



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, miércoles, catorce de junio de dos mil veintitrés

Aprobado mediante acta número 0079 del siete de junio de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
Ricardo De La Pava Marulanda

Por apelación interpuesta y sustentada por la Fiscal 229 Seccional y el defensor, conoce en segunda instancia esta Corporación la providencia proferida el 16 de septiembre de 2022 por el Juez Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Envigado, mediante la cual negó la preclusión de la investigación solicitada por la Fiscalía a favor del procesado HERNÁN DARÍO MACHADO PINO, vinculado por el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES.

1. ANTECEDENTES

Los hechos que dieron origen a la presente investigación fueron narrados así en el escrito de acusación:

"El día 23 de marzo de 2022 siendo las 14:30 horas, en la carrera 48 con calle 39 sur del barrio Alcalá del municipio de Envigado, el señor HERNÁN DARÍO MACHADO PINO fue sorprendido y aprehendido por funcionarios de la policía nacional en momentos en que llevaba consigo un bolso de color fucsia que contenía una sustancia estupefaciente dispuesta en tres bolsas transparentes, herméticas, que arrojó un peso neto de 1329.5 gramos de marihuana (cannabis).

El señor HERNÁN DARÍO MACHADO PINO conocía que llevaba consigo sustancia estupefaciente en una alta cantidad, dispuesta en varias bolsas y no contaba con permiso de autoridad legal para portar dicha sustancia, que la misma excedía los límites de la dosis personal y de aprovisionamiento de que trata la Ley 30 de 1986 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y quiso hacerlo, afectado con ello la salud pública, sin que existe alguna causal que justifique su actuar".

En diligencias preliminares realizadas el 24 de marzo de 2022 ante la Juez Segunda Penal Municipal con funciones de control de garantías de Envigado, luego de declararse la legalidad del procedimiento de captura, la Fiscal 21 Seccional de ese municipio le formuló imputación al señor HERNÁN DARÍO MACHADO PINO por la autoría del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad "llevar consigo con fines de distribución", cargo que no fue aceptado por el imputado. En la

misma diligencia la Fiscalía se la impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad es establecimiento carcelario.

El escrito de acusación fue radicado el 05 de mayo siguiente y el 16 de septiembre pasado se instaló la audiencia de formulación oral ante el Juzgado Penal del Circuito de Envigado, oportunidad en la cual la delegada de la Fiscalía informó que deseaba variar su pretensión inicial solicitando en su lugar la preclusión de la investigación con base en la causal 4ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, para lo cual adujo, luego de hacer un recuento de los hechos, que aunque de manera inicial se podría pensar que el procesado estaría incurso en la comisión de la conducta delictiva tipificada en el artículo 376 del código penal, se tiene que de conformidad con la línea jurisprudencial que se ha desarrollado a partir de la sentencia 41760 de 2016, se exige que en eventos como el presente se verifique un elemento subjetivo especial como lo es la finalidad de tráfico o distribución de la sustancia estupefaciente.

Entonces, partiendo del informe de policía se ha establecido que el señor HERNÁN DARÍO en este caso llevaba consigo la sustancia empacada en tres bolsas dentro de un maletín y no se deja ninguna observación por parte de los uniformados de que este ciudadano hubiese sido visto ofreciendo la sustancia o buscando distribuirla a cualquier título, por lo que concluye entonces que conforme a las exigencias de la línea jurisprudencial se tiene que en este caso la cantidad de alucinógenos que le ha sido incautada no es un factor determinante de la tipicidad de esta conducta frente a la modalidad de llevar consigo, es una información

importante, como lo señala la misma Corte Suprema de Justicia, en punto de poderse correlacionar con otros aspectos verificables por parte de la Fiscalía, sin embargo en este caso no existen otros elementos que puedan indicar la intención de este ciudadano de distribuir o traficar con esta sustancia.

Adicionalmente, se tiene que esta carga le corresponde a la Fiscalía y como lo he indicado, no se cuenta con elementos de los cuales se derive este ingrediente subjetivo especial para determinar que en este caso en el que hemos imputado la conducta en la modalidad de llevar consigo se pueda inferir entonces que el ciudadano estuviera realizando un comportamiento típico frente a la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Adicionalmente, en estos casos la Corte también ha señalado que desde C-574 de 2011, que en estos casos de consumidores de sustancias estupefacientes estas personas deben ser destinatarias de medidas administrativas de orden pedagógico, terapéutico o profiláctico y no de sanciones jurídicas penales como sería la consecuencia natural de este proceso penal. La Fiscalía por tanto, considera que en este caso no es posible hablar de una conducta típica frente a un delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en cabeza del señor HERNÁN DARÍO MACHADO PINO y es por ello, junto con los elementos que han sido remitidos al despacho que se solicita la preclusión de la investigación que se viene investigando con efectos de cosa juzgada.

Por su parte, el defensor coadyuvó la petición elevada por la representante del ente acusador, agregando a su argumentación los tópicos tratados en la sentencia SP51627 del 29 de abril de 2020.

2. LA DECISIÓN IMPUGNADA

El a quo negó la preclusión de la investigación solicitada por la Fiscalía argumentando que de conformidad con lo señalado en la sentencia 51204 de 2019 sobre la demostración del elemento subjetivo en el porte de estupefacientes, a la luz de los medios de conocimiento que trasladó la delegada de la Fiscalía se tiene que el procesado fue vinculado al proceso penal luego de una captura en flagrancia que se hiciera el 23 de marzo de 2022, oportunidad en la que se le endilgó el punible de llevar consigo con fines de distribución, imponiéndosele medida de aseguramiento en centro de reclusión, y que a la fecha se cuenta con los mismos elementos materiales probatorios que permitieron la imputación ya que no se ha recolectado nada nuevo con posterioridad a la audiencia preliminar que determine que el escrito de acusación no se justifica con la realidad.

En ese sentido, considera el juzgador que los medios de conocimiento aportados resultan insuficientes para decretar la preclusión por las siguientes razones:

Aunque no ignora que de manera reiterativa se precluyen investigaciones aun cuando la cantidad de estupefaciente

incautado supera la dosis personal, pero surge evidente que la Fiscalía no tiene ningún soporte probatorio que permita concluir que el propósito es la distribución, o cuando hay elementos materiales de prueba que sustentan el consumo del capturado. Sin embargo, en este evento no hay ningún medio de conocimiento que permita llegar a esa conclusión, pues mínimamente se requiere del señor HERNÁN DARÍO MACHADO PINO una demostración en ese sentido, es decir, que la dosis hallada era para su propio consumo.

Y para probarse la finalidad o destinación de la sustancia, la jurisprudencia ha hecho mención a algunas situaciones, por ejemplo, la presentación de la droga o si se incauta dinero, y frente a lo primero resaltó que, pese a que la cantidad por sí sola no es suficiente para negar la preclusión de la investigación, sí llama la atención de la judicatura que no es poca la cantidad que se le halló al procesado ya que los 1329.5 gramos de marihuana excede en una cuantía grande lo permitido por el legislador y desdibuja la tesis de una dosis de aprovisionamiento, aunado a que este ciudadano cuenta con antecedentes penales por el mismo delito, pues tiene una sentencia condenatoria proferida el 03 de septiembre de 2019 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Urrao, Antioquia, decisión a partir de la cual se concluye que no es la primera vez que HERNÁN DARÍO tiene un asunto con la justicia penal relacionado con el tema de estupefacientes, y que en esa oportunidad no se demostró ninguna causal de exoneración o excepción que le permitían a la judicatura precluir la actuación.

Como tercer punto expresó el sentenciador de primera instancia que de conformidad con el formato de verificación

de arraigo, este ciudadano tiene 40 años de edad, parece que era electricista pero no trabajaba, lo que quiere decir que no tenía ningún ingreso económico que permita justificar la compra o tenencia de esa sustancia estupefaciente en la cantidad que fue certificada por los funcionarios de la Fiscalía, situación que puede llevar al indicio de que ese alucinógeno se portaba con una finalidad de carácter irregular e ilícito, probablemente relacionado con la distribución del mismo, tesis que inclusive fue la expuesta por el delegado Fiscal en el momento de la solicitud de la medida de aseguramiento respecto a una probable vinculación del procesado con una organización criminal dedicado a este tipo de menesteres.

Aseveró el a quo que el verbo rector de “llevar consigo” no ha desaparecido del código penal, por lo que no se puede llegarse al extremo de significar que todas las capturas con estupefacientes, cuando no se muestra un acto de enajenación, venta o distribución, deben quedar inanes frente al derecho penal. Lo que entiende es que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia lleva a pensar que se deben analizar factores probatorios o indicios que determinen si en cada caso concreto se presenta o no la conducta delictiva, análisis que en el sub judice se traduce en que: (i) no hay ningún elemento material probatorio nuevo o adicional que haga pensar en un autoconsumo del procesado a través de una dosis de aprovisionamiento; (ii) no es la primera vez que HERNÁN DARÍO tiene contacto con sustancias estupefacientes, inclusive ha sido condenado en el pasado por este tipo penal, por lo que parece que no es ajeno a esta clase de comportamientos; y (iii) la cantidad de sustancia estupefaciente no es ligeramente superior a la permitida sino que es bastante considerable.

Finalmente, sobre los actos de investigación adicionales que podría adelantar la Fiscalía, apuntó que debe auscultarse si en el barrio donde fue capturado el procesado es común el consumo de sustancia estupefacientes, consultar qué hacía en ese lugar a esa hora cuando su domicilio es en el barrio Calatrava del municipio de Itagüí, entonces tendría el ente acusador determinar cuál era su propósito de estar allí, todo ello para construir indicios a favor o en contra de MACHADO PINO, pero debe llegarse a ello. Reiteró que no se tiene una información cierta, real y exacta que permita entender que hay una explicación plausible para que HERNÁN DARÍO portara la sustancia estupefaciente, por lo que no se puede desligar de esa cadena que en la distribución de sustancia estupefaciente tiene el que la transporta de un lugar a otro.

3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO

La Fiscal 229 Seccional cuestiona la decisión del juzgador de primera instancia argumentando que si bien son los mismos elementos que motivaron al Fiscal de URI para la formulación de imputación y la solicitud de la medida de aseguramiento, lo cierto es que con fundamento precisamente en ellos se puede inferir que el señor HERNÁN DARÍO llevaba consigo 1329.5 gramos de marihuana, pudiéndose conocer por parte de los uniformados que realizan el informe en casos de captura en flagrancia, que este ciudadano se desplazaba por el barrio Alcalá del municipio de Envigado con un bolso que contenía esta sustancia, sin que se haya dejado constancia dentro del mismo informe de haber

observado al señor MACHADO PINO realizando alguna conducta distinta a la de estarse movilizándolo con la sustancia incautada.

Concluye la censora que es posible afirmar que no hay ningún elemento para demostrar que la modalidad bajo la cual se le pudo imputar la conducta al imputado fuera una distinta a la de "llevar consigo", y que no es dable hablar de un tráfico o distribución de la sustancia por el solo hecho de que este ciudadano tuviera un antecedente de condena, como lo ha señalado el a quo, sentencia condenatoria que tuvo su génesis en un municipio diferente a Envigado y a Itagüí, siendo éste último donde reside MACHADO PINO. Recordó que el derecho penal es de acto y no de autor, por lo que a las personas no se les puede juzgar por su personalidad anterior, sino que debe ser por el comportamiento que le es imputado en el caso concreto.

Sostuvo que, si bien se trata de una alta cantidad, no existen elementos para predicar que se iba a realizar una venta o distribución de la sustancia, a cualquier título, por lo que estima que es una dosis de aprovisionamiento del ciudadano, y que el hecho de que su oficio sea electricista no significa que no pueda, de manera lícita, tener el dinero suficiente para adquirir el alucinógeno en una cantidad que para él en ese momento era suficiente para aprovisionarse en su consumo personal.

Asimismo, manifestó que el determinar que existen bandas o sitios de expedición de estupefacientes en el lugar donde vive el procesado, o por el lugar por donde él transitaba, no permitiría acreditar que esta persona, en ese momento específico,

se estaba dedicando a esta actividad ilícita, pues de ser así estaríamos volviendo a hablar del derecho penal de autor y no de acto y llevaría a sostener que por el hecho de vivir en un sector en donde hay una "plaza" ya se estaría tratando al ciudadano como un expendedor de estupefacientes y ni siquiera como un consumidor.

Reiteró que la solicitud de preclusión está fundamentada en la línea jurisprudencial que la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado desde la sentencia N° 41760 de 2016 donde se establece claramente la exigencia a la Fiscalía de demostrar que en el hecho concreto se tienen los elementos suficientes para concluir que el procesado tenía la intención de distribuir o traficar con la sustancia que portaba.

Finiquitó afirmando que no existe insuficiencia de material probatorio para sustentar la atipicidad del comportamiento desde el punto de vista subjetivo y, en cambio, es suficiente con lo que se ha podido demostrar desde la captura en flagrancia que no hay evidencia de la cual se derive que ese día el señor HERNÁN DARÍO MACHADO PINO estaba ejecutando una conducta delictiva, por lo que solicita que se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se proceda a la preclusión de la investigación.

El señor defensor, también como recurrente, sustentó su inconformidad aduciendo que de acuerdo con el artículo 7 del código de procedimiento penal, no es posible trasladar la carga probatoria que tiene la Fiscalía de demostrar la finalidad con la que se portaba la sustancia estupefaciente a la defensa, es decir, el señor MACHADO PINO no tiene que aportar elementos materiales

probatorios para probar su calidad de consumidor, y la delegada del ente acusador ya informó que no tiene medios de conocimiento respecto a lo que le corresponde.

Por otra parte, el 23 de marzo de 2022, cuando su prohijado fue capturado en vía pública, a pesar de que se le hizo una requisa, los policiales no dejaron plasmado nada en los informes respecto a sumas de dinero injustificada, ni la tenencia de elementos utilizados para el pesaje de la sustancia o para la individualización del estupefaciente para poder ser comercializado. Adicionalmente, sobre el antecedente penal resaltado por el a quo, anotó el censor que estaríamos entrando en el campo de la especulación pues no se tiene certeza si el procesado continua con esa actividad ilegal y mucho menos cómo se dieron los hechos en ese otro proceso donde fue condenado por tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Y frente a la cantidad incautada, aseguró que se está desconociendo que a partir del año 2019 la Corte Suprema de Justicia estableció que la cantidad por sí sola no determina la estructuración del injusto, sino que se deben evaluar otros aspectos, y que en este evento no existen elementos adicionales que se puedan analizar porque en la captura no le fue incautado a su poderdante nada diferente al estupefaciente.

4. CONSIDERACIONES

De conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente este Tribunal para conocer

por vía de apelación la providencia proferida por el Juez Primero Penal del Circuito de Envigado relacionada con la negativa de decretar la preclusión de la investigación solicitada por la Fiscalía. El examen se contraerá exclusivamente a los temas planteados en la impugnación dada la naturaleza rogada de la segunda instancia.

Sin embargo, en el sub judice se rechazará el recurso de apelación interpuesto por el señor defensor contra la decisión de primera instancia de negar la preclusión solicitada por la Fiscalía por cuanto el abogado carece de legitimidad para interponer la alzada ya que, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, su intervención en las fases previas al juicio oral, cuando de postular la preclusión se trata, es accesorio a la de la Fiscalía, lo que significa que la postulación o sustentación de los recursos contra la providencia que dispone o no la preclusión debe tener origen en la parte habilitada para incoar esa petición.

Al respecto se ha pronunciado la Alta Corporación:

"La Sala ha tenido oportunidad de precisar que la parte llamada a impugnar la negativa del juez a declarar la preclusión es la misma que se encuentra habilitada para hacer la petición, esto es, la Fiscalía. En ese contexto, los demás intervinientes deben estarse a los argumentos de aquella para, luego, actuar como no recurrentes, ya coadyuvando, ya oponiéndose a las pretensiones del ente acusador, en tanto en las fases de indagación e investigación la ley confirió exclusivamente a este la potestad de postular ese tipo de decisiones; de tal forma que de permitir impugnaciones a una parte diferente comportaría que se facultase a un

interviniente diverso para realizar tales peticiones en contra del mandato legal".¹

Ahora, frente al tema objeto de estudio, tenemos que la preclusión de la investigación es una institución del derecho procesal penal que permite la terminación de la actuación sin darle curso a todas las etapas procesales por la ausencia de mérito para sostener la acusación. Se traduce en la adopción de una decisión definitiva por parte del juez de conocimiento y su consecuencia es la cesación de la persecución penal que se sigue contra el imputado en relación con los hechos de que trata la investigación. Dicha decisión, una vez en firme, tiene la fuerza de cosa juzgada.

La Ley 906 de 2004 consagra dos oportunidades en que puede presentarse la solicitud de preclusión: la primera durante la investigación (incluye la fase preliminar), hasta antes de que el Fiscal presente el escrito de acusación con fundamento en cualquiera de las 7 causales consagradas en el artículo 332 ibídem. En este evento solo el Fiscal está legitimado para formular la petición ante el Juez de conocimiento. La segunda oportunidad se presenta en el juzgamiento, con fundamento exclusivamente en las causales 1ª (imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal) y 3ª (inexistencia del hecho investigado) del precepto citado, ocasión en la que están legitimados, además del Fiscal, el Ministerio Público y la defensa. En el caso examinado estamos frente a la primera oportunidad para deprecar la preclusión en tanto la Fiscalía no ha formulado aún la acusación.

¹ Corte Suprema de Justicia, autos del 1º y 15 de julio de 2009, 15 de febrero y 27 de julio de 2010, radicados 31.763, 31.780, 31.767 y 34.043, respectivamente.

Dentro de este marco legal, examinaremos los argumentos ofrecidos por la censura en el asunto sometido a estudio de la Sala, el cual versa exclusivamente sobre la real configuración de la atipicidad de la conducta desplegada por el señor HERNÁN DARÍO MACHADO PINO, pues a juicio de la delegada de la Fiscalía, en este evento se cumplen a cabalidad todas las exigencias jurisprudenciales requeridas para encontrar cumplida la causal 4ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, al no existir prueba de que el estupefaciente incautado estaba destinado para un fin diferente al propio consumo y encontrarse agotadas todas las posibles líneas investigativas en el presente evento.

Pues bien, respecto al tema objeto de debate, esto es, la antijuridicidad de la conducta en los delitos de peligro abstracto, específicamente en el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, tenemos que en teoría, quien lleva consigo cantidades ligeramente superiores a la dosis legal consagrada en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986 (20 gramos de marihuana y 1 de cocaína o sustancia a base de cocaína, entre otros), destinadas a su propio consumo, no incurre en conducta punible porque *“antes que producir 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.”* (Radicado 31531 de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente doctor YESID RAMÍREZ BASTIDAS).

Desde esta óptica tiene razón la Fiscalía en su planteamiento teórico pues la jurisprudencia así ha razonado en los últimos tiempos, conservando una línea uniforme de pensamiento en esta materia. Pero también ha sostenido que la conclusión anterior no puede constituir una generalidad *per se*, sino que debe someterse en cada caso concreto a la respectiva valoración de manera singular.

Es así como la jurisprudencia en distintos pronunciamientos había referido, para conducir el asunto por la falta de antijuridicidad material respecto al delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, que el porte de cantidades ligeramente superiores a la dosis personal definida en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, debían ser mínimas, insignificantes e irrelevantes.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia varió el criterio que tenía respecto al porte de estupefacientes en la modalidad de llevar consigo, flexibilizando su posición inicial y determinando que el examen de cada caso necesariamente debe partir no solo de la cantidad de ilícita sustancia que lleve el adicto², pues si (i) la misma es insignificanamente superior a la dosis legal la conducta es típica pero carente de antijuridicidad material; (ii) si la cantidad de estupefaciente supera de manera significativa, pero no desmedida, la dosis personal, la antijuridicidad se basará en una presunción legal, y ya no de derecho, por lo que las partes podrán desvirtuarla demostrando que tal cantidad es para el exclusivo consumo personal; y (iii) si lo portado desborda de manera

² Este elemento no es el único definitorio de la antijuridicidad, sino solo uno más de los que habrán de valorarse a fin de determinar la ilicitud del porte.

desmesurada la dosis personal la conducta es típica y, además, antijurídica³.

En efecto, en sentencia SP 2940-2016, radicado N° 41760 del 09 de marzo de 2016, Magistrado Ponente Doctor EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, la Alta Corporación retomó la discusión planteando lo siguiente:

"...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...."

"Si la cantidad de dosis personal puede constituir ilícito cuando no está destinada para el uso personal, mutatis mutandi cuando es palpable esa finalidad no debe entenderse comprendida dentro de la descripción del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes sin que dependa de la cantidad de droga que les sea hallada..." (Negrillas de la Sala).

Como se puede apreciar, se trata de una nueva perspectiva jurisprudencial que involucra en la discusión el tema de la finalidad con la cual es portada la sustancia estupefaciente por parte de la persona que es sorprendida en posesión de la misma, la que debe examinarse en sede de tipicidad como ingrediente subjetivo, de tal suerte que si ese propósito apunta al consumo, sin

³ Sentencia 42617 del 12 de noviembre de 2014, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

importar la cantidad, estaremos frente a una conducta atípica. Claro está que no estaríamos hablando de cantidades desproporcionadas y exageradas que superen, racionalmente, las necesidades de consumo de la persona adicta.

Pero la Corte fue más allá en el precedente analizado, en cuanto a la presunción legal que contiene el artículo 376 del Código Penal, modificado por el 11 de la Ley 1453 de 2011, al asignarle a la Fiscalía la carga de la prueba en punto de la demostración de la finalidad del porte de la sustancia, diferente al propio consumo de quien la lleva consigo. Textualmente dijo:

"En ese Acto Legislativo, como ya se reseñó, se distingue al consumidor y la conducta del delincuente que fabrica, trafica y distribuye las drogas ilícitas, garantizando a los primeros la protección del derecho a la salud pública.

Al reglamentar el consumo, la adicción o la situación del enfermo dependiente y establecer que su conducta ha de entenderse como un problema de salud y que únicamente admite como medidas de control por parte del Estado tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, se está partiendo del supuesto que tales personas están autorizadas a portar y consumir una cantidad de droga, sin que esa acción y porción corresponda a la descripción típica del artículo 376 del C.P.

De ahí que tratándose de consumidores o adictos que porten o lleven consigo sustancias con esa específica finalidad no pueden ser judicializados por la justicia penal y su proceder es de competencia de las autoridades administrativas de la salud en el orden nacional, departamental o municipal.

En otras palabras, como el querer del constituyente fue no penalizar la dosis personal, desde allí se autoriza o permite el porte de droga destinada para el consumo.

Por tanto, la dosis personal que genera atipicidad de la conducta por la circunstancia de cantidad no es solamente la que determina el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, como hasta ahora se ha venido entendiendo por la jurisprudencia, sino también la que se demuestre en el proceso en un monto superior a esa regulación pero siempre que sea necesaria para el consumo del sujeto que está siendo procesado, dada su situación personal en el caso concreto, pues la presunción establecida por el legislador acerca de lo que se debe entender por dosis personal es legal y admite prueba en contrario.

Entonces, la atipicidad de la conducta para los consumidores o adictos dependerá de la finalidad cierta (no supuesta o fingida) 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 e 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”.

De lo anterior infiere la Sala que las circunstancias modales, así como la cantidad de estupefaciente materia de incautación debe examinarse en cada caso concreto, sin sujeción a las cantidades señaladas por la Ley 30 de 1986, siendo carga de la Fiscalía probar que lo incautado no es para el consumo de quien lo lleva consigo, es decir, que tiene una finalidad diferente.

Es así como la Sala, luego de hacer las precisiones que anteceden sobre la normatividad y el actual criterio jurisprudencial sobre el porte de estupefacientes, entrará a estudiar la solicitud de preclusión elevada por la representante de la Fiscalía bajo la causal 4ª del artículo 332 del código de procedimiento penal - atipicidad del hecho investigado -, al argumentar que ninguna prueba existe de que dicho estupefaciente fuera a ser distribuido a cualquier título, y en cambio los medios de conocimiento colectados si llevan a inferir que la marihuana incautada corresponde a una dosis de aprovisionamiento.

En este evento, la tesis planteada por la señora Fiscal encuadra con lo dispuesto en las sólidas líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, pues más allá de que en este evento no se hubiera demostrado la calidad de adicto del señor MACHADO PINO, con los medios de conocimiento allegados al proceso tampoco es posible concluir que la sustancia incautada al referido ciudadano estaba destinada a un fin diferente a su consumo personal.

Y es que con los elementos materiales probatorios colectados y derivados del hecho por el cual fue capturado el señor HERNÁN DARÍO MACHADO PINO el 23 de marzo de 2022, no se puede establecer que éste tenía el estupefaciente en su poder con el propósito de traficarlo en cualquiera de sus modalidades, siendo obligación de la Fiscalía constituir dicha prueba para demostrar la real lesividad, pues, como quedó fijado en las citas jurisprudenciales, dicha revelación resulta necesaria en aras de identificar con claridad la carga de intencionalidad y el sentido de la

conducta, ya que quedaron proscritos los planteamientos de antijuridicidad objetiva en este tipo de delitos de peligro abstracto.

Y aunque es cierto que en el acta de las audiencias preliminares aparece consignado que la conducta delictiva fue imputada bajo el verbo rector "*llevar consigo y con fines de distribución*", también debe resaltarse que en el escrito de acusación la delegada Fiscal no hizo alusión a ninguna de las eventualidades enlistadas en el artículo 376 del código penal, modificación a la calificación jurídica que es válidamente procedente en esa etapa procesal en atención al análisis reposado que sobre el comportamiento punible hace el representante del ente acusador que asume el conocimiento de la actuación.

No puede obviarse que es la misma representante del ente acusador quien pretende desistir de su pretensión punitiva al aducir que no tiene ningún indicio de que dicho estupefaciente iba a ser distribuido a cualquier título, argumento expuesto bajo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicación N° 44997 de 2017.

"De esa manera, en relación con el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el recurso a los elementos subjetivos diferentes del dolo, tiene el propósito de efectuar una restricción teleológica del tipo penal, pues no obstante que el contenido objetivo del verbo rector llevar consigo remite a la realización de la conducta penalmente relevante con el solo acto de portar las sustancias estupefacientes, psicotrópicas o drogas sintéticas, el desarrollo jurisprudencial atrás relacionado ha reducido el contenido del injusto a la

demostración del ánimo por parte del portador de destinarla a su distribución o comercio, como fin o telos de la norma.

Ahora bien, ese ánimo ulterior asociado con el destino de las sustancias que se llevan consigo, distinto al consumo personal, puede ser demostrado a partir de la misma información objetiva recogida en el proceso penal. Por eso, si bien es cierto que el peso de la sustancia por sí solo no es un factor que determina la tipicidad de la conducta, sí puede ser relevante, junto con otros datos demostrados en el juicio (p. ej., instrumentos o materiales para la elaboración, pesaje, empaçado o distribución; existencia de cantidades de dinero injustificadas; etc.), para inferir de manera razonable el propósito que alentaba al portador.”

Por último, importa reiterar que la demostración de los hechos o circunstancias atinentes al ánimo del porte de los estupefacientes, como componentes de los ingredientes subjetivos relativos al tráfico o distribución de las sustancias, incumbe siempre al acusador, quien tiene la carga de probar toda la estructura de la conducta punible.” (Negrillas fuera del texto original)

Y respecto al análisis de la información objetiva que reposa en el proceso a fin de verificar los elementos subjetivos diferentes al dolo, tenemos que en este evento, tal y como adujo la defensa, no se le halló al señor MACHADO PINO dinero cuya procedencia pudiera inferirse que se deriva de la venta de la sustancia incautada, la forma en la que se encontraba empaçado el estupefaciente tampoco es indicativa de una intención encaminada a su comercialización, no se hallaron materiales o elementos usados para fraccionar o envolver individualmente la droga como pesas o papel especial para ello, y a lo anterior hay que adicionarle el hecho

de que los agentes de policía que llevaron a cabo el procedimiento de captura en flagrancia nada dijeron respecto a que hubiesen observado al procesado en función de venta del alucinógeno que portaba, pues ninguna información fue registrada en los informes que diligenciaron, documentos que gozan del principio de veracidad al ser suscritos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones.

Además, tampoco le asiste razón a la judicatura de primera instancia cuando pretende que, con el fin de proceder con la preclusión de la investigación, la defensa asuma la carga de probar la calidad de consumidor del acusado y que la sustancia incautada estaba destinada a su propio consumo, pues como indicó la Corte Suprema en el radicado 44997 ya mencionado:

*"En primer lugar, advierte la Sala que el Tribunal en franca contradicción con los incisos segundo y tercero del artículo 7º de la Ley 906 de 2004, y del artículo 29 de la Constitución Política, **trasladó el imperativo de demostrar la ausencia de su responsabilidad penal al acusado R.M., asumiendo la equivocada postura de invertir la carga de la prueba como consecuencia de la presunción de antijuridicidad presunta en el delito de llevar consigo estupefacientes.**"* (Negrillas propias de la Sala).

En este orden de ideas, la situación planteada en el caso objeto de estudio encaja en las hipótesis fijadas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia citada en acápites anteriores, pues en efecto se observan agotadas las posibles líneas investigativas que se pueden desprender del caso sometido a estudio por lo que se estructura la atipicidad del hecho investigado

en atención a la antijuridicidad material de la conducta ante la ausencia de prueba que lleve a la certeza de que dicho estupefaciente fuera a ser distribuido a cualquier título, por lo que se revocará la decisión del Juez Primero Penal del Circuito de Envigado para darle paso a la preclusión de la investigación solicitada a favor del señor HERNÁN DARÍO MACHADO PINO con fundamento en el numeral 4º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto por el señor defensor en atención a su falta de legitimidad.

SEGUNDO: REVOCAR la providencia de naturaleza y origen conocidos y en su lugar **DECRETAR LA PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PENAL** que se sigue en esta carpeta en contra del señor HERNÁN DARÍO MACHADO PINO por el delito TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, dada la efectiva configuración de la causal 4º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004

TERCERO: ORDENAR la libertad inmediata e incondicional del señor HERNÁN DARÍO MACHADO PINO, siempre y cuando no sea requerido por otra autoridad competente.

CUARTO: Contra el numeral primero de esta decisión procede el recurso de reposición, de conformidad con el artículo 176 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado

(En permiso)

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ

Magistrado



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado