad diferente al propio consumo, es decir no se acreditó que lo portara para distribución o comercialización, y la judicatura concluyó tal situación de hechos extraprocesales y de información de otra causa penal, pues la prueba practicada no dio cuenta de ello.

Manifestó el apelante, que a través de las estipulaciones probatorias y los testimonios de los dos patrulleros de la Policía Nacional, quedaron establecidos los elementos objetivos del tipo penal de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, sin embargo, la constatación del elemento subjetivo no proviene del devenir probatorio del proceso

sino que se origina en el conocimiento de hechos previos y ajenos a las pruebas presentadas por la Fiscalía y la defensa en esta causa penal.

En la teoría del caso del ente acusador y su desarrollo a nivel probatorio, se indicó que hubo unos señalamientos previos por parte de la comunidad del sector donde ocurrió la captura del aquí procesado, que lo vinculaban de manera presunta con la comisión de conductas punibles relacionadas con estupefacientes y que dichos señalamientos permitieron que los agentes de policía Carlos Espinilla y John Fredy Hurtado (sic), en varias oportunidades y previamente a la captura que originó este proceso penal, pudieran identificar al procesado, en el sector, a quien le había incautado estupefacientes en pequeñas cantidades, de las cuales se presumía una finalidad de distribución o venta. Manifestaciones que fueron corroboradas por los agentes de policía que sirvieron como testigos de cargo, permitiendo determinar claramente que “*a los ojos de estos dos policías*”, EDUARDO MUÑOZ TORO ya era una persona reincidente en la comisión de conductas de tráfico o distribución de sustancias estupefacientes, aunque para ese entonces no existían sentencias condenatorias ejecutoriadas en su contra por Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, y por lo tanto la presunción de inocencia como garantía fundamental y procesal aún era predicable en su favor.

Manifestó el recurrente que esa predisposición que tenían los policías respecto de MUÑOZ TORO permitió que se cometieran algunas irregularidades, no solo en este, sino en otros procesos penales que cursan en su contra. Concretamente dicho prejuicio contra el acusado fue transmitido a la Fiscalía y a la funcionaria *ad quo*, toda vez que existe un conocimiento compartido, previo y ajeno a esta actuación, que perjudica al encausado de manera negativa y considerable, puesto que impide que su juzgamiento se haga por cada uno de los hechos jurídicamente relevantes que configuran objetivamente los posibles delitos por los cuales habría sido capturado, y permite que ese conocimiento —que se tiene de conductas ajenas y distintas al proceso identificado con el SPOA 050016000206201826082— se utilice en su desfavor.

Señala, además, que al evaluar la prueba documental y testimonial que compone y estructura el desarrollo procesal, se puede constatar que para el caso particular EDUARDO fue capturado en compañía de Joseph Morán Restrepo mientras este último le entregaba una bolsa que contenía sustancias estupefacientes, resultando evidente que Morán Restrepo realizó un preacuerdo con la Fiscalía, aceptando su responsabilidad por esos hechos y siendo condenado por la misma funcionaria judicial

que emitió la sentencia condenatoria objeto de apelación, y al analizarse los argumentos esgrimidos por ella al emitir el sentido de fallo condenatorio contra MUÑOZ TORO, se observa que la configuración del elemento subjetivo del tipo que la lleva a considerar la existencia del conocimiento, más allá de toda duda, en cuanto a que la intención del enjuiciado no era otra que la de comercializar esas sustancias estupefacientes, tiene origen en el conocimiento al que su despacho tuvo acceso en virtud de la aceptación de la responsabilidad penal por parte de Joseph Morán. Así que, se utilizó esa situación para inferir la responsabilidad penal y la configuración del elemento subjetivo del tipo en el proceso de EDUARDO MUÑOZ TORO, sin siquiera haberse realizado la práctica testimonial de Morán Restrepo en este juicio oral.

Considera el apelante que de acuerdo con lo anterior, es posible afirmar que el principio de imparcialidad y las garantías de las que goza cualquier acusado en un proceso penal fueron menoscabadas y comprometidas, puesto que la presunción de inocencia se desvirtuó por causas externas al proceso penal en contra de EDUARDO MUÑOZ TORO, cuyo SPOA es 050016000206201826082. Incluso, se vulneró el derecho de contradicción de la prueba, puesto que la aceptación de responsabilidad de Morán Restrepo y los hechos que se tuvieron en cuenta para condenarlo, no fueron objeto de controversia o debate probatorio en este juicio oral, poniendo a la defensa técnica y material en una posición desigual y desventajosa desde el principio del proceso.

Concluyó, que sin ese conocimiento previo y ajeno al proceso que tenía la funcionaria de primera instancia acerca de las conductas presuntamente desplegadas por EDUARDO, los elementos de conocimiento que se presentaron en este juicio oral no resultarían suficientes para configurar el elemento subjetivo del tipo penal, y en un derecho penal de acto, y no de actor, es preciso que el fallador se atenga a lo que dentro del juicio oral se ponga en su conocimiento y no a hechos ajenos al proceso particular, ya que ese convencimiento previo que el fallador posea de alguna situación que tenga algo que ver con los acontecimientos jurídicamente relevantes que se están debatiendo, no podrá ser controvertido ni por el acusado ni por su defensor.

6. COMPETENCIA

Esta corporación es competente para conocer de la presente impugnación según lo dispuesto en el artículo 34-1 del Código de P. Penal —Ley 906 de 2004— toda vez

que la sentencia de primera instancia fue proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí, que hace parte de este distrito judicial.

7. CONSIDERACIONES

En el caso concreto, la Sala establecerá si acertó la funcionaria *a quo* al condenar a EDUARDO MUÑOZ TORO por Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo —y por tanto debe confirmarse tal decisión— o si, a *contrario sensu*, habrá de revocarse para emitir sentencia absolutoria, si con la prueba practicada en el juicio oral no se determinó fehacientemente el requisito subjetivo del mencionado tipo penal, es decir la finalidad con la cual se llevaba consigo el estupefaciente —distribución o comercialización— como lo pregonaba la defensa.

El reproche del recurrente, frente a la decisión de primer grado, se centra en que la finalidad de comercialización o distribución del estupefaciente incautado a MUÑOZ TORO la concluyó la judicatura a través del conocimiento obtenido en razón del caso seguido contra el compañero de causa del procesado, es decir al otro sujeto que capturaron con él —Joseph Morán Restrepo— quien aceptó la responsabilidad penal y por ello lo condenó, obteniendo así la juez información que utilizó para establecer la finalidad diferente al consumo con la cual llevaba consigo EDUARDO la sustancia ilícita, pero la prueba practicada en el juicio oral no determina tal situación y de allí que procede la absolución de su representado.

Antes de abordar la valoración conjunta de la prueba practicada en el juicio oral, es necesario manifestar que no se tendrán en cuenta las estipulaciones probatorias 3 y 4, toda vez que no debieron admitirse por la juez de primera instancia, porque son antitécnicas, confusas e impertinentes. Las estipulaciones probatorias tienen la finalidad de dar por cierto hechos pertinentes al caso, sobre los cuales no habrá controversia en el juicio oral, sin embargo en esta oportunidad, con la estipulación N° 3 se estableció que *de haber declarado en el juicio oral el investigador Yeison Legarda hubiera revelado la información que a su vez obtuvo del Comandante de la Estación de Policía de la Estrella, acerca del orden público en el sector de La Chispa, del expendio que en dicho lugar funcionaba, y de lo que daban cuenta las labores policiales al respecto, de los expendedores y su *modus operandi*, entre otros aspectos. Igualmente hubiera declarado el investigador acerca del libro de población que recibió del comandante y sobre las anotaciones registradas en él contra el procesado, por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.*

Sin embargo, con dicha estipulación no se concreta una situación clara respecto a los hechos objeto de juzgamiento, pues en nada aporta al proceso dar por cierto que el investigador *hubiera declarado* sobre los señalados aspectos, y eso no es un hecho, ni acredita alguna materia de esta investigación concreta, sino que simplemente que el testigo *haría* relato en tal sentido, de ahí que ninguna conducencia o pertinencia tiene dicho acuerdo probatorio, máxime cuando es claro que lo que se debe estipular son **hechos concretos**, no documentos ni situaciones de otra índole. Igual ocurre con la estipulación probatoria N° 4. Por lo tanto dichas estipulaciones no cumplieron su finalidad, al dar por ciertos hechos inconducentes e impertinentes con relación al tema de prueba y confusos, sin que tampoco pueda darse alcance adicional a lo estipulado por las partes, las cuales en este caso estipularon que el investigador “de haber declarado en el juicio oral revelaría la información que obtuvo por parte del comandante de policía”, de ahí que no pueda darse una connotación diferente a lo estipulado, para tener como cierto lo que *habría dicho, en caso de haber rendido testimonio* en la audiencia del juicio oral. Precisamente por las limitaciones que frente al tema probatorio imponen las estipulaciones las partes deben ser muy cuidadosas al determinarlas y al juzgador le compete verificar que se ajusten a las previsiones legales, lo que no ocurrió en este caso pues la juez *a quo* admitió las estipulaciones probatorias sin hacerles el debido control de legalidad, lo que da lugar a que no puedan tenerse en cuenta, como se hizo en el fallo de instancia.

Así las cosas, una vez determinado que no podrán tenerse en cuenta las aludidas estipulaciones probatorias, debe establecerse si con la valoración integral de las restantes —las número 1 y 2— y los testimonios de los policiales captores se obtiene en conocimiento necesario sobre los elementos estructurales de la conducta punible de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y la responsabilidad penal del procesado.

Se advierte que los patrulleros de la Policía Nacional que ejecutaron el procedimiento de captura de EDUARDO MUÑOZ TORO, es decir Carlos José Espinilla Villa y Luis Miguel Villota Delgado, manifestaron al unísono que el 22 de septiembre de 2018 estando en turno de vigilancia, y patrullando aproximadamente a la 1:30 de la madrugada en el sector La Chispa —calle 74 sur con carrera 62 A— del municipio de La Estrella, observaron que Joseph Morán desde un balcón le lanzó una bolsa a quien resultó ser EDUARDO MUÑOZ TORO, por lo cual ellos procedieron a verificar el contenido de la misma, hallando cocaína y marihuana, distribuida la primera —

cocaína— en 40 “bolsitas” y la marihuana en 10 “bolsitas” y 30 cigarrillos. Y agregan que dicho es reconocido como lugar de expendio de alucinógenos, lo cual conocían previamente por sus labores policiales e información obtenida por la comunidad y *“gracias a los amigos del cuadrante”* —según Espinilla Villa—, además por una cámara de la Policía Nacional instalada en el sitio.

Señaló Carlos José Espinilla que conocía a EDUARDO MUÑOZ TORO, pues *“era reconocido por la comunidad por el expendio de alucinógenos, además era conocido en el cuadrante por también vender alucinógenos en ese lugar”*. Y en cuanto a la forma como se materializaba el microtráfico en dicho lugar, agregó: *“eso era una calle sin salida, que en su momento llegaban los consumidores a todo tipo de hora, a cualquier hora llegaban a comprar alucinógenos y eran expendidos por estos muchachos que fueron capturados”*.

Por su parte, el patrullero Luis Miguel Villota Delgado manifestó que donde capturaron a EDUARDO *“es un sector reconocido por donde cumple actividad una plaza de vicio, pues en ese momento cumplía esa actividad, había una plaza de vicio y ya en este momento ya no hay.”* Y explicó: *“la patrulla iba entrando al callejón, es un callejón que va de subida, y arriba las personas que se hacían para expender ahí, lo que hacían era correr hacia el lado del rincón, entonces uno perdía visibilidad y cuando uno llega al fondo del callejón ya no se observaban los muchachos”*, sin embargo afirmó que conocía a EDUARDO MUÑOZ TORO porque *“era un reconocido del sector, de allí de esa parte que se llama La Chispa, por información de la ciudadanía y llamadas que llegaban a la estación indicaban pues que este muchacho —ellos los dos muchachos— se dedicaban al expendio de sustancias alucinógenas allí. En muchas circunstancias yo les encontré sustancias, pero no daba como para realizar captura, pero muchas veces si se les logró incautar”*. Y agregó este testigo: *“cuando yo me refiero a expendio es porque en la estación de policía llegaban llamadas, donde la ciudadanía llamaba y decía vea aquí en el sector de La Chispa hay un muchacho vestido así, así y así, con las características, incluso en la parte donde se hacían a expender hay una cámara de seguridad de la policía, entonces ahí quedaban los registros, igual manera como le digo, a la hora de uno entrar en el callejón lo que hacían ellos era mirarlo desde arriba y corrían al fondo y lo que hacían era esconderse, en muchas ocasiones que si les logro, pues interceptar, se les practicaba el registro y se les encontraba las sustancias”*.

De acuerdo con el relato de los uniformados y las estipulaciones probatorias admisibles, se demostró entonces que EDUARDO MUÑOZ TORO fue capturado

cuando recibía una bolsa que desde el balcón de un inmueble le lanzó Joseph Morán, en la cual habían 7.2 gramos de cocaína distribuida en 40 bolsas, y 83.1 gramos de marihuana —en 30 cigarrillos y 10 “*bolsitas resellables*”—. Asimismo que el sitio donde ocurrieron los hechos es reconocido por los uniformados —según manifestaciones de la comunidad y *compañeros del cuadrante*— como expendio de estupefacientes y con antelación habían sorprendido al procesado con sustancia ilícita, pero no lo capturaron porque las cantidades no excedían los límites legales, pero tales situaciones no demuestran fehacientemente el elemento subjetivo del tipo penal de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, esto es que el acusado llevaba consigo la sustancia con fines diferentes al propio consumo, puesto que el haber sido capturado en un lugar de expendio no es determinante para determinar que sea expendedor, pues precisamente a dichos sitios acuden no únicamente los micro traficantes a abastecer el negocio sino también lo hacen los consumidores a proveerse. Tampoco es determinante para establecer la finalidad de distribución o de comercialización la circunstancia revelada por los uniformados en cuanto a haber capturado previamente al procesado varias veces con estupefacientes, pues ello tampoco es exclusivamente predicable de los expendedores, porque los consumidores también suelen tener diversos sorprendimientos con estupefacientes, máxime cuando los uniformados manifestaron que, a pesar de haberlo sorprendido antes portando la sustancia no lo capturaban porque la cantidad no lo ameritaba.

El tema de los estupefacientes ha venido evolucionando paulatinamente en la jurisprudencia de la Alta Corporación que funge como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo penal, pues en un principio tenía como antijurídico el simple porte de estupefacientes en cantidades que superaran la dosis personal, como se resolvió en el radicado 23.609 de 2007, cuando se condenó a un individuo por el porte de 5 gramos de cocaína, pese a haberse demostrado que eran para su consumo personal, en el entendido de que aun así se trataba de una conducta antijurídica pluriofensiva. En sentencia 28.195 de octubre de 2008 se admitió que, analizado cada caso en concreto, era posible concluir que el porte de estupefacientes podía carecer de antijuridicidad material, siempre y cuando se demostrara que repercutía solamente en la privacidad del consumidor de la sustancia y se tratara de dosis personal, o de cantidad que no la superara de manera importante. Con posterioridad al Acto Legislativo 02 de diciembre 21 de 2009, por el cual se modificó el artículo 49 de la Constitución Política, se estableció la necesidad de distinguir entre el consumidor y el traficante, para no penalizar al primero sino tratarlo bajo una filosofía preventiva y

rehabilitadora, y tras la expedición de la Ley 1453 de 2011 —que modificó el artículo 376 del Código Penal—

En pronunciamiento dentro del radicado 33.409 de 2014 se reiteró que los portes de cantidades ligeramente superiores a la dosis personal no lesionan los bienes jurídicos tutelados, por tanto no generan responsabilidad penal. Y ese mismo año en la sentencia 42.617 de 2014, se abordó como problema jurídico específico “*si la presunción de peligro que configura la lesividad de la tenencia de estupefacientes es de aquellas iuris et de iure por venir prefijada por el legislador, caso en el cual la verificación de la tipicidad de la conducta apareja, automáticamente, su antijuridicidad. O si, por el contrario, dicha presunción es iuris tantum y, por tanto, siempre serían admisibles pruebas que la desvirtúen*”, y al respecto se concluyó:

(...) el porte de estupefacientes en una cantidad superior a la establecida legalmente como dosis de uso personal, es una conducta típica que se presume antijurídica. Sin embargo, como quiera que tal presunción ostenta carácter *iuris tantum*, la prueba de que su destino es el consumo estrictamente personal sin que apareje interferencia en derechos ajenos (orden socio-económico o la seguridad pública), desvirtúa tal suposición legal y, por ende, excluye la responsabilidad penal. En consecuencia, la cantidad de estupefaciente que se lleve consigo no es el único elemento definitorio de la antijuridicidad, sino sólo uno más de los que habrán de valorar los juzgadores a fin de determinar la licitud de la finalidad del porte...”.² (Resaltado fuera de texto original).

Es decir de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el tema en mención ha de resolverse, no desde la antijuridicidad sino a partir de la tipicidad, para determinar el ánimo o finalidad del porte como presupuestos de esta última categoría dogmática, partiendo de la concepción del consumidor y el trato que a éste se le debe dar, de acuerdo con las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo 02 de 2009, y estableció —entre otras cosas— que la materialidad de la conducta no se limita únicamente a la cantidad que se porte, porque esta depende de la acreditación de la necesidad de consumo, según las circunstancias personales y de aprovisionamiento del consumidor, por lo tanto:

“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

² Corte Suprema de Justicia. Radicado 42.617 de 2014. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández

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”³ (Resaltado fuera de texto original)

Respecto a la carga de la prueba por parte de la Fiscalía en casos similares al aquí planteado, también manifestó la mencionada Corporación:

“La protección de los consumidores implica la carga procesal por parte de la Fiscalía de demostrar un contexto de actividad orientada al tráfico de estupefacientes.”⁴ (Destacado no original).

Así las cosas, para que la conducta establecida en el artículo 376 del C.P sea típica debe estar prevalida de un ánimo de comercialización o distribución, pero en todo caso es al ente acusador —como órgano persecutor— a quien le corresponde demostrar tal situación, esto es, que el porte de estupefacientes no era para el consumo, porque al haberse reconocido al consumidor la facultad de llevar consigo cantidades superiores a la dosis personal, como de aprovisionamiento o en razón de su necesidad personal de consumo, se impone a la Fiscalía la carga de demostrar que hay un propósito diferente, allegando elementos de juicio que ubiquen al procesado en un contexto de tráfico, comercialización o suministro de estupefacientes.

Así que, en este evento la Fiscalía no cumplió con la carga de acreditar que la sustancia incautada a MUÑOZ TORO era para tráfico o distribución, toda vez que aunque demostró que el acusado fue capturado al sorprendersele recibiendo una bolsa que le lanzó otro sujeto, en la cual había 7,2 gramos de cocaína y 83, 1 gramos de marihuana, en un sector conocido por el expendio de estupefacientes, sumado a que había sido sorprendido previamente portando irrelevantes dosis de estupefacientes, no se demostró que el estupefacientes incautado tuviese finalidad diferente al consumo personal de EDUARDO, emergiendo dudas frente a la finalidad del mismo, puesto que aunque los uniformados manifestaron que el enjuiciado era señalado por la comunidad o por sus compañeros de cuadrante como expendedor, lo cierto es que a ellos no les consta de manera directa tal hecho, de ahí que finalmente su dicho es de oídas, y de ello no pudieron dar cuenta quienes habrían tenido el conocimiento directo porque no fueron llevados a declarar en el juicio, y tampoco puede tenerse como indicio que permita despejar la duda acerca de la finalidad del estupefaciente que llevaba consigo MUÑOZ TORO.

³ Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal. Radicado 44.997 de 2017. M.P Patricia Salazar Cuellar.

⁴ Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal. Radicado 43.725 de 2017. M.P. Eugenio Fernández Carlier.

De manera que, si la Fiscalía no demostró que la sustancia incautada al acusado era para un propósito diferente a su consumo, se impone absolver a EDUARDO MUÑOZ TORO, en tanto resulta desacertada la decisión de condena adoptada por la juez a quo, que será revocada.

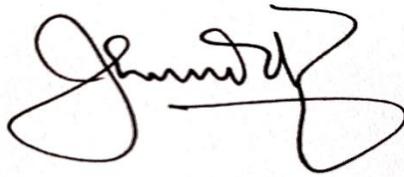
En mérito de lo expuesto la Sala Once de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO REVOCAR la sentencia de primera instancia y, en su lugar, **ABSOLVER** a EDUARDO MUÑOZ TORO del punible de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en consecuencia se ordena la cancelación de los registros y anotaciones que contra él se hayan originado por razón de este proceso.

SEGUNDO. Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación.

Notifíquese y cúmplase



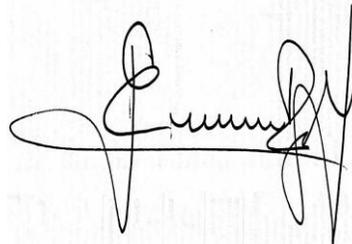
JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ

Magistrado



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

Magistrado



LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ

Magistrado