



## **SENTENCIA PENAL No. 021-2022**

**Radicado: 05-212-60-00201-2018-08284**

**PROCESADO: EGIDIO ALBERTO VARELAS ADARVE**  
**DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**  
**DECISIÓN: REVOCA SENTENCIA**  
**ORIGEN: JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE GIRARDOTA**  
**M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA**

**(Aprobado mediante Acta Nro. 125)**

(Sesión del primero (1º) de noviembre de dos mil veintidós (2022))

**Medellín, dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintidós (2022). Fecha de la lectura.**

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa del ciudadano **EGIDIO ALBERTO VARELAS ADARVE**, contra la sentencia proferida por el **JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE GIRARDOTA**, el 30 de junio de 2021, por la cual lo condenó como autor del delito de **tráfico, fabricación o porte de estupefacientes**, en la modalidad de **llevar consigo**.

### **ANTECEDENTES FÁCTICOS Y PROCESALES**

**Hechos:** A eso de las 16:25 del 11 de diciembre de 2018, policías de vigilancia que hacían labores de patrullaje en el corregimiento El Hatillo del municipio de Barbosa, Antioquia, sector La Frutera (km. 1+800), ordenaron detenerse al conductor de una buseta adscrita a la empresa Cootrayal con el fin de verificar los antecedentes de sus pasajeros, una vez ingresaron notaron que uno de los ocupantes presentaba una actitud nerviosa, razón para solicitarle un registro personal, al cual accedió voluntariamente, encontrando dentro de un morral que portaba una bolsa plástica envuelta en papel chicle transparente, cuyo interior contenía una sustancia rocosa de color habano, que por sus características de olor, color y textura se asemejaba a la base de coca, por lo cual procedieron a informarle

los derechos que como capturado tenía e iniciando los actos urgentes para dejarlo a disposición de autoridad competente.

Dentro de los actos urgentes se ordenó la práctica de la prueba de identificación preliminar homologada -PIPH- a las sustancias incautadas, recibiendo el informe de investigador de campo del 11 de diciembre de 2018 en el cual se anotó: Numeral 6. peso bruto: 533.1 gramos. Numeral 7: prueba preliminar positiva para cocaína peso neto: 451.5 gramos.

**LA ACTUACIÓN:** El 12 de diciembre de 2018, ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Barbosa, Antioquia, se legalizó el procedimiento de captura en situación de flagrancia del señor EGIDIO ALBERTO VARELAS ADARVE, a quien se le formuló imputación por el delito de *tráfico, fabricación y porte de estupefacientes* (Artículo 376 inciso 3º C.P.), verbo rector *llevar consigo*, cargo que no fuera aceptado; imponiéndole medida de aseguramiento en el lugar de su residencia.

La Fiscalía presentó el escrito de acusación el 17 de enero de 2019, siendo abogado su conocimiento por el Juzgado Penal del Circuito de Girardota, el cual realizó la audiencia de formulación de acusación el 8 de octubre del mismo año.

El 6 de diciembre de 2019 se realizó la audiencia preparatoria y el juicio oral se desarrolló en sesiones adelantadas los días 1º de julio de 2020 y 1º de febrero y 15 de marzo de 2021. Finalmente se profirió sentencia condenatoria el 30 de junio siguiente, razón por la cual conoce esta Sala por la apelación que hiciera la defensa del procesado.

**LA SENTENCIA IMPUGNADA:** el Juez Penal del Circuito de Girardota dictó sentencia condenatoria teniendo en cuenta que, al momento de realizarse la diligencia de arraigo del procesado, la persona que atendió la llamada, señora VIVIANA PATRICIA ADARVE VÁSQUEZ, negó que el acusado tuviera el hábito de consumir sustancias estupefacientes.

Concluyó que la conducta del imputado no sólo es típica, sino que también antijurídica, pues colocó en riesgo la salud pública al portar la sustancia estupefaciente. Señaló que no se cuenta en el plenario con elemento de convicción alguno que indique la existencia de una causal eximente de responsabilidad, siendo plenamente reprochable ese

comportamiento, además de que se trata de una persona imputable y actuó con voluntad y conciencia de la ilicitud de su comportamiento.

Conforme a lo anterior, condenó a EGIDIO ALBERTO VARELAS ADARVE por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de *llevar consigo*, imponiendo la pena principal de noventa y seis (96) meses de prisión, la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual, negándole los subrogados penales de la condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria por la prohibición expresa contenida en el inciso 2º del artículo 68A del Código Penal.

### ARGUMENTOS DE LA INCONFORMIDAD

**La abogada DORIS MARIA CASTAÑO DE JARAMILLO, defensora pública,** en su escrito de apelación señala que no comparte la decisión del juez *a quo*, pues considera que de las pruebas practicadas por la Fiscalía no se probó, más allá de toda duda, la responsabilidad de su prohijado, en atención a que el verbo rector imputado fue *llevar consigo*, por lo que el ente acusador estaba en la obligación de acreditar la calidad de expendedor o distribuidor de sustancias alucinógenas de EGIDIO VARELAS ADARVE, pero no lo hizo, por lo cual considera que existe una duda razonable; en consecuencia, la decisión debe favorecerlo a través de la aplicación del principio del *in dubio pro reo*.

Explica que para determinar si existe o no delito debe haber una comprobación exitosa de las categorías dogmáticas de *tipicidad* y *antijuridicidad*, lo que jurisprudencialmente se conoce como el injusto penal y para dar por demostrada la responsabilidad del procesado se debe satisfacer la categoría dogmática conocida como *culpabilidad*.

Advierte que, de acuerdo con la jurisprudencia, en este tipo de delitos donde el verbo rector es *portar* o *llevar consigo*, existen tres aspectos que deben tenerse en cuenta:

1. Que el delito de llevar consigo o de portar estupefacientes contiene un ingrediente subjetivo, incorporado a través del Acto Legislativo 02 de 2009, el cual reconoció la Corte Constitucional en la Sentencia C-491 de 2012, consistente en que se demuestre que la finalidad del portador de los alucinógenos estaba orientada al tráfico o distribución.

2. Una regla probatoria y es que la Fiscalía es quien debe demostrar ese elemento, teniendo la obligación de desvirtuar la presunción de inocencia, correspondiéndole comprobar exitosamente todas y cada una de las categorías dogmáticas de la conducta punible.
3. Que la cantidad por sí sola no es suficiente para demostrar el interés del tráfico o distribución.

Concluye que la cantidad o el peso de la sustancia incautada es sólo un dato indicador que puede, junto con otros hechos indicadores, llevar al conocimiento, en grado de certeza racional, sobre la intencionalidad del porte, posición que comparte tanto el Tribunal Superior de Medellín como la Corte Suprema de Justicia, debiéndose estudiar los datos que contienen las circunstancias de cada caso, por lo que en el asunto que nos ocupa y de acuerdo a los hechos jurídicamente relevantes, no se encuentran otras circunstancias llevadas a juicio que puedan relacionar a su prohijado con el tráfico, la distribución o la comercialización de sustancias alucinógenas.

*Advierte: "(...) LLEVAR CONSIGO o de PORTAR tiene un ingrediente subjetivo que es la intencionalidad o el interés del sujeto portador, que esa demostración de que el propósito sea traficar o distribuir debe probarla la Fiscalía General de la Nación, no le puede invertir esa carga a la defensa, que hace parte de ese ingrediente subjetivo de la tipicidad objetiva del delito de portar sustancias estupefacientes y que como es un ingrediente subjetivo que hace parte del fuero interno del sujeto agente, la forma como puede probarse es a través de las circunstancias que acompañan el hecho o la captura, lo que se conoce como la prueba circunstancial o indiciaria, en nuestro caso los policiales no vieron a mi defendido intercambiando con otra u otras personas, no se tiene la versión de otros sujetos que acompañaran al procesado, el mismo no era sujeto de seguimientos por parte de las autoridades, entonces, tampoco se conoce de dinero incautado, este hecho puede indicarnos que muy seguramente se trató de un aprovisionamiento, el hecho de que un familiar hubiera negado que el procesado fuera consumidor no es un indicio que se pueda tener en su contra, pues en la mayoría de los casos ni los familiares ni amigos conocen del consumo de estupefacientes de una persona, o inclusive la persona entrevistada por el investigador prefirió negar cualquier circunstancia de consumo por temor."*

Por expuesto, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se absuelva al acusado del delito endilgado.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Esta Sala es competente para despachar el asunto propuesto de conformidad con el Artículo 34 numeral 1º de la Ley 906 de 2004, con las limitantes expresas que sobre el particular nos imponen los artículos 31 de la Constitución Política y 20 inciso 2º de ese estatuto procesal.

Como es sabido en el sistema de enjuiciamiento penal colombiano, para que una persona pueda ser condenada es necesario que la prueba regular, legal y oportunamente allegada a la actuación y practicada en el juicio oral genere en el juez la convicción, más allá de toda duda razonable, sobre la existencia del delito y la responsabilidad penal que cabe atribuirle al acusado, tal como lo preceptúan los artículos 372 y 381 del estatuto procedimental penal. El grado de certeza necesario para condenar deberá fundarse entonces en las pruebas que hagan parte del debate público.

Por su parte el artículo 7º del estatuto procedimental penal, como norma rectora, establece que toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no se produzca una sentencia definitiva sobre su responsabilidad penal por los hechos por los cuales se le acusa; así mismo, preceptúa que en las actuaciones penales toda duda debe resolverse a favor del inculpado, por ende, en aquellos casos en los que subsista la duda probatoria se mantendrá incólume el principio de presunción de inocencia y su correlato del *in dubio pro reo*.

Para el caso que nos ocupa, el juez *a quo* decidió condenar a EGIDIO ALBERTO VARELAS ADARVE por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, por el cual le formuló cargos la Fiscalía; sin embargo, la defensa considera que hubo indebida valoración probatoria pues la prueba recaudada realmente no permite llegar a la convicción, más allá de toda duda razonable, sobre la responsabilidad penal del ciudadano acusado.

En punto a la responsabilidad, la Fiscalía sólo presentó como prueba en el juicio oral los testimonios de las agentes de la Policía Nacional FRANCY YOLIMA BERRIO GARRO y LEIDY TATIANA SUAVITA SERRATO, quienes realizaron la captura e incautación de la sustancia, así como el de LUZ ADRIANA MADRID VALENCIA, Asistente de Fiscalía.

Es del caso precisar que en el juicio se admitieron una serie de pruebas, documentales y testimoniales, aportadas por los sujetos procesales en disputa, que versan sobre hechos relevantes en la presente actuación. Igualmente se estipuló la plena identidad del acusado.

En punto a la ocurrencia de los hechos, objetivamente considerados, no existe discusión en torno a que el ciudadano EGIDIO ALBERTO VARELAS ADARVE fue capturado cuando se transportaba en un bus de servicio público, pues al hacérsele una requisita por las autoridades de Policía se halló en un morral que portaba sustancias alucinógenas; sin embargo, el pasajero implicado no reconoció responsabilidad alguna sobre ese hallazgo, por tal motivo fue acusado por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de llevar consigo.

Debe tenerse en cuenta que el núcleo de la imputación fáctica por el delito descrito en el artículo 376 del C.P., tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, alude de manera directa al acto de llevar consigo el estupefaciente, como modalidad del tipo penal y aunque este es uno de los delitos en los que el legislador presupone de manera *iuris tantum* la antijuridicidad de la conducta con la realización de cualquiera de los verbos rectores previstos, ha sido clara y reiterativa la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al responsabilizar a la Fiscalía General de la Nación de desvirtuar esa presunción de antijuridicidad, independientemente de la cantidad de sustancia estupefaciente que sea encontrada, no pudiéndose invertir la carga de la prueba en contra del acusado.

Reitera la Sala, como lo ha venido haciendo en anteriores decisiones, que no debe pasarse por alto decisiones coyunturales como la proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia<sup>1</sup>, luego de absolver a un procesado que fue detenido con una bolsa plástica que contenía 5.7 gramos de cocaína en el municipio de Bello, Antioquia. Estableció ese

---

<sup>1</sup> Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, Sentencia 43.725 SP3605-2017 del 15 de marzo de 2017, M.P. Eugenio Fernández Carlier

alto Tribunal **que la Fiscalía no pudo demostrar que la acción de llevar consigo esa cantidad de droga que para ese caso superó ampliamente la dosis personal, la hubiera hecho con el ánimo de traficarla, por lo cual merece ser tratado como enfermo y no como infractor de la Ley penal.**

Confirmado ese criterio en posterior decisión de ese tribunal, cuando luego de analizar profundamente el tema, precisa que: *"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)".*<sup>2</sup>

Ahora bien, en cuanto a la cantidad de sustancia que portaba EGIDIO ALBERTO VARELAS ADARVE, la cual supera ampliamente la personal, abundante ha sido la jurisprudencia sobre el tema, siendo necesario que la Sala haga algunas reflexiones en torno al porte de estupefacientes y la denominada dosis de aprovisionamiento, con miras a arrojar claridad sobre el caso que ocupa su atención. Nuestro Tribunal de cierre en la sentencia de casación SP11726-2014, Rad. 33.409 de 3 septiembre de 2014, M. P. José Leónidas Bustos Martínez, 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 misma Corporación en providencia SP15519-2014, radicado 42617 de 12 de noviembre de 2014, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, reiteró la posición según la cual la posesión de cantidades ligeramente superiores a la dosis personal no alcanza a lesionar

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 44997-SP 1916/17.

bienes jurídicamente protegidos, por lo cual no genera responsabilidad penal. Además, de manera expresa, reconoció esta tesis como línea jurisprudencial pacífica.

*"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 esta providencia se deja expresamente consignado:

*"En esta ocasión se considera 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 prohíba 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."*

De manera progresiva la Corporación de cierre ha venido desarrollando y elaborando estos asuntos atinentes al porte de estupefacientes, teniéndose como objeto de debate el hecho de establecer si es viable y legal condenar a una persona consumidora de estupefacientes, pues ello podría constituir indebida aplicación del artículo 376 del Código Penal y, de contera, falta de aplicación del Artículo 29.2 de la Constitución Nacional que consagra el principio de legalidad basado en el derecho penal de acto. El análisis respecto de los consumidores de estupefacientes se debe hacer entonces para establecer si su comportamiento resulta antijurídico materialmente y si ante la falta de antijuridicidad material, su comportamiento deviene en atípico; igualmente, si al superar lo previsto para



dosis de uso personal, el exceso constituye dosis de aprovisionamiento y hasta en qué cantidades y en qué condiciones se puede considerar, sin poder soslayar que en la actualidad se viene discutiendo si en realidad existe la dosis personal o no. Por ello este interesante que también problemático asunto conlleva a una dificultad inocultable que se presenta en la realidad, pues ante una misma situación de hecho se pueden presentar decisiones contrarias en derecho, lo cual genera obviamente inseguridad jurídica, por ello la necesidad de lograr, en lo posible, decisiones uniformes por parte de la judicatura, para que no se violen principios constitucionales como los de igualdad, legalidad, derecho de defensa y debido proceso.

En esa evolución jurisprudencial se viene reconociendo la atipicidad de la conducta no sólo al portar sustancia que supera levemente la dosis legal o de uso personal, sino que también en mayores cantidades, pues lo importante para estructurar el delito de porte de estupefacientes es la determinación de si el implicado lo hace con el ánimo de distribuirlo o venderlo para establecer si se configura el verbo rector llevar consigo. La Corte Suprema de Justicia en un caso reciente absolvió a un ciudadano que había sido capturado luego de ser visto por agentes de la Policía cuando arrojó dos paquetes que contenían 996,7 gramos de marihuana. En esa decisión consideró la Corte:

*"(...) Siendo ello así, la determinación de si el implicado pretende distribuir o vender la sustancia que porta resulta necesaria para establecer si se configura el verbo llevar consigo. Si en el debate público no se demuestra ese componente subjetivo, el juez deberá optar por la absolución. En este caso, resulta claro que el Tribunal erró al asumir que el sólo hecho de llevar consigo una sustancia estupefaciente en cantidad superior a la establecida como dosis personal constituye comportamiento delictivo, pues desconoce la exigencia subjetiva relacionada con el propósito de distribuir o comercializar la sustancia, elemento necesario para tipificar la conducta. Lo anterior porque, como lo destacaron demandante y no recurrentes, la Fiscalía ni siquiera atribuyó -en la imputación o en la acusación- esa finalidad a GONZÁLEZ MEJÍA, pues se limitó a imputarle el verbo rector llevar consigo destacando la cantidad de marihuana portada, sin atribuirle ninguno de las finalidades que la ley reprime. Asiste razón a la demanda, entonces, al señalar que la sentencia violó de manera directa la ley, porque pasó por alto que la Fiscalía no atribuyó al procesado el elemento subjetivo especial, esto es, que la droga estaba destinada a la venta o distribución. Mucho menos cuando no se demostró ese aspecto en el juicio oral."<sup>3</sup>*

De acuerdo a esta línea jurisprudencial, el porte de estupefacientes en cantidad superior a la establecida legalmente como dosis de uso personal, es una conducta típica que se presume antijurídica. Sin embargo, comoquiera que tal presunción ostenta carácter *iuris tantum*, la prueba de que su destino es el consumo estrictamente personal sin que apareje

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP3420-2022.Radicación 58076.



interferencia en derechos ajenos (orden socioeconómico 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 ilicitud de la finalidad del porte.

Tesis que valga la pena reconocer venía exponiendo la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín desde el 18 de octubre de 2011, con ponencia del doctor Santiago Apráez Villota, integrante de esta Sala, en la que se presentaban argumentos similares que llegaban a la misma conclusión de la Corte.

Como se vislumbra de la jurisprudencia transcrita, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, especialmente a partir del acto legislativo 02 de 2009, cambió su postura frente a los consumidores para aceptar finalmente que el porte de estupefacientes, incluida la dosis de aprovisionamiento, con el único fin de consumo, es conducta atípica.

Para el caso que ocupa la atención de la Sala, lo único que se estableció realmente es que al momento de la captura del ciudadano EGIDIO ALBERTO VARELAS ADARVE, éste llevaba consigo una cantidad de 451.5 gramos de cocaína; no obstante, en el momento de la aprehensión no se tiene ninguna circunstancia que nos permita concluir que la estuviera vendiendo, distribuyendo o portándola para mercantilizarla, esto es que la llevara consigo con el fin de comercializarla.

Lo planteado por la defensa hace referencia a una indebida valoración del recaudo probatorio allegado al proceso, por lo cual se debe aclarar que las pruebas legalmente aportadas en el juicio oral han de analizarse en su conjunto<sup>4</sup>, requiriendo para emitir una condena que el análisis de las mismas lleve al juzgador a considerar, libre de la más mínima duda razonable, la responsabilidad del acusado<sup>5</sup>.

Consideró la apelante que el juez *a quo* se equivocó al dar por probado el elemento subjetivo referido a la finalidad de venta o distribución de la sustancia incautada a EGIDIO ALBERTO VARELAS ADARVE, construyendo su argumento a partir de lo que razonó eran

<sup>4</sup> Art. 380 C. de P. Penal.

<sup>5</sup> Arts. 7º inciso 4º y 381 del C. de P. Penal.

indicios, estos fueron el peso de la sustancia y el dicho de un familiar en la diligencia de arraigo, quien negó que el acusado fuera consumidor.

En ese sentido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara al indicar que en estos casos es indispensable la valoración de la prueba en conjunto para determinar el ánimo o finalidad del porte de estupefacientes:

*"Corresponderá al juez, luego de valorar la prueba en conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica, determinar si es razonable condenar por el delito del artículo 376 del Código Penal a un consumidor habitual de sustancias prohibidas que porte 5,7 gramos de cocaína, o a quien fuere hallado con una dosis pequeña, para la cual debe apreciar si la cantidad es demostrativa de un propósito y uso diferente al consumo personal, o si ese gramaje junto con los demás medios evidencian que se trata de un porte de sustancia para la exclusiva ingesta sin otro ánimo del procesado."*<sup>6</sup>

Es preciso resaltar el contenido de la prueba testimonial, vislumbrándose que en la practicada y aducida en el juicio oral no dio cuenta de cosa distinta a que el acusado portara los estupefacientes con el ánimo de distribución o comercialización, pues según los agentes captores, se trató de un registro personal y ocasional a los ocupantes de un vehículo de servicio público, hallándose la sustancia estupefaciente, sin que se hubiera percibido ánimo diferente al de llevarla consigo por el aquí acusado.

En criterio de la Sala, el acusador debió adelantar una labor de investigación más completa y que diera cuenta de lo que pretendía en juicio demostrar y, en punto a los presupuestos básicos del verbo rector *llevar consigo*, no hizo ningún acto investigativo tendiente a probar el ánimo del tráfico, debiéndose remarcar que es necesario para tipificar esta conducta delictiva, demostrar la intención del acusado de distribuir o vender la sustancia que porta para así establecer el verbo rector llevar consigo; de no demostrarse ese componente subjetivo, lo procedente es la absolución.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia ha resaltado que *"(...) lo importante es que la tipicidad de toda acción que se ajuste a la descripción objetiva del artículo 376 del Código Penal dependa del fin exteriorizado por el autor. Pero no tanto de un propósito de consumo propio como criterio excluyente de responsabilidad, sino de la verificación por parte de la Fiscalía de una conducta pre-ordenada al tráfico de*

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 43.725. SP3605-2017 (Aprobado Acta número 83) del 15 de marzo de 2017. M.P. Eugenio Fernández Carlier.



*estupefacientes*”;<sup>7</sup> y, en el presente evento, no se advierte prueba alguna que demuestre más allá de toda duda razonable, cuál era el fin exteriorizado de EGIDIO ALBERTO VARELAS ADARVE, cuando indudablemente era deber de la Fiscalía acreditarlo.

Se reitera, el solo hecho de llevar consigo una cantidad superior a la establecida como dosis de uso personal no constituye *per se* un comportamiento delictivo, pues ello desconocería la exigencia subjetiva relacionada con el propósito de distribuir o comercializar el alucinógeno, elemento esencial para tipificar la conducta; para el caso, sólo se imputó el hecho de llevar consigo, pero sin atribuirle al acusado alguna de las finalidades que la ley prohíbe en estos casos.

Frente a este panorama de ausencia de una prueba primaria, pese a que la Sala intente de manera pausada y reflexiva realizar una valoración articulada y conjunta de las pruebas recopiladas para ser apreciadas con rigor, no es posible llegar al grado de certeza sobre la responsabilidad penal del acusado a través de la construcción de una serie de indicios, como lo visualizó el juez *a quo*, quien considera suficiente en este sentido la cantidad de sustancia decomisada.

Con lo anterior, la Sala busca significar que no es clara la responsabilidad de EGIDIO ALBERTO VARELAS ADARVE en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en ninguna de sus modalidades, pues no existe prueba que vislumbre el ánimo de venta o distribución del acusado, tan solo lo que se consideró por el *a quo* como indicios, unas inferencias subjetivas, meramente circunstanciales, como fue la cantidad de sustancia incautada y que una familiar del acusado afirmó, al momento de establecerse el arraigo, que éste no era consumidor. No puede olvidarse que el indicio no posee una existencia autónoma, sino derivada, emanando de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, siendo necesario e imprescindible la estructuración de un hecho indicador legalmente probado para construir a partir de este la inferencia lógica y derivar finalmente una conclusión, y aunque a través de la prueba de referencia se pueden probar ciertos hechos, no se puede estructurar sólo con base en ella una sentencia de condena, habida cuenta de la prohibición establecida en el inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 43.725. SP3605-2017 (Aprobado Acta número 83) del 15 de marzo de 2017. M.P. Eugenio Fernández Carlier.

En este sentido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (SP9916-2017 Radicación No. 44997) señaló:

"(...) aunque eventualmente la cantidad de droga que se porte permitiría inferir conductas relacionadas con el tráfico de estupefacientes, no es ese un elemento que pueda adscribirse a la tipicidad de la conducta.

*En este sentido, se torna insuficiente apelar al criterio cuantitativo de dosis para uso personal, previsto en el literal j) del artículo 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 toques previstos por el legislador, la conducta deja de ser relevante para el derecho penal. Mientras, importa subrayarlo, cuando la acción está relacionada con el tráfico, es claro que el comportamiento se estima lesivo del bien jurídico, sin reparar en que la sustancia desborde o no aquellos rangos regulados en la ley.*

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

En este asunto, como se dijo, la prueba arrojada por la Fiscalía, al resultar de frágil calidad y al no encontrar una fuente directa que le dé respaldo por constituirse en prueba de referencia, especialmente en sus aspectos relevantes, solo pueden conducir a un hecho indicador insuficientemente demostrado.

De lo expuesto, es claro que subsisten dudas respecto a la responsabilidad del acusado en los delitos endilgados de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo; en consecuencia, las voces que desde la orilla acusadora reclaman que es suficiente con las pruebas incorporadas en el juicio, resulta insostenible si atendemos a que es el ente persecutor el que cuenta con todo el andamiaje y la logística necesaria para una investigación seria y completa antes de decidirse a llevar a juicio a un ciudadano, por lo cual debió agotar todos los medios de prueba a su alcance.

No podemos dejar de lado que, para emitir una sentencia de carácter condenatorio, debe existir conocimiento más allá de toda duda razonable de la existencia del ilícito y de la responsabilidad del acusado, siendo precisamente los elementos de prueba los que brindan ese grado de convicción, pero en las diligencias que nos ocupan brillan claramente

por su ausencia, por lo que no fue posible desvirtuar la presunción de inocencia; sobre este tópico ha indicado la H. Corte Suprema de Justicia:

***"(ii) La certeza, la duda razonable y el principio in dubio pro reo***

*Según el artículo 5º de la Ley 906 de 2004, "en ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia" (subrayas fuera de texto).*

*La verdad se concreta en la correspondencia que debe mediar entre la representación subjetiva que el sujeto se forma y la realidad u objeto aprehendido por aquel, que, tratándose del proceso penal, apunta a una reconstrucción lo más fidedigna posible de una conducta humana con todas las vicisitudes materiales, personales, sociales, modales, psicológicas, etc., que la hayan rodeado, a partir de la cual el juez realizará la pertinente ponderación de su tratamiento jurídico conforme con las disposiciones legales, para ahí sí, asignar la consecuencia establecida en la ley, lo cual vale tanto para condenar, como para absolver o exonerar de responsabilidad penal.*

*En procura de dicha verdad, la Ley 906 de 2004 establece en su artículo 7º, lo siguiente:*

*"Presunción de inocencia e in dubio pro reo. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal".*

*"En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado".*

*"En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria".*

*"Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda" (subrayas fuera de texto).*

*Como viene de verse, en la referida legislación fueron refundidos en un solo precepto, tanto la presunción de inocencia, como el principio in dubio pro reo, íntimamente relacionados con el concepto de verdad al que atrás se aludió.*

*En efecto, la convicción sobre la responsabilidad del procesado "más allá de toda duda", corresponde a un estadio del conocimiento propio de la certeza racional<sup>8</sup> y, por tanto, relativa, dado que la certeza absoluta resulta imposible desde la perspectiva de la gnoseología en el ámbito de las humanidades e inclusive en la relación sujeto que aprehende y objeto aprehendido.*

*En consecuencia, sólo cuando no se arriba a dicha certeza relativa de índole racional ante la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad del acusado, siempre que, en todo caso, dichas dudas tengan entidad y suficiencia como para crear incertidumbre sobre tales aspectos que tienen que ser debidamente acreditados con medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto, no con elementos de convicción ideales o imposibles, ahí,*

<sup>8</sup> En este sentido sentencia C-609 del 13 de noviembre de 1999.



*en tal momento, es posible acudir a la aplicación del principio in dubio pro reo, esto es, resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad, a favor del acusado.*

*Así las cosas, no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, como que resulta frecuente que variados aspectos del acontecer que constituyó la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, caso en el cual, si tales detalles son nimios o intrascendentes frente a la información probatoria ponderada en conjunto, se habrá conseguido la certeza racional, más allá de toda duda, requerida para proferir fallo de condena.*

*Por el contrario, si aspectos sustanciales sobre la materialidad del delito o la responsabilidad del acusado no consiguen su demostración directa o indirecta al valorar el cuadro conjunto de pruebas, se impone constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor del inculcado, el cual a la postre, también se encuentra reconocido en la normativa internacional como pilar esencial del debido proceso y de las garantías judiciales.”<sup>9</sup>*

Para esta Corporación, lejos de evidenciarse lo manifestado por el ente acusador, relativo a que de la prueba demuestra que EGIDIO ALBERTO VARELAS ADARVE es autor material de la conducta punible relativa al tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, se encuentra una palpable duda razonable respecto al ánimo de traficar las sustancias estupefacientes que portaba; ello a la luz de los principios, tratados internacionales y normas legales y supra legales, conlleva a que impere en esta actuación la presunción de inocencia que consagra el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal que dispone:

*"PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E IN DUBIO PRO REO. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.*

*En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.*

*En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.*

*Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda”.*

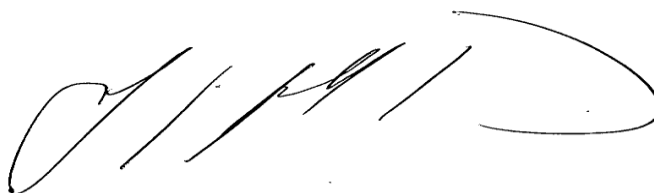
Con estas anotaciones se debe concluir que existe en este momento procesal dudas insalvables sobre la posible responsabilidad del acusado EGIDIO ALBERTO VARELAS

<sup>9</sup>. Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M.P. María del Rosario González de Lemos. Rad. 28432

ADARVE en el delito que se le atribuye, las que se deben resolver a su favor, en atención al principio universal de *in dubio pro reo*, por lo cual, al no haberse desvirtuado su presunción de inocencia, se deberá revocar la sentencia condenatoria apelada por la defensa.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, por mandato constitucional, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: REVOCAR** el fallo de naturaleza y origen relacionados en la parte motiva, por el cual se condenó a **EGIDIO ALBERTO VARELAS ADARVE**, por la conducta punible de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**, en su lugar, se **ABSUELVE** de los cargos formulados en el escrito de acusación. Decisión aprobada por la Sala y leída en audiencia celebrada para tal efecto, en sesión de la fecha, según consta en el acta respectiva. Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA**  
**Magistrado Ponente**



**SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA**  
**Magistrado**



**OSCAR BUSTAMANTE HERNANDEZ**  
**Magistrado (aclaro voto)**

RADICADO: 2018-08284  
PROCESADO: EGIDIO ALBERTO VARELAS ADARVE  
DELITOS: TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES  
ORIGEN: JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE GIRARDOTA  
DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE  
MAGISTRADO P.: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



## ACLARACIÓN DE VOTO

Medellín, dos (02) de noviembre de 2022

Estoy de acuerdo con la ponencia, la ausencia de gestión probatoria para estructurar el elemento subjetivo de tipo es evidente. De todas maneras con el ánimo de seguir la discusión en orden a lograr el justo medio entre los intereses de la sociedad y los consumidores de estupefacientes, es preciso concretar la exigente de responsabilidad penal que trae el acto legislativo 02 de 2009, igual para que estas interpretaciones que tienen un hondo sentido humanista, no se tornen en un factor criminógeno. Si se observa con detenimiento esta una situación excepcional y se relaciona solamente con el consumidor de estupefacientes y en la idea que este no sea considerado como un delincuente. Considero que la actividad investigativa debe concentrarse en dos frentes, el uno el objetivo en orden a establecer las circunstancias externas de la manera como se incautó el material estupefaciente, al igual que la verificación de la naturaleza misma del alijo. El otro frente se orienta a la persona del retenido en la idea de establecer si es consumidor o no y, en el caso positivo, si hay alguna relación de finalidad entre el material incautado y su adicción. Si el indiciado no es consumidor y lleva consigo el estupefaciente, comete la conducta punible, si a pesar de ser consumidor el estupefaciente no lo llevaba para su consumo personal, también se estructura el ilícito. Sostengo que en cualquiera de estas hipótesis existe delito. En otras palabras, si se lleva estupefaciente, a sabiendas que es delito y no hay finalidad de consumo, se da la conducta punible.

Para confirmar o descartar ese elemento subjetivo del tipo hay actividades deseadas como el análisis concreto de la cantidad de estupefaciente, la manera como estaba embalada, el valor en el mercado del mismo, la situación económica del infractor para establecer si tenía la capacidad real de adquirirla, la salud mental y física de esta persona aprendida, entre otras actividades. Es decir, el ente investigador no se puede quedar simplemente en la incautación del estupefaciente, juzgar con solo ello es aplicar responsabilidad objetiva, se le exige mayor diligencia en la idea de completar el otro elemento estructural del tipo penal.

Por lo anterior no es admisible el modo de actuar del ente acusador en este caso en relación con lo dicho por la asistente de la Fiscalía, esa prueba de referencia es inaceptable. El ente acusador tendría que activar para estos casos un protocolo urgente en orden a completar los elementos de la conducta punible.

Sin otro particular,



**OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ**  
**MAGISTRADO**

RADICADO: 2018-08284  
PROCESADO: EGIDIO ALBERTO VARELAS ADARVE  
DELITOS: TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES  
ORIGEN: JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE GIRARDOTA  
DECISIÓN: REVOCA Y ABSUELVE  
MAGISTRADO P.: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA