



SALA PENAL

Medellín, jueves cinco (5) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado en la fecha, Acta Nro. 172

Sentencia de segunda instancia Nro. 48

Radicado No. 05-001-60-00206- 2019-19933

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Acusado: Jhonatan Herrera Montoya

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Lectura: viernes 6 de octubre de 2023. Hora: 11:00 a.m.

Procede la Sala en esta oportunidad a resolver el recurso de apelación interpuesto por Fiscalía, contra el fallo absolutorio proferido el 7 de julio de 2023 por el Juez Quinto Penal del Circuito de Medellín, en desarrollo del juicio oral adelantado en contra de JHONATAN HERRERA MONTOYA por el delito de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes.

HECHOS

Según lo planteado por la Fiscalía en el escrito de acusación los hechos ocurrieron el 15 de agosto de 2019, a eso de las 12:50 horas, cuando a una patrulla motorizada de la Policía Nacional que realizaban labores de vigilancia en la calle 23 con carrera 59, barrio Trinidad de Medellín, se le informó vía radio que en las inmediaciones del punto en que se encontraban había dos sujetos en actitud sospechosas portando una bolsa negra al lado de un taxi, uno de los cuales lucía una camiseta del equipo de fútbol Atlético Nacional, jean negro y zapatillas grises, y el otro una camisa blanca, jean azul y tenis grises. Al percatarse del arribo de la fuerza pública las dos

personas tratan de huir del lugar lanzando el de la camisa deportiva una bolsa negra al lado del vehículo de transporte público.

Tras ser interceptados se les practica un registro en desarrollo del cual la fuerza pública observa que el envoltorio a su vez tenía cinco paquetes en bolsa transparente con una sustancia vegetal de color verde, con olor y características similares a la marihuana. El adulto de camiseta blanca fue identificado como JUAN CAMILO ALARCÓN PÉREZ y el de camiseta verde como JHONATHAN HERRERA MONTOYA. De acuerdo a la prueba preliminar de campo o PIPH, la sustancia arrojó resultados positivos para marihuana y sus derivados en un peso neto de 2501 gramos.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 16 de agosto del 2019, ante el Juez Trece Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín se legalizó la captura de JUAN CAMILO ALARCÓN y JHONNATAN HERRERA MONTOYA. A este último la Fiscalía le imputó en calidad de coautor el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes del inc. 3º, art. 376 del C. Penal. Modificado. Ley 1453/11, art. 11, verbo rector “transportar”, el cual acarrea penas de 96 a 144 meses de prisión, y multa de 124 a 1500 SMLMV; sin allanamiento a cargos y con imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario a solicitud del persecutor.

2. El 2 de septiembre de 2019 la Fiscalía presentó escrito de acusación en contra de JUAN CAMILO ALARCÓN y JHONATAN HERRERA MONTOYA sin variaciones a la imputación fáctica y jurídica, con excepción del verbo rector, “llevar consigo estupefacientes con fines de distribución y/o venta”, el cual adiciona en este punto, correspondiéndole el conocimiento del asunto al Juez Quinto Penal del Circuito de Medellín.

3. El 3 de diciembre de 2019 las partes pusieron a consideración de la judicatura un preacuerdo logrado con JUAN CAMILO ALARCÓN, y se produjo la ruptura de la unidad procesal.

4. El Juez Quinto Penal del Circuito de Medellín anunció sentido de fallo absolutorio en favor de JHONATAN HERRERA MONTOYA que leyó el 7 de julio de 2023.

5. La anterior decisión dejó inconforme a la delegada de la Fiscalía, quien interpuso el recurso vertical de apelación que sometido a reparto le correspondió a esta Sala de Decisión Penal.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

Indica el a quo que la prueba de cargo demuestra sin lugar a dudas que el acusado fue la persona que los uniformados vieron arrojar la bolsa con la sustancia estupefaciente, pero, de igual manera, el extremo probatorio bajo análisis explica por qué tenía dicho material en su poder y por qué la habría arrojado, pues frente a estos aspectos, el otro capturado, quien aceptó cargos por el delito bajo análisis explicó que el elemento era de su propiedad y se lo había entregado a su compañero mientras respondía una llamada y hablaba por WhatsApp, aunado a que al percatarse de la presencia de los uniformados le dijo que se deshiciera del contenedor, versión de los hechos que resulta coherente con aquella a su vez ofrecida por los policivos.

Lo anterior se traduce en que en criterio del juez de primera instancia la tenencia de la bolsa con la sustancia estupefaciente era a un título precario, provisional, ya que JUAN CAMILO ALARCON explica que se la había dado para sostenerla mientras hablaba por celular, iterando que el envoltorio es de su propiedad, y se tiene que por estos hechos el otro procesado aceptó cargos y actualmente se encuentra condenado.

Así las cosas, estima el funcionario que más allá de haber demostrado que el agente portaba, llevaba estupefacientes, a saber, marihuana equivalente a 2501,6 gramos, el ente persecutor no demostró que lo hacía con fines de distribución gratuita u onerosa, cuando el propio testigo de la Fiscalía adujo en juicio que su compañero incluso desconocía la naturaleza del material que había en el interior de la bolsa, aunado a que el implicado indicó que se encontraba en el sitio cotizando cierto arreglo para un taxi de su propiedad, lo cual corroboró el latonero escuchado en este caso; además, varios testigos

indicaron que el acusado se dedicaba precisamente a dicho oficio, todo lo cual genera duda que se resuelve a favor del sentenciado.

Estos son en síntesis los argumentos para dictar sentencia absolutoria por duda probatoria.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Manifiesta la Fiscalía en su escrito de apelación que se probó que el acusado arrojó una bolsa con dos kilos y medio de marihuana, fue capturado en un barrio de la ciudad reconocido por el expendio de estupefacientes, huyó al percatarse de la presencia policial porque sabía que estaba cometiendo un delito, criticando del testimonio del latonero escuchado en juicio por afirmar que conoce al procesado y lo que este hace, incluso lo que fuma, y con quién vive, pues según su versión solo se presenta una o dos veces al año supuestamente a solicitar sus servicios.

A lo anterior se suma que según lo probado se sabe que el implicado tuvo en su poder la bolsa durante mucho tiempo, ya que por información telefónica la ciudadanía señaló que el individuo de camisa verde de un equipo de futbol era el que portaba el material prohibido.

Por esto último sostiene que no se puede hablar en su caso de tenencia o custodia precaria del material prohibido, en un barrio en el que además se sabe que se consume y expende estupefacientes, por lo que no tiene sentido que una persona que vive en el sector se encuentre comprando dicho material, siendo estas en síntesis las razones por las que solicita se revoque el fallo apelado y en su lugar se profiera condena.

Por su parte los sujetos procesales no recurrentes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES EN ORDEN 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, los atinentes a la garantía de los derechos fundamentales de las partes.

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 y en el escrito de apelación, la Sala puede afirmar que el problema jurídico que se le plantea en esta oportunidad se contrae a determinar si la prueba demuestra más allá de toda duda razonable que el acusado incurrió en la conducta punible consagrada en el dispositivo 376, inc.3º del C. Penal. Modificado. Ley 1453/11, art. 11. Verbo rector alternativo “llevar consigo” con fines de venta, enrostrados al agente en audiencia de formulación de acusación.

Planteada así la cuestión problemática en este caso, vale significar que el modelo típico contenido 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, en el sentido de 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...”

Se trata de 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 más aún reconoció la existencia de una presunción sobre la antijuridicidad material, como quiera 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 estupefacientes no ameritan reproche jurídico penal, en tanto el material se lleve para su propio consumo y/o no se demuestre el fin de venta, comercialización, tráfico, o distribución a cualquier título.

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

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

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 han marcado claramente un cambio de paradigma en relación con el objeto de prohibición penal contenido en el art. 376 del C. Penal, 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”.

Así, 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, las segundas son merecedoras de la más drástica respuesta del Estado, 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 la errada convicción en los estrados judiciales de exigir al imputado la demostración de 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 comportamiento delictivo.

*Igualmente se consideró que bastaba con que el agente llevara consigo sustancia estupefaciente en cantidad que superara la dosis personal legalmente permitida en la norma –art. 2º, literal J de la Ley 30 de 1986-, para infringir lo dispuesto en el artículo 376 de la obra sustantiva en materia penal, sin que se admitiera prueba en contrario sobre el particular, como quiera que albergaba una presunción de derecho, **iuris et de iure**, y*

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

partiendo de la base que 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; 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 su comportamiento.

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 se le pretendía dar al material estupefaciente; se puso de relieve la necesidad de diferenciar para su tratamiento si el actor tiene la condición de consumidor o adicto, o, si por el contrario, la misma se desarrolló dentro de un claro e inequívoco contexto de tráfico, circunstancia esta que en últimas sería la única que legitima y torna tolerable una respuesta punitiva por parte del Estado y sus organismos de persecución penal³.

Pero la evolución jurisprudencial sobre la materia no se detuvo allí.

Posteriormente la corporación agregó un nuevo elemento conceptual al estudio en busca de la solución de la problemática más acorde a los lineamientos trazados con la expedición del acto legislativo 002 de 2009, en el que se evidencia que el Estado no propende por sancionar penalmente al consumidor habitual, ocasional o recreativo que lleve consigo sustancia estupefaciente, sicotrópica, o alucinógena, con fines exclusivos de autoconsumo, atendidas sus necesidades particulares, iteramos; sino, porque el individuo dependiente o consumidor de estas sustancias logre su rehabilitación mediante el tratamiento que demande la patología que en cada

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.

caso soporte, sino que los esfuerzos institucionales se deben centrar 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, ya que no todo porte amerita reproche jurídico penal; si la sustancia se lleva para el propio consumo no se configura el punible bajo análisis.

Estima así el alto tribunal que corresponde a la Fiscalía General de la Nación desvirtuar esa presunción de antijuridicidad **iusuris tantum**, sin que la carga de la prueba pueda invertirse en contra del acusado, pues en materia de responsabilidad estará siempre en cabeza del Estado, mientras que al ciudadano se le presume inocente. Elemento que resulta definitivo a la hora de demostrar estructurada la conducta punible consagrada en el canon 376 del C. Penal.

En este orden de ideas y de cara al concreto caso que nos convoca, recientemente el alto tribunal conceptuó como sigue: "... debe recordarse que ha sido pacífica la jurisprudencia actual de la Corte, respecto del delito de Fabricación, tráfico o porte de estupefacientes del artículo 376 del Código Penal, en cuanto a que **el verbo rector «llevar consigo» exige para la configuración del hecho punible de un elemento subjetivo especial o finalidad específica, diversa del dolo**, relativa a que el porte tenga como propósito la venta, distribución o suministro a cualquier título, **de suerte que la sola conducta de llevar consigo es por sí misma atípica, mientras la Fiscalía no demuestre alguna de aquellas finalidades**. Además, en virtud de la misma estructura del proceso penal, la carga de probar ese propósito especial del porte del estupefaciente recae sobre la Fiscalía." (CSJ, SP. SP228-2023, Rad. Nro. 60332, del 21 de junio de 2023, M.P. Myriam Ávila Roldan). (Negrillas de la Sala).

Y por la senda de la misma fuente, el alto tribunal concluye que: “... **los problemas relativos al porte de estupefacientes deben ser resueltos dogmáticamente en el ámbito de la tipicidad y no en el de la antijuridicidad, entendiendo con ello que el ánimo que alienta la realización de esa conducta, como elemento subjetivo adicional del tipo penal, está condicionado por los fines que se persiguen con su ejecución.**”⁴ (Negrillas de la Sala).

A la luz del precedente jurisprudencial y marco conceptual analizados 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 atinada, pues si bien desde la función legislativa se tiene dispuesto que frente al comportamiento relacionado con el tráfico no cabe otra respuesta diferente a la criminalización y castigo a través del derecho penal; esto es, de aquellas conductas relacionadas con la producción o distribución de sustancias estupefacientes, sicotrópicas o alucinógenas, pues son estas las que en últimas merecen ser sancionadas drásticamente al tener 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”.

Ello dependerá entonces de la conducta efectivamente exteriorizada por el procesado. 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 la mencionada actividad.

Ahora, sobre los verbos rectores podemos 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 final propuesta. Se dice entonces que la conducta típica analizada es de aquellos delitos denominados de compuestos alternativos.

⁴ *Ibíd.*

Para una mejor intelección del asunto nos apoyamos en las siguientes reflexiones de la literatura y jurisprudencia penal: "... 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"⁵.

Llevado el asunto al terreno probatorio, le corresponderá entonces al fallador, luego de valorar en conjunto y bajo los criterios de la sana crítica el recaudo probatorio, 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; conocimiento que debe obtenerse en el grado de certeza que reclama el artículo 381 del C. Penal, a saber, más allá de toda duda, para dictar fallo de condena.

En efecto, ubicados en el caso de la especie, es claro que los sujetos procesales en tensión aceptaron a través de las estipulaciones probatorias la cantidad, calidad y mismidad de la droga incautada, a saber, 2.501,6 gramos de marihuana.

El anterior material probatorio resultó complementado a su vez con elementos de naturaleza esencialmente testimonial, cuyo aunado análisis, en criterio del operador judicial, a la luz de los criterios de la sana crítica no permitieron acreditar el conocimiento en grado de certeza exigido por el art. 381 de la Ley 906/04 para dictar fallo de condena; en otras palabras la presencia irrefutable de los elementos estructurales del tipo penal previsto en el inc. 3° del art. 376 del C. Penal, en su verbo rector "llevar consigo" con

⁵ CSJ, SP. Sentencia del 29 de octubre del 2001, radicado 15.570, M. P. Jorge Córdoba Poveda.

finde de expendio o distribución a cualquier título, ni que el acusado sea el autor de un comportamiento de esta categoría.

Y como frecuentemente sucede en este tipo de casos, es pertinente indicar que, si bien el plexo probatorio que se nos ofrece permite mínimos elementos para el análisis, al igual que para el funcionario de primer grado, para esta Magistratura tampoco dicho material aporta el valor incriminante insoslayable que reclama una sentencia de condena en materia penal, esto es, que permita el conocimiento en grado de certeza que reclama el artículo 381 de la Ley 906/04, tantas veces citado.

No se trata de desconocer que el joven HERRERA MONTOYA fue capturado lanzando a un lado una bolsa que en su interior contenía sustancia estupefaciente en cantidad superior a la dosis personal legalmente permitida para el caso de la marihuana. Solo que, desde la perspectiva trazada por las altas cortes, cobra relevancia el análisis de otros factores determinantes para la configuración del injusto típico en este tipo de eventos, más allá de la cantidad de sustancia estupefaciente encontrada en poder del acusado.

De manera que bajo la óptica en comento el material cognoscente debe ayudar a perfilar y demostrar la lesividad de la conducta desplegada por el agente, y, por contera, erradicar cualquier tipo de arbitrariedad, capricho, aplicación gaseosa, o vaga de conceptos legales como el de dosis de uso personal, siendo menester recordar, además, que nuestro sistema se adscribe a un derecho penal de acto y no de autor.

Acorde a la teoría del caso defendida entonces por la Fiscalía, y la estrategia probatoria adoptada en juicio con especial énfasis en la prueba testimonial, observa la Sala que contrario a lo que estima la apelante, el ente persecutor se encuentra en una situación precaria para demostrar más allá de toda duda, esto es, en grado de certeza, tal como lo demanda el canon 381 del Estatuto Procedimental Penal, que la finalidad del enjuiciado estuvo dirigida a la comercialización del material alucinógeno y/o su distribución a cualquier título, tesis sobre la que de manera preponderante gravita la acusación, alegando indistintamente el transporte o tenencia para dicha finalidad.

Y es que a pesar de que para la censora de las circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores, así como la cantidad de material estupefaciente incautado en este caso permiten concluir apodócticamente que al implicado se lo capturó en un claro contexto de llevar consigo para la comercialización o distribución del estupefaciente; nada de lo visto indica que los patrulleros presenciaron una clara actividad de intercambio, de negociación, distribución, venta o compra del material alucinógeno, declarando de manera honesta, abierta, y sin ambages, que no presenciaron nada diferente a que el joven capturado tiró la bolsa negra en cuyo interior se encontró el material prohibido.

Otro tanto puede decirse del mal llamado indicio de huida, pues la finalidad enrostrada al agente no puede deducirse sencillamente del simple nerviosismo advertido en el varón, su reacción ante la presencia policial, como lo supone la inconforme, teniendo claro que conforme lo enseña la jurisprudencia, dicha reacción a lo sumo genera sospecha, siendo menester que en el plenario obren otros hechos indicadores de los cuales se pueda inferir razonablemente que el agente no podía tener otro propósito diferente a suministrar, a cualquier título, la marihuana encontrada en la bolsa por los uniformados.

En fin, no existe ninguna evidencia clara e irrefutable en el sentido de que su intención fuera la de un suministro generalizado, pues, se insiste, esta no se puede deducir del simple porte, o tenencia precaria para usar las palabras de la primera instancia, la cantidad, calidad y naturaleza del estupefaciente; particular este frente al cual precisamente el propio testigo ofrecido a instancia del ente persecutor que aceptó cargos y resultó condenado por estos hechos, fue conteste al indicar que la sustancia era suya, pero, además, que su acompañante aquel día no conocía sobre su contenido.

Por lo tanto, tampoco puede pasar inadvertido para la judicatura que el propio encartado en estos hechos ofreció plausibles explicaciones sobre su presencia en el sitio de los hechos investigados, indicando que estaba allí para algún arreglo del vehículo tipo taxi de su propiedad, las cuales fueron refrendadas por otros testigos, entre ellos el latonero que se encargaría de la refacción, y emergen verosímiles, pues también se escuchó a otros deponentes señalar que el oficio del joven es el precisamente el de taxista.

Como se puede apreciar, bajo tal contexto de cosas no se puede alegar que la intención del suministro a cualquier título, comercialización o distribución del material vegetal emerja indubitado, como que tampoco se puede deducir de la pertenencia del investigado a un determinado punto o zona geográfica de la ciudad, por más que este sector sea reconocido y de alguna manera estigmatizado como punto habitual para la compraventa de sustancias alucinógenas, o del simple hecho de observar al agente tirar la bolsa o reaccionar tratando de alejarse y evitar a la fuerza pública.

En rigor, como se viene de analizar, con base en el caudal probatorio surge que la intención de tráfico, e incluso de distribución a cualquier título del estupefaciente por parte de quien se resiste al poder punitivo del Estado en esta oportunidad, sólo se enmarca dentro de una de las posibilidades que explicarían dicho comportamiento, o dicho en otras palabras, el material de conocimiento debatido en juicio no suministra certeza sobre el particular, emergiendo así duda probatoria que a voces del canon 7° del C. Penal y en aplicación del principio in dubio pro reo se resuelve a favor del inculcado.

En este sentido, es menester precisar que, como se sabe, el legislador ha jerarquizado el mérito probatorio que debe sustentar las decisiones a lo largo del proceso penal. Por ende, a medida que el proceso avanza, la calidad de lo investigado debe hacerlo proporcionalmente.

Es así como en una investigación la prueba puede trascender la etapa de juzgamiento sin resultar, a la postre, apta para finiquitar con sentencia de condena. Y ello resulta apenas la aplicación lógica del proceso de conocimiento si se tiene en cuenta que: “La mente humana puede encontrarse, con respecto al conocimiento de un hecho, en estado de ignorancia, o sea ausencia de todo conocimiento; en estado de credibilidad, en sentido específico, es decir, igualdad de motivos en cuanto al conocimiento afirmativo y al negativo; en estado de probabilidad, que es el predominio del conocimiento afirmativo, y en estado de certeza, que es conocimiento afirmativo y triunfante”⁶¹

⁶ Framarino Dei Malatesta “LOGICA DE LAS PRUEBAS EN MATERIA CRIMINAL”. Tomo I, Editorial Temis, Santafé de Bogotá 1997, Cuarta edición, pág. 12.

Lo determinante en este caso, acorde, se insiste, a la línea jurisprudencial que viene trazando el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria en relación con el delito de porte de estupefacientes, es que finalmente la Fiscalía no logró acreditar en grado de certeza el fin de venta de la sustancia estupefaciente, ni la conservación relacionada con la distribución, el suministro o tráfico del mismo, y la consecuente afectación o puesta efectiva en peligro del bien jurídico protegido por el dispositivo 376 del C. Penal, de la seguridad pública, quedando incólume la presunción de inocencia que opera a favor del procesado JHONATAN HERRERA MONTOYA, art. 7º Ibíd.

En definitiva, para la Sala aspectos como el tratar de deshacerse del elemento que a su vez contiene el material estupefaciente, su naturaleza, cantidad y la sola presencia del implicado en una reconocida zona donde se suele presentar el intercambio y venta de drogas, o el hecho de tratar de evadir a las autoridades de policía, y demás circunstancias que por sí solas para la parte apelante resultan inequívocamente indicativas de la clara intención de expendio, distribución o tráfico, no logran ir más allá, ni superar el grado de sospecha más arriba analizado. Se insiste entonces en que la falta de certeza del material probatorio para demostrar la responsabilidad del agente más allá de toda duda es innegable y se resuelve a favor del ciudadano llamado a responder ante la justicia penal.

Para una mejor comprensión de la tesis discursiva sobre la que venimos discurrendo, las siguientes glosas resultan fuente obligada de consulta y permiten dilucidar la necesidad de cambiar el paradigma que se viene siguiendo frente a la lucha contra el tráfico de estupefacientes, para centrarla, no en el simple portador, ni en el consumidor recreativo u ocasional, sino en el andamiaje que permita desarticular las estructuras o bandas criminales dedicadas al lucrativo negocio:

“En el anterior marco jurídico conceptual, que ahora se ratifica, es evidente que la determinación de si el implicado tiene como fin la distribución o venta, se asume necesario complemento del verbo llevar consigo; entonces, la conclusión obligada de realizar por el fallador cuando no se demuestra dicho componente subjetivo, es la absolución.

De esta manera, como se anotó antes, el yerro pasible de atribuir al Tribunal no se agota en la sola desviación de la carga probatoria hacia la defensa, sino que abarca su concepción de lo

que el tipo penal contiene, o mejor, del alcance del verbo rector llevar consigo.

Cuando el Tribunal asume que llevar consigo se erige, por sí mismo, en delictuoso, desconoce de la exigencia subjetiva necesaria para complementar como efectivamente típica la conducta, lo que redundo, en términos casacionales, en la tergiversación o indebida interpretación de la norma sustancial.

Por ello, asiste la razón al Ministerio Público cuando en el cargo segundo alude al error directo en cuestión, fácilmente detectable en la argumentación que utilizó el Tribunal para emitir fallo de condena, no otra, se recuerda, que advertir inexistente la prueba de que el procesado es adicto o consumidor, cuando la inadvertencia debió operar mejor respecto del elemento subjetivo especial, esto es, la demostración de que la droga iba destinada a la venta o distribución, tópicos que necesariamente radican en cabeza del ente acusador.

No es necesario, cabe destacar, que la Corte realice más precisiones respecto de lo debatido, en tanto, es evidente que la jurisprudencia actual cubre con suficiencia las distintas aristas del caso concreto.

Se debe añadir, eso sí, que el mensaje implícito en su tesis, acorde con las coyunturas actuales del fenómeno del narcotráfico y la mejor forma de combatirlo, estriba en llamar la atención respecto del foco de ataque, que no lo debe ser el consumidor o simple portador, sino el andamiaje criminal que permite llevar hasta estos el estupefaciente, a la manera de entender que los organismos de policía e investigación han de sofisticar su tarea para que no se dilapiden esfuerzos y pueda permitirse, a través de una adecuada labor de inteligencia y seguimiento, desarticular las bandas criminales, incluyendo, desde luego, los encargados de atender el llamado microtráfico.⁷

Por manera, que ante una situación tan precaria como la del procesado JHONATAN HERRERA MONTROYA, sin mayores elementos para probar la venta o distribución a cualquier título, sin que siquiera los agentes del orden observaran un intercambio, la duda probatoria demanda que se confirme la absolución del procesado emitida por la primera instancia.

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:

⁷ CSJ, SP. Sentencia SP025-2019, radicado 51.204, aprobada Acta Nro. 15 del 23 de enero de 2019, M. P. Patricia Salazar Cuéllar.

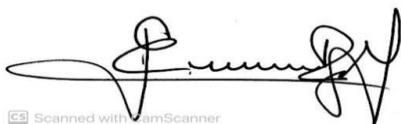
CONFIRMAR en su integridad la sentencia absolutoria apelada. Proveído contra el que procede el recurso de casación, el cual debe interponerse dentro del término de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del presente proveído que se notifica en estrados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados⁸,



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO


Scanned with CamScanner

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ


JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

⁸ El presente proveído se suscribe de conformidad con lo previsto en el art. 11 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la “firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas”.