

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, seis (6) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 050016000206201929479
Procesado: Carlos Augusto Montoya Cardona
Delito: Trafico, fabricación o porte de estupefacientes
Asunto: Apelación de Sentencia –ordinaria-
Sentencia: No.35 - Aprobada por acta No. 130 de la fecha.
Decisión: Confirma la decisión recurrida
Lectura: Jueves, 15 de diciembre de 2022

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Se apresta la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, en contra de la sentencia del 7 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Veintiocho Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, que condenó al señor **Carlos Augusto Montoya Cardona**, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes imputado en la modalidad de llevar consigo, imponiéndole una pena de 64 meses de prisión.

2. CUESTIÓN FÁCTICA

Los hechos que dieron origen a esta investigación ocurrieron el 26 de diciembre de 2019, aproximadamente a las 22:15 horas, en la carrera 50 con calle 67 sector San Pedro de Medellín, cuando **Carlos Augusto Montoya Cardona**, fue sorprendido portando 61,5 gramos de un derivado de cocaína, dosificados en 479 papeletas con la siguiente presentación: 120 de color amarillo con una figura de un mico; 122 de color rosado con una figura de un escorpión; 120 de color verde con una figura de un tigre y 117 de color blanco con una figura de un mico

3. DESARROLLO PROCESAL

El 27 de diciembre de 2019, ante el Juzgado Treinta y Uno Penal Municipal de Control de Garantías, se llevó a efecto audiencia de legalización de captura del señor **Carlos Augusto Montoya Cardona**, formulándosele imputación por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, (inciso 2° del artículo 376 del C.P.) cargos que no fueron aceptados por el ciudadano.

El día 27 de enero de 2020 la Fiscalía presentó escrito de acusación, el que por reparto le correspondió al Juzgado Veintiocho Penal del Circuito de Medellín, el cual, en audiencia del 8 de marzo de 2021, formalizó la referida acusación. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el siguiente 3 de mayo de ese año.

El 6 de abril de 2021 se dio inicio al juicio oral culminándose la fase probatoria el 23 de mayo siguiente de 2022, fecha en la cual se alegó de conclusión por las partes y se dictó sentido de fallo condenatorio.

La sentencia que puso fin a la instancia se profirió el 7 de julio de 2022, determinación que fue recurrida por la defensa.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Destacó el fallador que el hecho de haber encontrado al señor **Carlos Augusto Montoya Cardona** portando la sustancia estupefaciente en la cantidad en comento, era un fundamento plausible para determinar la tipicidad de su comportamiento.

Adujo el *a quo* que dada la línea jurisprudencial del órgano de cierre de esta jurisdicción atinente a la demostración del animo de trafico en el porte de estupefacientes, la Fiscalía tenía la obligación de acreditar que esa sustancia incautada al acusado no era para su consumo, situación que pudo demostrar el ente acusador por medio de los testigos arrimados al juicio, quienes dieron cuenta que el encartado no era adicto o consumidor de estupefacientes.

Además, indicó que en la demostración de hechos indicadores en la actuación, tales como la dirección en la que se dirigía el procesado, la aceleración de su paso al notar la presencia policial y el funcionamiento de las plazas de vicio del sector donde fue aprehendido el ciudadano, permitían establecer el conocimiento de que el encartado llevaba la sustancia prohibida

para descargarla en esa zona expendio de estupefacientes y no para su consumo, dada la exagerada cantidad de papeletas de bazuco incautadas.

Aunado a ello, la manera en que se encontraba empacado el estupefaciente, el peso idéntico entre las papeletas y los distintivos que estas tenían se compadecían con la forma en que los grupos delincuenciales dedicados al microtráfico identifican la plaza para evitar la intromisión de otros grupos a su sector.

Por ello, consideró que el estupefaciente incautado al procesado tenía fin de comercialización y distribución, y no el propio consumo de este, motivo por el cual lo declaró penalmente responsable por el delito de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes.

5. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El defensor del señor **Carlos Augusto Montoya Cardona** censuró la decisión de primer nivel, por considerar que en el presente asunto no se logró establecer que la tenencia del estupefaciente por parte de su prohijado llevara un fin distinto a su propio consumo, situación que contrariaba la doctrina de la Corte Suprema de Justicia en la materia, debiéndose absolver a su prohijado, máxime si se tiene en cuenta que la cantidad de sustancia incautada es nimia para eventos de gran adicción.

Adujo que el fallo censurado no es ajustado a la realidad, por cuanto no está acreditado que el lugar donde estaba su

defendido fuera una plaza de vicio, más aún cuando este tenía una habitación en ese sitio.

Además, señaló que su prohijado nunca había sido capturado con estupefacientes y que el juez de primer nivel se apartó del precedente sin motivar en debida forma el por qué de su decisión, generando una inseguridad jurídica cuando en otros despachos casos similares a estos tienen una solución distinta a la condena.

En consecuencia, por considerar que no hay prueba suficiente para emitir juicio de reproche, solicitó se revocara el fallo recurrido.

6. ALEGATOS DE LOS NO RECURRENTES:

Los sujetos procesales no recurrentes guardaron silencio en el interregno procesal dispuesto para su pronunciamiento.

7. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

Esta Sala de Decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por la defensa en contra de la sentencia del Juzgado Veintiocho Penal del Circuito de Medellín (Ant.) en razón de lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

7.2 Problema jurídico.

A tono con las previsiones del artículo 179 y siguientes de la Ley 906 de 2004, estatuto que rige este juzgamiento, la Sala limitará su decisión a los puntos centrales de impugnación y las cuestiones inescindibles a ellos, determinando si le asiste la razón al recurrente o si por el contrario la sentencia proferida por el funcionario judicial debe ser confirmada íntegramente.

En virtud de lo expuesto, el problema jurídico a resolver comporta determinar:

¿El juez *a quo* desatendió el precedente de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, al condenar al señor Carlos Augusto Montoya Cardona por el delito de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo, por el solo hecho de haberse acreditado en el juicio que este portaba 61,5 gramos cocaína?

Planteadas así las cosas, con el fin de tomar una decisión al respecto, corresponde estudiar el desarrollo jurisprudencial tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional en torno al delito de porte de estupefacientes y su penalización a la luz de los elementos de tipicidad y antijuridicidad.

Hecho lo anterior, la Sala fijará su posición al respecto, con lo cual dará respuesta a los planteamientos de la Fiscalía.

7.2.1. La dosis personal de estupefacientes en el ordenamiento jurídico penal colombiano.

La cuestión de la dosis personal de psicoactivos viene planteada desde la expedición de la Ley 30 de 1986, cuando en el numeral J de su artículo segundo la definió como:

Aquella cantidad de estupefaciente que una persona porta o conserva para su propio consumo. Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos. No es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad...

Empero, en el artículo 51 se estableció una serie de sanciones para el portador (multas, arrestos e internamientos en establecimientos de desintoxicación) dependiendo del grado de reincidencia y su estado de drogadicción, asumiéndose que, si bien tal comportamiento no era un delito, sí se tipificaba como una contravención policial.

La Corte Constitucional abordó por primera vez el tema en la sentencia C-221 de 1994, con ocasión precisamente de una demanda de inconstitucionalidad en contra de estos dos preceptos normativos. La referida Corporación con fundamento en el principio y derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 16 de la Carta Política, declaró constitucional la primera norma; pero inexecutable la segunda aduciendo que dicha preceptiva afectaba de manera desproporcionada la autonomía de las personas para manejar

su vida de acuerdo a sus propios designios, incluido ahí el cuidado de su salud.

Según la Corte, el Derecho solo puede tener como objeto de regulación “*el comportamiento interferido*”, esto es, las acciones de una persona que afectan la órbita de otras, en tanto que lo demás, es decir, lo que tiene que ver estrictamente con el fuero interno del sujeto, solo puede quedar a la regulación de la moral. En conclusión la dosis personal tal como está definida en el literal j *idem* quedó despenalizada.

A partir de este momento, y con fundamento en el Decreto 100 de 1980 y la Ley 599 de 2000, tanto la Corte Suprema de Justicia¹ como la Corte Constitucional² sentaron sendas líneas jurisprudenciales pacíficas y consolidadas en el sentido de que el porte de estupefacientes en las cantidades establecidas en el literal j del artículo 2 de la Ley 30 de 1986 no constituye delito por vía de la **atipicidad**, o por vía de la **antijuricidad** cuando tales montos no superan de manera significativa esos baremos.

Así, por ejemplo, en una de las tantas sentencias, nuestra Corte de Cierre en lo Penal estableció:

En este orden de ideas, considera punible el transporte, porte, venta, adquisición, financiación o suministro, a partir de más de 1 gramo de droga estupefaciente (cocaína), pues este guarismo marca el límite de permisibilidad, si de dosis personal se trata, es decir, para consumidores, trátense de adictos o de no fármaco dependientes. Con todas las consideraciones que desde el punto

¹ Sentencias 11177 de 1996, 18609 de 2005, 23609 de 2007, 28195 de 2008, 31531 de 2009 y 29183 de 2008 entre otras.

² Por ejemplo, la sentencia C-420 de 2002

de vista político criminal se pueden elaborar acerca del mercado de la cocaína, resulta evidente afirmar que las cantidades que se acercan al límite de lo permitido para consumidores, se ubica en una sutil franja de lo importante a lo insignificante. Empero, si bien el legislador no le ha otorgado discrecionalidad al juez para modificar las cantidades, en orden a su punibilidad, debe tenerse en cuenta que lo dispuesto para la dosis personal marca una pauta importante para fijar la ponderación del bien jurídico en orden a su protección³.

No obstante esto, con posterioridad, especialmente en el Gobierno Uribe, se hizo ingentes esfuerzos para penalizar la dosis personal, como una de las estrategias para atacar el narcotráfico⁴. Así, como tal despenalización tuvo su fundamento en el libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 16 de la Carta Política, los primeros intentos buscaron modificar dicho precepto; pero como ello no fue posible, a lo último se propuso reformar el artículo 49 Constitucional que tiene que ver con el servicio de salud y el saneamiento ambiental, lo cual efectivamente se logró por medio del Acto Legislativo 02 de 2009, que adicionó dos incisos a la norma, con los cuales efectivamente se prohibió el porte y consumo de alucinógenos⁵, a la vez que se establecieron una serie de

³ Casación 18609 de 2005

⁴ Una buena síntesis de esto, se puede encontrar en la sentencia C-574 de 2011

⁵ “El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos.”

medidas de asistencia no solo para el farmacodependiente sino también para su familia, siempre y cuando haya consentimiento de su parte.

De esta manera, el acto legislativo en principio no era para flexibilizar el porte de estupefacientes **sino para prohibirlo**, tal como reza claramente su tenor literal y ello precisamente llevó a la comunidad jurídica a pensar que la dosis personal había desaparecido en Colombia, peor aún con la expedición de la Ley 1453 de 2011, que en su artículo 11⁶ reformó el 376 penal para, entre otras cosas, eliminar la expresión “*salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal*” que traía dicha preceptiva en claro acatamiento de la sentencia C- 221 de 1994.

Así las cosas, en principio todo parecía indicar que la dosis personal en Colombia había sido penalizada; sin embargo, tanto la Sala de Casación Penal como la Corte Constitucional en pronunciamientos del año 2011⁷ y del 2012⁸ respectivamente coincidieron en dictaminar que ello no era así, explicando: 1.)

⁶.”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, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de droga sintética, sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de ketamina y GHB, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de droga sintética, quinientos (500) gramos de nitrato de amilo, quinientos (500) gramos de ketamina y GHB, la pena será de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de ciento veinte y cuatro (124) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

⁷ Sentencia 35978 de 2011

⁸ Sentencia 491 de 2012

que el literal j del artículo 2 de la Ley 30 de 1986 no ha sido derogado, 2.) que el artículo 16 de la Constitución Política tiene plena vigencia, 3.) que frente a la probable antinomia entre esta norma y el reformado artículo 49 también superior, que aunado al artículo 11 de la Ley 1453 de 2011 anulaban la autodeterminación de la persona, debía privilegiarse el canon que protegía el libre desarrollo de la personalidad y 4.) que a pesar de la prohibición que se estableció en el Acto Legislativo 02 de 2009 ya referido, ello no implicaba penalización sino la adopción de medidas pedagógicas y de salud pública para prevenir el consumo, pues el drogadicto se debe considerar no como un delincuente sino como un enfermo.

Ahora bien, tanto la Sala de Casación Penal como la Corte Constitucional conscientes de la difíciles situaciones por las que tienen que pasar las personas farmacodependientes para proveerse de la droga a la que son adictas, flexibilizaron el concepto de dosis personal, para no asumirlo con estrictez matemática en cuanto a las cuantías estipuladas en el literal j del artículo 2 de la Ley 30 de 1986, sino más bien desde una perspectiva más amplia y contextualizada para cada caso en concreto, en donde se analice la situación en particular y dependiendo de la cantidad de droga, del estado de farmacodependencia del agente y de su intención de consumo propio o de expendio a terceros, se establezca si a pesar de que lo incautado supera lo establecido para dosis personal, ello no resulta lesivo de la salud pública, ni de otros bienes jurídicos involucrados como son la seguridad pública, el orden económico

y social, la administración pública y la integridad y autonomía personales⁹.

En esa línea, en principio las dos altas Corporaciones convergieron en establecer que de manera cierta, muchas veces las personas drogadictas por los obstáculos y peligros que les representa el conseguir la droga para su consumo o simplemente por las necesidades de su adicción, tratan de proveerse de una cantidad superior a la permitida por la ley, pero con la clara intención de tenerla para su exclusivo consumo; lo cual puede asumirse como lo que se conoció en su momento como “dosis de aprovisionamiento”.

Sin embargo, para que una tal conducta resulte impune se requería en esencia, bajo la óptica jurisprudencial de ese momento, de la reunión de tres condiciones a saber: 1.) que el portador sea una persona adicta a los estupefacientes o consumidor ocasional, 2.) que la droga portada o conservada sea para exclusivo consumo de aquel y 3.) que la misma sobrepase de una manera mínima o no importante lo establecido en la ley como dosis personal, ya que en estos casos se entiende que la acción del sujeto activo solo afecta su propio entorno y, por tanto, aquella no representa un peligro real o potencial para los bienes jurídicos protegidos por la norma.

Así lo dejó sentado la Sala de Casación Penal de la Corte:

Acerca de la denominada “dosis de aprovisionamiento”, la Corte dijo:

⁹ Sentencia 35978 del 17 de agosto de 2011

La locución “dosis personal” de por sí fija un significado. No se trata de cantidades considerables sino de porciones mínimas destinadas al uso propio, desechándose como extraña a ésta figura el suministro a tercero, aunque sea gratuito, y, con mayor razón, su tráfico, esto es, su utilización económica. Ese consumo individualizado se enfatiza con la expresión legal de ingerir o injerir (introducir una cosa en otra), por una sola vez, la sustancia o droga pertinente. Pero esto no equivale a que la reducida cantidad destinada a ese uso tenga que aplicarse unilateralmente, de modo integrado o total. No, la ley considera que esa máxima porción, es lo que, de modo usual y por una ocasión, puede satisfacer la necesidad del drogadicto. De ahí que se entienda por “dosis personal” tanto el consumo fraccionado de la misma, cuando no se excede el volumen total que es propio a esta noción. Buscándose conservar este sentido y evitar restricciones inadecuadas (consumo de una vez de la máxima cantidad de droga considerada como dosis personal), se insinúa como más apropiada la locución “dosis de aprovisionamiento para uso personal” (Proyecto de Ley num. 13 de 1978, art. 1°. Anales del Congreso de 9 de agosto de 1978).

Pero no se quiere con ésta última expresión ni ampliar la cantidad de consumo personal ni menos dilatarlo indefinidamente en el tiempo, dando margen a la posesión de mayores cantidades de drogas o sustancias, lo cual propicia su aplicación a otros fines, distintos al consumo personal, actividades éstas verdaderamente delictuosas y sometibles a severas penas.

Tan es esto así que el aludido proyecto precisa el concepto de “dosis personal” como “la cantidad de sustancia, droga o fármaco que una persona porta para su propio consumo” y señala diez gramos para marihuana, cinco gramos para marihuana hachís y un gramo para cocaína, siempre y cuando que ésta última sea de una concentración que no exceda del 10%.

Entonces, se repite, no se pretende una fundamental diferencia entre “dosis personal” y “dosis de aprovisionamiento para uso personal”, ni menos se busca su aplicación a situaciones distintas y encontradas. Refiérense ambas a la misma cuestión y suscitan un idéntico tratamiento del tema. La segunda locución procura evitar interpretación que se utilizan en parte y en parte se reservan para intensificar, prolongar o repetir su inicial aplicación o uso.

En definitiva las dos expresiones se refieren a un porte destinado al consumo personal, directo, de escasa cantidad y ajeno por completo a propósito de suministrarla a terceros gratuitamente, por dinero o cualquier otra utilidad.¹⁰ (negritas fuera de texto)

Y lo reiteró en el año 2009:

Bien puede afirmarse que al concepto de dosis personal se liga el de “aprovisionamiento”, el cual se evidencia en dependientes (habituales, disfuncionales, destructivos) o experimentadores y ocasionales¹¹ apenas en proceso de iniciación en ese mundo, a quienes como “consumidores hormiga” se les sorprende llevando consigo marihuana, cocaína (derivados) o cualquier otra droga que produzca dependencia física, psíquica y fenómenos de tolerancia, **en cantidades escasas que sobrepasen los topes legalmente permitidos**, eventos en los que antes que producir

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Sentencia* del 6 de mayo de 1980, M. P., Dr. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ.

¹¹ El principio de impunidad del consumidor implica defender la no incriminación de todas las conductas relacionadas con la droga, no sólo la tenencia o posesión, que tengan como exclusivo objeto el autoconsumo de la misma por el agente. (...) La impunidad no alcanza sólo al toxicómano o adicto a la droga, que v.gr., cultiva o posea droga para su consumo, sino también al consumidor ocasional, es decir, al que no presenta dependencia ni física ni psíquica y consume esporádicamente droga. La no exigibilidad de responsabilidad criminal en estos casos deriva de la falta de tipicidad del consumo, como acto final o fin objetivo en sí mismo considerado. JAVIER IGNACIO PRIETO RODRÍGUEZ, *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*, Barcelona, Editorial Bosch, 1986, página 221.

un daño o peligro de menoscabo al bien jurídico socio colectivo de la salud pública de que trata el Título XIII de la Ley 599 de 2000, lo que se pone de presente es un comportamiento “auto-destructivo” o de “auto-lesión” el cual incumbe los ámbitos exclusivos de la libertad de esa persona, es decir, a un fenómeno singular carente de antijuridicidad material (ausencia de lesividad) y que, por ende, no es punible.¹² (negrillas fuera de texto).

Este desarrollo hermenéutico de la Sala de Casación Penal fue avalado en un todo por la Corte Constitucional en sede de constitucionalidad:

26. En armonía con el anterior planteamiento, a efecto de definir el objeto normativo sobre el cual emitirá su pronunciamiento, esta Corte prohijará la interpretación efectuada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en relación con el artículo 376 del Código Penal, en la versión modificada por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2001, según la cual:

“A pesar de la reforma constitucional a través del Acto Legislativo 02 de 2009 y de la modificación del artículo 376 del Código Penal mediante el artículo 11 de la Ley de Seguridad Ciudadana, es posible tener por impunes las conductas de los individuos dirigidas al consumo de estupefacientes en las dosis fijadas en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, o **en cantidades ligeramente superiores a esos topes**, esto último de acuerdo con el desarrollo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema..¹³ (negrillas fuera de texto)

¹² Sentencia 31531 del 8 de julio de 2009

¹³ Sentencia C-491 de 2012. En similar sentido véase la C- 574 de 2011

Teniendo claro, entonces, que en nuestro actual ordenamiento jurídico, en razón de la clara posición jurisprudencial de las Cortes de Cierre en lo Penal y lo Constitucional, son categorías válidas la de dosis personal y la de dosis de aprovisionamiento, el problema en un momento fue el de determinar cuál era la cantidad tolerada como esta última, ya que la jurisprudencia no tenía un referente exacto al respecto, limitándose a explicar que cada caso en particular se había de analizar dentro de su contexto para determinar si la porción de droga portada era afectatoria, por lo menos de manera potencial, de la salud pública y de los demás bienes jurídicos protegidos con el artículo 376 penal.

Para esos momentos cuando los dos Tribunales hablaron de dosis de aprovisionamiento siempre lo hicieron en relación a cantidades que superaban de manera mínima lo establecido como dosis personal, pues se entendía que superar esos topes afectaría la presunción *iuris et de iure* de antijuricidad material que acompañaba a este tipo de delito que siempre se tuvo como uno de de peligro abstracto¹⁴.

No obstante, la posición de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se flexibilizó aún más, al punto que para el año 2014 hizo un importante giro jurisprudencial en el sentido de que la presunción de antijuricidad por portar dosis de estupefacientes superiores a la personal **no implicaba una presunción de derecho sino una legal** que, por tanto, admitía prueba en contra:

¹⁴ La Corte en el proceso 31531 de 2009 absolvió al procesado porque lo llevado consigo eran 1.3 gramos de cocaína, lo mismo que sucedió en el radicado 29183 de 2008 al demostrarse que lo portado era 29 gramos de marihuana; pero condenó en los procesos 23609 de 2007 y 35978 de 2011 porque lo portado fueron 5 gramos de cocaína y 79.9 gramos de marihuana respectivamente.

Así las cosas, el porte de estupefacientes en una cantidad superior a la establecida legalmente como dosis de uso personal, es una conducta típica que se presume antijurídica. Sin embargo, como quiera que tal presunción ostenta carácter *iuris tantum*, la prueba de que su destino es el consumo estrictamente personal sin que apareje interferencia en derechos ajenos (orden socio-económico o la seguridad pública), desvirtúa tal suposición legal y, por ende, excluye la responsabilidad penal. En consecuencia, la cantidad de estupefaciente que se lleve consigo no es el único elemento definitorio de la antijuridicidad, sino sólo uno más de los que habrán de valorar los juzgadores a fin de determinar la licitud de la finalidad del porte.¹⁵

Actualmente, en lo que se puede decir es su última posición, la alta Corporación desde el año 2016 ha establecido que como el problema con el porte de estupefacientes por parte de drogadictos o consumidores no es uno de política criminal, sino de salud pública, en tanto no se está tratando con delincuentes sino con enfermos, a la luz del Acto Legislativo 02 de 2009, modificadorio el artículo 49 constitucional, y que, en su nueva visión, en últimas despenalizó el consumo de sustancias psicotrópicas, la cuestión se debe analizar en sede de tipicidad y no de antijuricidad, creando para ello un ingrediente subjetivo al tipo penal del artículo 376 del C. P., bajo el entendido que no tiene relevancia penal el porte si tal conducta no está acompañada de la **intención de tráfico o por lo menos de expendio gratuito:**

Para solucionar el presente asunto en el que YESID ALEXANDER ARIAS PINTO, como adicto a sustancias estupefacientes, quien cumplía con el servicio militar y se aprestaba a salir del batallón

¹⁵ C.S.J. Rad. 42617 del 12 de noviembre de 2014

para realizar patrullajes, llevaba consigo 50.2 gramos de marihuana, superando así más del doble la considerada como dosis personal, la Corte considera que ha de ser resuelto dogmáticamente en el ámbito de la tipicidad y no en el de la antijuridicidad, pues a partir de las modificaciones introducidas al ordenamiento jurídico por el Acto Legislativo 02 de 2009 ha de sopesarse en todo caso el ánimo de ingesta de las sustancias, como ingrediente subjetivo o finalidad, de ahí que el porte de una cantidad de droga compatible exclusivamente con ese propósito de consumo será una conducta atípica, en los términos que se explican en esta providencia.¹⁶

Pero la Corte va mucho más allá y partiendo de estas dos últimas posturas, modificó las cargas de la prueba en el proceso, como quiera que estableció que para que la pretensión punitiva de la Fiscalía prospere es en absoluto necesario que esta no solo demuestre, en consecuencia, que el acusado portaba droga en cantidad superior a la permitida por la ley, sino que tal acción tenía como fin el de tráfico oneroso o gratuito, para con ello poder generar la certeza en el juez de que efectivamente la conducta es típica. Es decir, por vía jurisprudencial la Corte le creó al artículo 376 del C.P. un elemento normativo subjetivo.

Además, dentro de la consolidación de la línea jurisprudencial nacida a raíz del pronunciamiento precitado, el órgano de cierre de esta jurisdicción afirmó con rotundidad que la cantidad de estupefacientes portada por el sujeto agente no resultaba determinante para estructurar el juicio de tipicidad, continuando con su postura de la demostración por parte del ente acusador del elemento subjetivo especial generado por vía

¹⁶ C.S.J. Rad. 41760 del 9 de marzo de 2016. Esta misma posición en Radicados 43725 del 15 de marzo y 44997 del 11 de julio 2017

jurisprudencial y atinente al dolo específico del fin de tráfico o distribución de la sustancia prohibida, para estructurar el juicio de reproche.¹⁷

Este criterio fue un tanto morigerado en la sentencia SP4943-2019 con radicado 51556 del 13 de noviembre de 2019, por cuanto en la misma se planteó que si bien la cantidad de estupefaciente no era determinante para determinar el juicio de tipicidad en la modalidad “llevar consigo”, si era un dato indicador que debía valorarse, en conjunto con otros aspectos derivados del contexto, para determinar la finalidad perseguida por el sujeto agente al momento de portar alucinógenos en cantidades superiores a la permitida.

No obstante, todo parece indicar que la Sala de Casación Penal volvió a su línea fuerte respecto de su último precedente, porque en sentencia de muy reciente data ya no destaca que la cantidad de estupefaciente que lleve la persona sea importante, en tanto lo verdaderamente trascendente es la demostración del elemento subjetivo de tráfico, oneroso o gratuito, que tenga la persona que lleva consigo la droga. Es dicente que en este caso la Corte absolvió al procesado que llevaba consigo 996.7 gr. de marihuana, por cuanto la Fiscalía solo acusó por llevar consigo, no demostró ánimo de tráfico del procesado y por el contrario quedó plenamente establecido en el juicio con prueba de la defensa,, que era drogodependiente crónico.

Al respecto de todo esto, es importante señalar por parte de esta Colegiatura que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal

¹⁷ Cfr. SP4131-2016, abr. 6, rad. 43512, SP3605-2017, mar 15, rad. 43725, SP9916-2017, jul. 11, rad. 44997, SP497-2018, feb. 28, rad. 50512, así como en la SP732-2018, mar. 14, rad. 46848 y SP025-2019, ene. 23, rad. 51204.

de la Corte Suprema de Justicia vertida en la sentencia 42617 del 12 de noviembre de 2014, constituyó un afortunado avance en el tratamiento penal del porte de estupefacientes, cuando estableció que la presunción de antijuricidad de tal conducta, anclada en el desbordamiento de lo establecido legalmente como dosis personal, ahora era legal y no derecho, lo que de suyo implicaba que cuando se verifique que dicho porte se hace con fines exclusivos de consumo, así se sobrepase -eso sí de manera razonable- la cantidad permitida por la ley, sea una conducta típica, como debe serlo, pero no antijurídica, bajo el entendido que no es una acción que afecte bienes jurídicos tutelados de terceros o de la sociedad misma.

Sin embargo, la posterior evolución jurisprudencial, esto es, que el problema del porte de estupefacientes ya no es un problema de antijuricidad sino de tipicidad anclado en la creación del elemento subjetivo del tipo "*con fines de tráfico*", con la consecuente subregla de que la demostración de tal aspecto le corresponde a la Fiscalía General de la Nación, realmente resulta no solo problemática para la dogmática del delito en cuestión, sino para el régimen probatorio establecido en nuestro sistema procesal penal y que se guía, entre otros, por los principios generales -de pacífica aceptación universal- de presunción de inocencia y de la carga de la prueba en los sistemas acusatorios.

En efecto, el artículo 376 del C. P., por expreso mandato del legislador, pune varias conductas alternativas, pero autónomas que tienen que ver no solo con el tráfico, sino con la fabricación o el simple porte de estupefacientes, así en dicha norma se prohíbe: introducir al país, transportar, almacenar, conservar,

elaborar, vender, ofrecer, adquirir, financiar, suministrar e incluso el simple llevar consigo sustancias estupefacientes sin permiso de autoridad competente.

De lo anterior se puede colegir claramente que el solo portar alucinógenos en cantidades que sobrepasen los baremos legales de dosis personal, es efectivamente una acción típica, sin que para tal configuración el legislador exija un ingrediente subjetivo del tipo especial, como, por ejemplo, el portar con intención de vender o suministrar. No, en este caso por disposición de la propia ley, el dolo exigido es el conocimiento del agente de la ilicitud de portar droga por encima de lo permitido por la ley y su voluntad de hacerlo, porque vuelve y se insiste, el llevar consigo es una conducta alternativa, autónoma, prevista en la norma en comento, sin que resulte cierto que el Acto Legislativo 02 de 2009 despenalizó la dosis personal, como lo hace ver la Corte, porque realmente ni esa fue la intención del constituyente ni del texto de dicha norma se puede colegir tal cosa, como bien lo comprendido la Corte Constitucional según ya se analizó en párrafos precedentes.

De esta simple hermenéutica del referido artículo 376 se pueden extractar varias premisas a manera de conclusiones: 1.) el portar estupefacientes, sin importar la cantidad, para traficarlos en cualquiera de sus modalidades es siempre punible, 2.) portar estupefacientes dentro de los límites de lo que se conoce como dosis personal con fines de consumo, es una conducta atípica, 3.) portar estupefacientes en cantidad que desborde de manera poco significativa o importante lo establecido como dosis

personal, con fines de consumo es una conducta típica, pero no antijurídica materialmente, 4.) portar estupefacientes que superen de manera significativa lo establecido como dosis personal, es una conducta típica, pero además que se presume antijurídica, solo que esta presunción por ser *iuris tantum*, admite prueba en contrario; esto es, que si se verifica que la conducta tenía como única finalidad el aprovisionamiento del propio agente, la conducta debe quedar impune, en tanto se entiende que no afecta los bienes jurídicos protegidos por la norma penal en cuestión y 5.) Llevar consigo estupefacientes que sobrepasen de manera exorbitante lo permitido como dosis personal, es una conducta típica y antijurídica.

Ahora bien, las anteriores conclusiones no son de cosecha de la Sala de este Tribunal, sino simplemente la síntesis jurisprudencial de las líneas establecidas por la Corte Constitucional y por la anterior postura de la Corte Suprema de Justicia de cuyos fallos se colige que jamás se ha despenalizado el porte como tal, bajo el entendido que el delito tipificado en el artículo 376 penal, es uno de peligro abstracto, por lo que la antijuricidad se materializa no únicamente con la afectación real y efectiva de los bienes jurídicos que protege la norma, sino con su potencial puesta en peligro. Esto lo tiene muy claro la Corte Constitucional y hasta no hace mucho tiempo también lo tenía la Corte Suprema, pues es una realidad insoslayable que desafortunadamente el micro tráfico de estupefacientes se nutre en buena parte de los propios consumidores que se convierten en expendedores para financiar su adicción y por eso el solo hecho de portar estupefacientes en cantidades significativas es

también una conducta criminalizada por nuestro ordenamiento jurídico.

En consecuencia, si el artículo 376 penal, entre otras conductas, tipifica como delito el solo hecho de portar estupefacientes, la Fiscalía cumple con su cometido, para efectos de la tipicidad, cuando demuestra simplemente tal cuestión. Exigirle que pruebe a más de ello, que el porte era con fines de tráfico es crear una nueva conducta penal dentro del tipo, lo cual resulta inadmisibile desde el punto de vista dogmático, pero sobre todo desde la óptica de división de poderes dentro de un Estado Constitucional de Derecho como se precia de serlo el nuestro, en donde la criminalización de conductas le corresponde con exclusividad al poder legislativo, ello obviamente sin contar con que adicionalmente se afecta de manera dramática el principio de cargas probatorias dentro de un sistema acusatorio, porque en últimas se obliga indebidamente a la Fiscalía a hacerle el trabajo a la defensa, que era a quien le correspondía desvirtuar la presunción de antijuricidad, en el sentido de que el porte de estupefacientes, así sea por encima de la dosis personal, era para consumo propio.

En efecto, principio basilar de nuestro modelo de justicia penal es la presunción de inocencia, lo que implica que a la Fiscalía General de la Nación le corresponde probar con certeza la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad de la conducta y ello no tiene discusión. Para el caso exclusivamente del porte de estupefacientes, en consecuencia, a efectos de demostrar la tipicidad, al Ente Instructor le corresponderá únicamente demostrar que el agente llevaba consigo droga por encima de la

dosis personal, y para la culpabilidad, bastará que acredite la imputabilidad de dicho sujeto y que la acción le era exigible

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el aspecto de la antijuricidad, la cuestión es más compleja, por cuanto al operar una presunción legal de antijuricidad por tratarse de un delito de peligro abstracto se pueden presentar las siguientes situaciones:

1.) Que esté demostrado el porte; pero que la cantidad de droga este por debajo de la dosis personal. En este caso la conducta es atípica y para buscar una condena la Fiscalía tendría que demostrar otro de los verbos alternativos del artículo 376 penal.

2.) Que la cantidad de estupefaciente llevado por el agente supere ligeramente la dosis personal. En este caso la conducta es típica, pero no antijurídica, por lo que para buscar una condena la Fiscalía tendría nuevamente que probar que la acción del implicado si afecta los bienes jurídicos tutelados por el art. 376 a través de la demostración de otra de las conductas previstas en esta norma especialmente las que tienen que ver con fabricación o tráfico.

3.) Que el estupefaciente portado supere de manera razonable lo previsto para dosis personal, pero no de una manera desbordada. En este caso, la conducta es típica y si bien es cierto opera la presunción de su antijuricidad, esta tiene que estar respaldada por un contexto circunstancial que indique,

sin lugar a dudas, que el estupefaciente llevado consigo por el agente tenía una finalidad diferente al consumo. Aquí es importante advertirlo, en principio, la carga de la prueba para desvirtuar la presunción de antijuricidad le corresponde a la defensa como quiera que es en contra de ella que se erige la misma; sin embargo, no se puede soslayar que como es deber de la Fiscalía demostrar más allá de cualquier duda razonable todos los elementos del delito, incluida por supuesto la antijuricidad, el papel de la Fiscalía, si va en pos de una sentencia condenatoria, no puede ser del todo pasiva, pues es importante que acopie otros elementos de convicción que refuerzan la certeza de que la conducta del procesado pudo afectar los bienes jurídicos tutelados por la norma, bajo el entendido de que cualquier duda que nazca sobre esta precisa cuestión de la antijuricidad, que ahora admite prueba en contrario, debe ser resuelta a favor del procesado y,

4.) Cuando el porte de estupefacientes supere de manera desbordada lo permitido por la ley, obviamente la conducta es típica y su antijuricidad se fortalece de manera directamente proporcional a la cantidad de la droga incautada, de tal manera que la labor de la defensa en estos casos tiene que ser muy dinámica, al punto que habrá casos en donde sea de tal entidad la cantidad de estupefaciente que el agente llevaba o transportaba consigo, que la presunción referida opere casi a plenitud, por lo que el papel de la Fiscalía casi que se deberá limitar a demostrar el porte para con ello concluir la antijuricidad de la conducta.

De otra parte, también es importante advertirlo, no hay topes aritméticos respecto de los cuales el juez, la Fiscalía o la defensa puedan hacer cálculos exactos de cuándo estamos en presencia de uno u otro caso, pues cada uno de ellos tendrá sus propias peculiaridades, su contexto socio histórico y solo la *sindéresis* del juez y de las partes podrán permitir llegar a decisiones no solo legales sino justas.

A juicio de la Sala, son estos los criterios que se deben tener en cuenta al momento de determinar la responsabilidad penal de una persona que porta estupefacientes, en donde se debe hacer énfasis que únicamente en casos límites, en donde la cantidad de droga resulte problemática para demostrar por sí misma la antijuricidad de la conducta, es que se le puede exigir a la Fiscalía no que pruebe un delito inexistente en nuestro ordenamiento jurídico como el de *“portar con fines de tráfico”*- que muchas veces implicara una prueba diabólica o imposible para el Ente Acusador, pues el hecho, la más de las veces, se circunscribe a sorprender a una persona llevando consigo drogas en cantidades importantes sin que obviamente no haya ningún dato de tráfico-, sino el de probar otra conducta alternativa del artículo 376 que de entrada asegure la responsabilidad penal desde la propia sede de la tipicidad.

Considera la Sala que desatender en todos los casos la cantidad de droga incautada para privilegiar únicamente la intencionalidad de tráfico del agente, podría volverse una cuestión muy problemática en casos en donde el estupefaciente llevado consigo sea exorbitante frente a la dosis personal

permitida y que, sin embargo, la prueba del elemento subjetivo ahora exigido por la Sala de Casación resulte de imposible consecución por parte de la Fiscalía, lo que sucede en muchos casos.

En síntesis, la dosis personal se sigue manteniendo en nuestro ordenamiento jurídico por lo cual, cuando se trate de casos en donde se juzgue a una persona porque fue sorprendida llevando consigo estupefacientes en cantidades superiores a las autorizadas por la ley, la tipicidad de la conducta en principio se debe dar por demostrada, centrándose el análisis es, en determinar si la misma afectó o tuvo la potencialidad de afectar los bienes jurídicos protegidos por el artículo 376 penal, en donde el papel activo de la defensa es directamente proporcional a la cantidad de droga incautada, si se tiene en cuenta que en este delito, por ser de peligro abstracto, hay una presunción legal de antijuricidad.

La solución propuesta, considera la Sala, no solo es la que mejor consulta la dogmática penal del delito en análisis, sino que también respeta el régimen probatorio de nuestro modelo de justicia penal, pues se pone las cosas en su justo sitio: portar drogas por encima de los topes establecidos en la ley es una conducta típica, que dependiendo de la cantidad de droga incautada se puede presumir antijurídica; pero tal cuestión puede ser desvirtuada por la defensa, como debe ser, cuando se demuestre que tal porte era para fines exclusivos de consumo del agente.

7.2.2. Caso concreto.

Descendiendo al caso de marras, se encuentra acreditado por medio de las estipulaciones probatorias que el 26 de diciembre de 2019, en la ciudad de Medellín, a eso de las 22:15 horas, en la carrera 50 con calle 67, sector San Pedro, del Municipio de Medellín, al procesado le fueron incautados 61,5 gramos de cocaína (bazuco) dosificados en 479 papeletas, con la siguiente presentación: 120 de color amarillo y cada una con una figura de un mico, 122 de color rosado con una figura de un escorpión, 120 de color verde con una figura de un tigre y 117 papeletas de color blanco con una figura de un mico.

Por lo anterior, el debate en la actuación estribó en conocer si esa sustancia estupefaciente que le fuere incautada al procesado era para su propio consumo o, por el contrario, estaba destinada por este para ser distribuida.

El juez *a quo*, a contrario de lo que plantea la defensa, en este caso no solo respetó el precedente de la Corte, sino que adecuadamente valoró la prueba con lo cual arribó a la conclusión de que el procesado llevaba consigo el estupefaciente con fines de tráfico.

De acuerdo a todo lo analizado en esta sentencia frente al precedente vigente de la Sala de Casación Penal, es menester señalar que la Fiscalía cumplió con su cometido de acreditar la

tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad de la conducta, estando la antijuridicidad derivada de una presunción *iuris tantum*, por lo cual le correspondía a la defensa desvirtuarla, situación que no ocurrió en este caso.

Al efecto oportuno resulta señalar que en el presente asunto no se acreditó de manera alguna por la defensa, que no por la Fiscalía, la condición de consumidor habitual u ocasional de sustancias estupefacientes o de adicto a las mismas del señor **Montoya Cardona** y/o que lo portado era para su exclusivo consumo, para con ello desvirtuar la presunción legal de antijuridicidad que pesa sobre tal conducta debido al desbordamiento sustantivo de la cantidad permitida por la ley. Nótese que la defensa no realizó en el juicio ningún esfuerzo probatorio ni pudo minar la credibilidad de los testigos de la Fiscalía, quienes fueron categóricos en señalar que si bien el procesado tenía un aspecto de persona envejecida y enferma, este no se compadecía con la de un sujeto adicto a sustancias como las que le fueron incautadas.

Por ello, el argumento atinente a que esa cantidad de bazuco alcanzaba para una sola noche en eventos de alto grado de adicción es abiertamente especulativo, dado que no se tiene acreditada la condición de adicto del procesado, como se dijo.

Además, el contexto en que se desarrollaron los hechos, aunado al dato objetivo de la cantidad de cocaína y sus derivados incautada, esto es, 60,5 veces la dosis personal, su forma de embalaje, la exacta distribución de pesos, el hecho de que en el

sector donde se produjo la captura se conozca por ser sitio de distribución de estupefacientes y que el procesado fue sorprendido ingresando a tal sitio y no saliendo, permiten colegir con certeza que esa droga no estaba destinada para el consumo exclusivo del procesado, sino, por el contrario, para traficarla.

La defensa tampoco realizó mayores esfuerzos para desacreditar la presencia o existencia de plazoletas de vicio en el lugar donde fue aprehendido su prohijado, siendo plenamente creíble la información entregada por los policiales atinente al expendio de drogas en esa parte de la ciudad donde fue capturado el ciudadano.

Tampoco puede decirse que el juez no efectuó una debida motivación de su decisión para apartarse del precedente judicial, pues no lo hizo en tanto condenó al procesado por llevar consigo el estupefaciente con fines de tráfico, además de que todas esas decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que imponen la demostración del elemento subjetivo del ánimo de tráfico, están direccionadas a eventos en los cuales existe una acreditación de que el sujeto es consumidor de sustancias estupefacientes, aspecto que, como se señaló, no fue demostrado por la defensa.

Por lo anterior, la tesis acogida por la judicatura de primer nivel tiene un respaldo solido dado que el señor **Montoya Cardona** no es un consumidor o un adicto a sustancias estupefacientes o por lo menos ello no fue probado en juicio.

Así las cosas, al no haberse demostrado que el acusado llevaba consigo la sustantiva cantidad de droga para su exclusivo consumo se ha de colegir que su actuar es antijurídico en tanto con este comportamiento afectó potencialmente el bien jurídico de la salud pública en los términos del artículo 11 del Código Penal, dada la cantidad importante de estupefaciente que le fue hallado en su poder.

En consecuencia, lo procedente en este asunto es confirmar íntegramente el fallo de primera instancia.

8. DECISIÓN:

En consecuencia, la Sala de Decisión Penal del **Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 7 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Veintiocho Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, que condenó al señor **Carlos Augusto Montoya Cardona** por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Contra la presente decisión procede el recurso extraordinario de casación, en los términos de Ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado
Con aclaración de voto



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado

Con aclaración de voto