



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001 60 01250 2017 00572
Imputado	Janer Alberto Ángel Monsalve
Delito	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (Art. 376 CP, Art. 11 Ley 1453 de 2011)
Hechos	26 febrero 2017; a las 08:25 horas; en la carrera 47 con calle 96 Barrio Aranjuez de Medellín, Antioquia.
Juzgado <i>a quo</i>	Quinto (5°) Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento de Medellín.
Asunto	Se resuelve recurso de apelación en contra de auto dictado en audiencia de febrero 4 de 2020 por medio del cual se negó preclusión solicitada por la Fiscalía 238 Seccional de Medellín.
Consecutivo	SRPA-A-2020-06
Aprobado por acta	Nº24 de febrero 20 de 2020
Audiencia de lectura	Martes 25 de febrero de 2020.
Decisión	Revoca auto. Decreta preclusión en drogas por atipicidad de la conducta
Descriptor	Sustancias estupefacientes
Restrictor	Atipicidad del comportamiento. Dosis para consumo personal
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO

Medellín, Antioquia, febrero veinticinco (25) de dos mil veinte (2020)

1. ASUNTO

El señor Fiscal 238 Seccional, doctor JUAN CARLOS AGUDELO AGUILAR, solicitó preclusión por la causal 4ª del artículo 332 del CPP "*atipicidad del hecho investigado*".

2. HECHOS.

Los hechos materia de investigación son los siguientes:

"(...) siendo las 08:25 horas aproximadamente, mientras nos encontrábamos de patrullaje por la carrera 47 con calle 96 barrio Aranjuez, observamos a un sujeto que viste buso azul, jean azul y tenis blancos, que al notar nuestra presencia, toma una actitud muy sospechosa, mirándonos de reojo y acelerando el paso, lo que llamó

nuestra atención, inmediatamente lo abordamos para practicar un registro y al momento de hacerle el registro se le palpa un abultamiento en el bolsillo derecho delantero del jean, se le pide el favor que nos enseñe lo que lleva y este saca y nos muestra 02 bolsas plásticas transparentes de cierre hermético; que en su interior contienen una sustancia en polvo color blanca, que por su olor y características es similar a la base de coca. (...)" (f. 22-23 co-1).

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

En audiencia del 4 de febrero de 2020 la Fiscalía solicitó preclusión por atipicidad del hecho investigado con fundamento en lo siguiente: (i) se incautó la cantidad de 5.2 gramos de cocaína (f. 29 co-1), (ii) el indiciado es consumidor a dicha sustancia estupefaciente desde los 14 años de edad conforme al historial del consumo y declaración de su progenitora (f. 30-32 co-1); (iii) La Fiscalía no tiene como acreditar que esa cantidad era para la distribución o venta; (iv) el alijo incautado corresponde a dos (2) paquetes los cuales eran para su consumo dada la adicción a las sustancias alucinógenas.

El juez de instancia niega la pretensión arguyendo que si bien el ente Fiscal sostiene que la sustancia incautada al adolescente era para su consumo; el historial de consumo aportado por el ICBF da cuenta que JANER ALBERTO ANGEL MONSALVE alguna vez experimentó con sustancias como "el perico" y la "marihuana", pero no es consumidor de sustancias alucinógenas; además, de llevar sustancias prohibidas por encima del tope permitido por la Ley.

Para el Despacho no se cumplen las exigencias de ley para precluir la investigación.

La Fiscalía interpone recurso de apelación e insiste en la tesis de la falta de antijuridicidad material como elemento esencial dentro de la estructura del delito. La defensoría de familia y la defensora del indicado acompañan la sustentación y pedimento del delegado del ente acusador.

4. ARGUMENTOS DE DECISION DEL AD QUEM

El problema jurídico que de fondo se plantea en el *sub lite* es: Si hay lugar a la impunidad (**por atipicidad**) cuando se porta dosis de droga en cantidad que supera la establecida como personal en eventos de imputado o acusado considerado, al parecer, como drogodependiente.

La Sala dará respuesta a las inquietudes de los sujetos procesales en los apartados siguientes.

5. EL DELITO TIPO POR EL CUAL SE PROCEDE

El canon 376 del Código Penal, modificado por el Art. 11 de la Ley 1453 de 2011, expresa:

"Artículo 376. Modificado. L. 1453/2011, art. 11.- **Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.** 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 veinticuatro (124) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

El delito tipo del Art. 376 del CP es compuesto o alternativo porque prohíbe un número plural de conductas (introducir al país, sacar de él, transportar, llevar consigo, almacenar, conservar, elaborar, vender, ofrecer, adquirir, financiar o suministrar), cada una de las cuales de manera autónoma puede configurar el delito de Tráfico, fabricación y porte de estupefacientes¹.

En providencia CSJ SP15519-2014, rad. 42.617 de 12 noviembre de 2014, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, se explica que el factor cuantitativo en tema de estupefacientes juega varios roles: 1) Es un elemento determinante de tipicidad, pues sólo un exceso de la dosis personal establecida en el artículo 2, literal j), de la Ley 30 de 1986, permite ubicar el comportamiento en el espectro típico; 2) En consecuencia, la cantidad de droga es uno de los elementos típicos a partir del cual se presume la existencia de riesgo para los bienes jurídicos protegidos; y 3) Es criterio de graduación de la punibilidad, al igual que para las demás conductas prohibidas en el tipo, pues la pena imponible será mayor en la medida en que también lo sea la cantidad de estupefacientes que constituya el objeto material del delito.

6. ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2009

¹ CSJ SP 15519-2014, rad 42.617 de 12 noviembre de 2014z

En primer lugar, ha de explicarse que no obstante el acto legislativo 02 de 21 diciembre de 2009 que reformó el canon 49 de la Carta Fundamental, la jurisprudencia ha entendido que no se puede eliminar la cantidad de droga autorizada para consumo personal de conformidad con la Ley 30 de 1986, así se dijo en la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia con Rad. 35.978 de 17 agosto de 2011, igualmente, así se colige de la sentencia de la Corte Constitucional por medio de la cual se inhibe de conocer de la inexecutable del AL 02 de 2009, a través de la sentencia C-574 de 22 julio de 2011.

Con la reforma constitucional existen unos criterios, así²:

1. El porte y el consumo de drogas continúan siendo conductas desvaloradas por el ordenamiento jurídico, por lo que se restringen en el grado de prohibición. Ante tal medida, la Corte Constitucional advirtió que prohibir no implicaba penalizar y que la enmienda sólo persiguió lo primero³.
2. El ámbito de la prohibición constitucional no cobija el porte y el consumo de drogas cuando el mismo obedece a una prescripción médica. Ello implica que ningún efecto jurídico adverso puede producir la conducta exceptuada.
3. Se determinó que la consecuencia jurídica de incurrir en el comportamiento restringido son medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, terapéutico y profiláctico que, en todo caso, deben ser consentidas por el consumidor.
4. Se declara al consumidor y en grado sumo al adicto como sujeto de especial atención y protección estatal, lo cual crea en su favor una discriminación positiva orientada a la prevención de comportamientos dañinos para su salud y para la de la comunidad. Esa protección reforzada se funda en que *“la drogadicción crónica es una enfermedad psiquiátrica que requiere tratamiento médico en tanto afecta la autodeterminación y autonomía de quien la padece, dejándola en un estado de debilidad e indefensión que hace necesaria la intervención del Estado en aras de mantener incólumes los derechos fundamentales del afectado”*, tal y como lo había dicho la Corte Constitucional en las sentencias T-1116 y T-814 de 2008.
5. Se obliga al Estado a adelantar campañas de prevención contra el consumo de drogas y en favor de la recuperación de los adictos.

En síntesis, se dice en la providencia CSJ SP15519-2014 (42.617) de 12 noviembre de 2014, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, que a partir del Acto Legislativo No 02 de 2009 puede concluirse: 1) Que si bien se prohibió a nivel constitucional el porte y el consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, también lo es que se limitó la respuesta estatal ante las conductas que violen la prohibición, a medidas de carácter administrativo; 2) Que la finalidad de la respuesta estatal será siempre pedagógica, profiláctica y terapéutica, nunca la

² CSJ SP 15519-2014, rad. 42.617, 12 noviembre 2014.

³ “5.4.3. En lo que respecta a la definición de “prohibición”, el Diccionario de la Real Academia Española lo define como “el vedar o impedir el uso o ejecución de algo”. Este concepto de prohibición se diferenciaría del concepto de “penalización” que se define desde el punto de vista jurídico como “el tipificar como delito o falta una determinada conducta” y desde el uso común como “el imponer una sanción o castigo”. Teniendo en cuenta lo anterior, la norma no iría en contra del precedente de la Sentencia C-221 de 1994 y las Sentencias de la Corte Suprema sobre antijuridicidad material en la llamada “dosis de aprovisionamiento”, **ya que no se trataría de penalizar en este caso, sino de prohibir.** (...)”. (Negritas de la Sala).

represiva; y, 3) Que el consumidor de drogas y especialmente el adicto o farmacodependiente, fue erigido como sujeto de una protección estatal reforzada.

7. EL CASO CONCRETO

Es relevante, para la decisión de este asunto, lo siguiente:

Uno: Que el joven implicado JANER ALBERTO ANGEL MONSALVE, llevaba consigo una cantidad de 5.2 gramos de cocaína. (fl.29 co-1)

Dos: No hay elementos materiales de prueba que permitan colegir mínimamente que el implicado se dedica al expendio.

Tres: El decomiso se hizo en vía pública, no fue capturado expendiendo sustancia estupefaciente, sólo llevándola consigo.

Cuatro: El hecho que se indique en el historial de consumo que el adolescente no es consumidor, no significa *per se* que la sustancia incautada no era para su propio consumo; más aún, cuando el adolescente ha experimentado en ocasiones anteriores con otras sustancias como “*el perico*” y “*marihuana*” (f. 32 co-1).

Cinco: Si no hay prueba que la sustancia ilícita era para la venta, debe colegirse que es para su propio consumo.

Seis: La Fiscalía no cuenta con más elementos de prueba, salvo las declaraciones de los uniformados que solamente dirán las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la captura en situación de flagrancia.

8. LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL EN TEMA DE PORTE DE DROGAS ESTUPEFACIENTES

En la sentencia de casación CSJ SP 11726-2014, rad. 33.409 de 3 septiembre 2014, donde se explicó: *“En tal orden de ideas, puede llegar a sostenerse sin hesitación alguna que, pasados todos estos cambios legislativos y pronunciamientos de la Corte Constitucional, esta Sala mantiene su línea jurisprudencial en el sentido de que (i) el sólo porte de dosis para fines de uso exclusivamente personal de sustancias estupefacientes, en las cantidades y variedades establecidas por el legislador, es una conducta atípica, en cuanto no afecta bienes jurídicos ajenos, distintos de la propia salud del consumidor o del adicto; (ii) el suministro, distribución o venta de droga, o la sola tenencia o porte con fines de distribución, comercialización o venta sin permiso de autoridad competente, a la luz del ordenamiento constitucional y legal vigente, constituyen conductas delictivas, por ende sancionables penalmente, así se trate de cantidades menores a aquellas identificadas en la ley como dosis para uso personal”*.

La Corte reiteró la posición según la cual la posesión de cantidades ligeramente superiores a la dosis personal legal no alcanza a lesionar los bienes jurídicos tutelados, por lo que no genera responsabilidad penal. Además, de manera expresa se reconoció que tal tesis ya constituía una línea jurisprudencial pacífica.

En la providencia CSJ SP 15519-2014, rad. 42.617 de 12 noviembre 2014, se sintetiza la línea jurisprudencia así: “*La posición uniforme de la Corte en relación al porte de estupefacientes destinado al consumo se puede sintetizar así: si la cantidad que se lleva consigo sobrepasa ligeramente la dosis legal de uso personal carecerá de lesividad por su insignificancia. Un exceso superior, aun cuando sea para el propio consumo, siempre será antijurídico porque hace presumir —de derecho— el riesgo para la salud pública, el orden socioeconómico y la seguridad pública, tal y como se afirmó en la decisión proferida el 17 de agosto de 2011, Rad. 35978. En ese orden, se tendría que cuando el exceso es mínimo la presunción de antijuridicidad es iuris tantum porque admite prueba en contrario, como la del fin de consumo, mientras que cuando el exceso es mayor la presunción es iuris et de iure porque no admite controversia probatoria alguna*”.

En la misma providencia CSJ SP 15519-2014, rad. 42.617 de 12 noviembre 2014, se dice que la tesis principal que se ha erigido en línea jurisprudencial debe revisarse por cuatro razones fundamentales: 1) Porque en muchas de las decisiones de la Corte ya se contemplan argumentos constitucionales, doctrinales y de derecho comparado, que permiten vislumbrar la falta de lesividad del porte de estupefacientes para el consumo; 2) Porque prohija una doble naturaleza de la presunción de antijuridicidad en que se fundan los delitos de peligro abstracto: es *iuris tantum* para los eventos de exceso mínimo de la dosis personal y es *iuris et de iure* para las demás hipótesis, sin que exista una razón válida para una tal distinción generalizada y, además, es inconsecuente con la jurisprudencia que sobre ese punto se ha sostenido; 3) Porque a partir del Acto Legislativo N° 02 de 2009 se erigió al consumidor de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, especialmente al adicto, como sujeto de protección constitucional reforzada, lo cual impide que la misma condición que le hace merecedor de una discriminación positiva, a la vez, pueda constituir el contenido de injusticia de un delito; y, 4) Porque la tendencia contemporánea hacia la despenalización de las conductas de porte y conservación relacionadas con el consumo de drogas, la cual predomina en distintos sectores de los gobiernos locales, de los organismos internacionales, de la academia y de la sociedad en general; obliga a la judicatura a una reflexión permanente, por lo menos, en lo que hace a efectiva antijuridicidad de tales comportamientos.

La línea jurisprudencia queda entonces definida así:

1. Que el consumo de estupefacientes es una conducta que no tiene la potencialidad de afectar bienes jurídicos ajenos (la salud o la seguridad pública, o el orden económico y social).
2. Que la presunción de antijuridicidad para los delitos de peligro abstracto como es el de Fabricación, tráfico y porte de estupefacientes, es *iuris tantum* siempre, y no sólo cuando se trate de excesos ligeros a la dosis de uso personal.
3. Que el drogadicto, incluido su entorno familiar, es sujeto de una especial protección constitucional porque es concebido como una persona enferma. Además, el consumidor en general es también sujeto de una discriminación positiva porque se establecen en su favor medidas curativas y rehabilitadoras en el nivel normativo superior.
4. Que el consumo de drogas no podría ser factor constitucional de discriminación positiva y, al tiempo, una circunstancia antijurídica, mucho menos desde el punto de vista punitivo.

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.

Esta tesis no implica un cambio rotundo en la línea jurisprudencial que se traía, por cuanto ésta ya había despejado el camino para admitir que el porte para el consumo no vulnera los bienes jurídicos protegidos y que (en algunas ocasiones) la prueba de tal circunstancia excluía la antijuridicidad de la conducta. Por el contrario, al argumento medular que se venía sosteniendo hace casi 10 años (falta de antijuridicidad del porte de estupefacientes en algunos eventos), se le hacen producir todos los efectos que conlleva de manera plena y no parcial, como antes. Además, la tesis se ajusta de mejor manera al espíritu y al tenor del panorama constitucional que en relación al consumidor de drogas rige a partir del año 2009.

En decisión CSP SP, 9 marzo 2016, rad. 41.760, la Corte estableció la necesidad de definir si en el proceso se está juzgando a un enfermo o a un infractor de la ley, pues la jurisdicción penal solamente tiene competencia para ocuparse de la conducta de éstos últimos, lo cual implica distinguir en ese contexto las circunstancias específicas del caso que permitan adoptar la decisión que corresponda.

Se destacó en dicha providencia la atipicidad de la conducta para los consumidores o adictos siempre que la finalidad sea la de su consumo personal, lo que puede desvirtuarse en cada caso según las circunstancias modales, temporales o espaciales, como cuando la cantidad supera exageradamente la requerida por el consumidor, adicto o enfermo, o la intención es sacarla o introducirla al país, transportarla, llevarla consigo, almacenarla, conservarla, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla, financiarla, suministrarla o portarla con ánimo diverso al consumo personal.

Antecedente jurisprudencial reiterado en CSJ SP 4131-2016, rad. 43.512 de 6 abril 2016, donde se agregó que lo anterior implica que la condición de enfermo de un sujeto por tratarse de un adicto o un consumidor no lo exonera de responsabilidad penal si la cantidad portada a pesar de tener la finalidad del consumo es exagerada, o es acompañada de otros propósitos ilícitos como por ejemplo la venta, la distribución o la comercialización.

5. En providencia CSJ SP 3605-2017, rad. 43.725 de 15 marzo 2017, se resaltó que el fármaco dependiente no es delincuente; que dichos problemas jurídicos ya no se deben resolver en sede de antijuridicidad sino en sede de tipicidad de la conducta; si la sustancia sale de la esfera personal del drogodependiente podrá entrar a la esfera del Derecho Penal (*vr. gr.*, la distribución así sea gratuita); es una autopuesta en peligro bajo responsabilidad propia.

6. En providencia CSJ SP 9916-2017, rad. 44.997 de 11 julio 2017, la Corte fijó el siguiente criterio:

Uno: La carga de probar tiene que ser asumida por el órgano de persecución penal, pues el procesado no tiene por qué presentar pruebas de su inocencia, siendo función del Estado acreditar la ocurrencia del delito, que el acusado intervino en su realización y que es penalmente responsable. Así lo ratifican la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 11), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14-2) y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (artículo 8-2).

Dos: Es a la Fiscalía a quien compete la demostración de cada uno de los elementos del tipo penal, entre ellos, **la acreditación probatoria de los fines del porte de estupefacientes relacionados con la distribución o tráfico de los mismos** y, con ello, la afectación o la efectiva puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos. Obviamente, también corresponde al órgano de persecución penal, en virtud del principio de objetividad (artículo 115 de la Ley 906 de 2004), establecer situaciones relacionadas con la ausencia de responsabilidad, a efectos de no incoar la pretensión punitiva.

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

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

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

Seis: En el contexto de la nocividad específica de la sustancia de crear dependencia, que es el concreto cometido de protección a través del bien jurídico de la salud pública, el criterio atinente a los límites cuantitativos impuestos por el legislador al determinar la dosis para el uso personal, con frecuencia riñe con las condiciones personales del individuo, caso en el cual entran en juego otros elementos atinentes, por ejemplo, al grado de dependencia, su tolerancia y necesidad, su condición de consumidor adicto, recreativo o primerizo y la posibilidad de abastecimiento en cantidades superiores o de dosis compartidas, lo que escapa a cualquier previsión legislativa.

Siete: En este sentido, cobra importancia la orientación, que frente al delito de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes* ha dado la Sala en las sentencias CSJ SP 2940, 9 marzo 2016, rad. 41.760; CSJ SP 4131, 6 abril 2016, rad. 43.512; CSJ SP 3605, 15 marzo 2017, rad. 43.725, CSJ SP 4943-2019, rad.51.556 de 13 noviembre 2019, en el sentido de considerar el ánimo —de consumo propio o de distribución— del sujeto activo como ingrediente subjetivo o finalidad del porte de

sustancias alucinógenas, a efectos de excluir su responsabilidad penal o de estimar realizado el tipo de prohibición.

7. En providencia CSJ SP 497-2018, rad. 50.512 de 28 febrero 2018, se resaltó nuevamente que en el artículo 376 del Código Penal existe un ingrediente subjetivo tácito relacionado con el propósito del sujeto agente, por lo que la realización del tipo no depende de la cantidad o peso de la droga llevada consigo sino de la verdadera intención que se persigue a través de dicha acción.

Cuando la acción está relacionada con el “tráfico”, es claro que el comportamiento se estima lesivo del bien jurídico tutelado, sin reparar en que la sustancia desborde o no aquellos rangos regulado en la ley.

Lo que en realidad permite establecer la conformación del injusto típico es el fin propuesto de traficar o distribuir el estupefaciente; además, es ingrediente subjetivo del tipo penal el ánimo del sujeto agente que porte o lleva consigo el estupefaciente, pues a partir de dicho conocimiento se establece la realización del tipo prohibitivo (*distribución*), o por el contrario, se excluye su responsabilidad penal (*consumo propio*).

La demostración del componente anímico relacionado con la finalidad, es una carga probatoria de la Fiscalía General de la Nación por tratarse de una premisa fáctica de la teoría del caso.

8. En CSJ SP 732-2018, rad 46.848 de 14 marzo 2018, se absuelve por un allanamiento a cargos en porte de 4.90 gramos de cocaína, toda vez que, si el propósito específico del sujeto activo es el de portar o tener drogas para su propio consumo, su comportamiento deviene atípico, máxime si se trata de una persona en estado de adicción.

9. En CSJ SP 025-2019, rad. 51.204 de 23 enero 2019 se absolvió en un caso donde en requisita policial se le encontró al ciudadano 30 cigarrillos de marihuana, con un peso neto de 50 gramos. Se dijo en esta providencia que, luego de un cambio gradual en la percepción del fenómeno del narcotráfico y, en especial, de la condición del consumidor o adicto, menesteroso de tratamiento de salud y no punitivo, que el verbo rector llevar consigo, establecido como uno de los tantos alternativos del artículo 376 del C.P., **reclama, para su configuración punible, de un elemento subjetivo o finalidad específica**, remitidos a la venta o distribución; en otras palabras, que la conducta aislada llevar consigo, por sí misma es atípica si no se le nutre de esa finalidad específica; y que 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.

10. En la CSJ SP 4943-2019 de 13 noviembre 2019, rad. 51.556 y CSJ SP 5028-2019, rad. 54.041 de 20 noviembre 2019, se reitera que la defensa no está encargada de probar la condición de adicto o consumidor del acusado, ese aspecto es carga de la fiscalía y que el verbo rector “*llevar consigo*”, establecido como uno de los alternativos del artículo 376 del Código Penal, exige, para su configuración delictiva, de un elemento subjetivo o finalidad específica, remitidos a la venta o distribución. Dicho de otro modo, “*la conducta aislada [de] llevar consigo*

[sustancia estupefaciente], por sí misma es atípica si no se le nutre de esa finalidad específica”⁴.

11. En CSJ SP 5400-2019 de 10 diciembre 2019, rad. 50.748; CSJ SP 106-2020, rad. 56.574 de 29 enero 2020, se reafirma la línea jurisprudencial sobre el elemento subjetivo especial: la finalidad de tráfico o distribución.

En la última providencia, se dijo: “es cierto que ninguna prueba acreditó que aquella fuese consumidora de estupefacientes, habitual u ocasional; pero también lo es que en el proceso no se demostró, más allá de duda razonable, que su finalidad fuere la distribución, expendio o tráfico de las sustancias que llevaba consigo” y que el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376) exige, para esta última modalidad conductual, la concurrencia del fin de comercio o distribución, elemento subjetivo este que no fue objeto de imputación fáctica en la acusación (ni en la audiencia preliminar respectiva), menos aún fue probado más allá de toda duda razonable.

LÍNEA JURISPRUDENCIAL “LLEVAR CONSIGO” DROGA ESTUPEFACIENTE Y EL ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL	
1	CSJ SP 11726-2014, rad. 33.409 de 3 septiembre 2014
2	CSJ SP 15519-2014, rad. 42.617 de 12 noviembre 2014
3	CSP SP, 9 marzo 2016, rad. 41.760
4	CSJ SP4131-2016, rad. 43.512 de 6 abril 2016
5	CSJ SP4131-2016, rad. 43.512 de 6 abril 2016
6	CSJ SP 9916-2017, rad. 44.997 de 11 julio 2017
7	CSJ SP 497-2018, rad. 50.512 de 28 febrero 2018
8	CSJ SP 732-2018, rad 46.848 de 14 marzo 2018
9	CSJ SP 025-2019, rad. 51.204 de 23 enero 2019
10	CSJ AP 522-2019, rad. 53.516 de 20 febrero 2019
11	CSJ SP 4943-2019, rad. 51.556 de 13 noviembre 2019
12	CSJ SP 5028-2019, rad. 54.041 de 20 noviembre 2019
13	SP 5400-2019 de 10 diciembre 2019, rad. 50.748
14	CSJ SP 106-2020, rad. 56.574 de 29 enero 2020
La demostración del componente anímico relacionado con la finalidad, es una carga probatoria de la Fiscalía General de la Nación por tratarse de una premisa fáctica de la teoría del caso.	
El fármaco dependiente no es delincuente; que dichos problemas jurídicos ya no se deben resolver en sede de antijuridicidad sino en sede de tipicidad de la conducta; si la sustancia sale de la esfera personal del drogodependiente podrá entrar a la esfera del Derecho Penal (<i>vr. gr.</i> , la distribución así sea gratuita); es una autopuesta en peligro bajo responsabilidad propia.	
Se debe probar por la Fiscalía fines diferentes al consumo.	
La defensa no está encargada de probar la condición de adicto o consumidor del acusado, ese aspecto es carga de la fiscalía ⁵ .	

⁴ CSJ SP 025–2019, 23 enero 2019, rad. 51.204; CSJ SP 5028-2019, rad. 54.041 de 20 noviembre 2019.

⁵ CSJ SP 5028-2019, rad. 54.041 de 20 noviembre 2019.

9. ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL Y CARGAS PROBATORIAS DE LA FISCALÍA

En resumen, según la jurisprudencia de casación establecida desde la SP 2940-2016 de 9 marzo 2016, rad. 41.760, y vigente en la actualidad, la tipicidad de la conducta de “llevar consigo” sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas, incluye un elemento subjetivo especial: la finalidad de tráfico o distribución.

En consecuencia, la inexistencia de este ánimo, como ocurre cuando se porta droga para el consumo personal, genera atipicidad.

Tal postura apareja dos precisiones de orden probatorio por parte de la Fiscalía⁶:

Uno: La cantidad de alucinógenos no es el factor determinante del juicio de tipicidad de la modalidad conductual “llevar consigo”, aunque ese dato sí podrá valorarse como un indicador, junto a los otros que se encuentren demostrados, de la finalidad del agente.

Dos: La carga de la prueba del referido ingrediente subjetivo, al igual que ocurre frente a los demás presupuestos de la tipicidad y de la responsabilidad penal en general, corresponde a la Fiscalía General de la Nación, según lo establecido en el inciso 2 del artículo 7 del C.P.P.

Tres: No se puede invertir la carga de la prueba, para que sea la Defensa quien demuestre que la cantidad de droga incautada corresponde a una dosis de aprovisionamiento personal, pues es la Fiscalía quien ha de demostrar el presupuesto subjetivo especial del tipo: ánimo de traficar o distribuir la droga estupefaciente.

10. CONCLUSION FINAL

De lo expuesto se puede colegir:

Primero: Que la cantidad de droga incautada en el *sub exámine* no es exagerada, como lo advierte el Juzgador de primer grado.

Segundo: Que no hay prueba que la droga tuviese un destino diferente al consumo personal.

Tercero: En esa medida la conducta no debe ser punible ***por atipicidad del comportamiento***.

En consecuencia, se debe revocar el auto de primera instancia y en su lugar decretar la preclusión solicitada por la Fiscalía General de la Nación en favor de JANER ALBERTO ANGEL MONSALVE, por hechos del 26 de febrero de 2017.

11. DECISIÓN

⁶ CSJ SP 4943-2019, rad. 51.556 de 13 noviembre 2019.

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN, SALA DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTE, (i) REVOCA el auto objeto de impugnación por las razones expuestas; (ii) en su lugar se **DECRETA LA PRECLUSION** de la acción penal en favor del adolescente JANER ALBERTO ANGEL MONSALVE, por hechos del 26 de febrero de 2017, por las razones expuestas; y (iii) contra esta decisión no procede recuso alguno.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



NELSON SARAY BOTERO
Magistrado



FLOR ANGELA RUEDA ROJAS
Magistrada



LUZ DARY SANCHEZ TABORDA
Magistrada