



SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 360 60 99 057 2018 07331
Acusados	María Isabel Hincapié Valencia Eduardo Muñoz Toro
Delito	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. (Art. 376 inciso 2° C.P.)
Juzgado <i>a quo</i>	Segundo (2°) Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Itagüí, Antioquia.
Hechos	Agosto 31 de 2018; Hora: 13:15; sector de La Chispa, municipio de La Estrella, Antioquia.
Asunto	Apelación de sentencia proferida en desarrollo de juicio oral.
Consecutivo	SAP-S-2023-13
Aprobado por Acta	Nº48 de 27 de febrero 2023
Audiencia de exposición	Lunes, 27 de febrero de 2023; Hora: 1:50 pm
Decisión	Se revoca sentencia de condena. Se absuelve a los acusados. Se ordena libertad inmediata y se cancelan órdenes de captura.
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO

Medellín, Antioquia, febrero veintisiete (27) de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

Se dicta sentencia de segunda instancia en el proceso del rubro.

2. IDENTIFICACIÓN DE LOS ACUSADOS

2.1 Es la ciudadana MARÍA ISABEL HINCAPIÉ VALENCIA, de mayoría, identificada con la cédula de ciudadanía N° 1'000.292.115 de La Estrella, Antioquia, nacida el 18 febrero 1998 en Medellín, Antioquia, hijo de ANA y JORGE, reside en la calle 74 Sur N° 62-A, Barrio La Ferrería, municipio de La estrella, Antioquia, sin ocupación conocida, residente en la diagonal 32-B 32-A Sur 10 del barrio La Magnolia del municipio de Envigado, Antioquia, teléfonos 611 77 41 y 304 394 19 44, en libertad, se libró orden de captura el 04 de noviembre de 2021.

2.2 Es el ciudadano EDUARDO MUÑOZ TORO, de mayoría, identificado con la cédula de ciudadanía N° 1'040.751.924 de la Estrella, Antioquia, nacido el 30 enero 1996 en Concordia, Antioquia, hijo de GLADYS y ORLANDO, reside en la calle 74

Sur N° 62-A Barrio la Ferrería, municipio de La estrella, Antioquia, teléfono 3207852320, privado de la libertad por otro asunto en la Estación de Policía Los Gómez.

3. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los hechos se concretan según la acusación así:

«Ocurrieron el pasado 31 de agosto de 2018 a las 13:50 horas en el municipio de La Estrella, cuando los señora MARIA ISABEL HINCAPIE VALENCIA y EDUARDO MUÑOZ TORO, fueron abordados por agentes de policía de vigilancia, quienes observaron que la pareja, la cual venía cogida de gancho, portaban una (1) bolsa plástica negra entre los dos y que los mismos se tornaron nerviosos ante la presencia de los agentes en el sitio, razón por la cual le solicitaron una requisita encontrando que la bolsa contenía cuarenta (40) cigarrillos de papel color café que en su interior contenían una sustancia vegetal con características similares a la marihuana, para un total de noventa y cuatro (94) cigarrillos de marihuana; además de veinte (20) bolsitas transparentes las cuales contenían en su interior una sustancia vegetal con características similares a la marihuana, razón por la cual se procedió a la captura de los implicados, pues se avizó por parte de los agentes la comisión de un delito en contra de la Salud Pública. Los hechos ocurrieron en el municipio de La estrella en la carrera 74 Sur con carrera 62 barrio Ferrería.

Realizados los actos urgentes se pudo determinar que la sustancia incautada es positiva para marihuana y que tiene un peso neto de (215,8) gramos.

De igual manera se pudo determinar consultando los libros de población de la estación de policía de la Estrella que los señores EDUARDO MUÑOZ TORO y MARÍA ISABEL HINCAPIÉ VALENCIA, han sido vinculados a varios procedimientos policivos, por tráfico de sustancias estupefacientes, además de ser señalados por la comunidad del sector, como personas que se dedican a la distribución de sustancias estupefacientes»

El 1° de abril de 2018, se formuló imputación en contra de los investigados en la modalidad de coautores por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes Art. 376 inciso 2°, verbo rector «**llevar consigo**».

No se aceptaron cargos.

No se impuso medida de detención alguna.

El 15 de mayo de 2019, se formuló acusación en contra de los implicados en la modalidad de coautores por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes Art. 376 inciso 2°, verbo rector «**llevar consigo sustancia estupefaciente con fines de tráfico, comercialización o suministro, delito que es consagrado en los Arts. 29 y 376 del CP**».

El 13 de octubre de 2020 se realizó audiencia preparatoria.

El juicio oral se llevó a cabo en varias sesiones desde el 8 de marzo de 2021 hasta el 10 de febrero de 2022.

4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

El 10 de febrero de 2022, el juez 2° penal del circuito de Itagüí, Antioquia, condenó a los procesados por el delito por el cual se acusó, así: EDUARDO MUÑOZ TORO a la pena de sesenta y cuatro (64) meses y multa de dos (2) smlmv y a MARÍA ISABEL HINCAPIÉ VALENCIA a la pena de diez punto sesenta y seis (10.66) meses de prisión y multa de cero con treinta y tres (0.33) smlmv.

No concedió sustitutos, ni subrogados penales, por expresa prohibición del Art. 68 A del C.P.

5. RECURSO DE APELACIÓN POR PARTE DEL APODERADO DEL IMPLICADO EDUARDO MUÑOZ TORO

El abogado del implicado, doctor JAIME ANDRÉS CUERVO CRISMATT, solicitó revocar la sentencia de primer grado; y, en su lugar emitir una sentencia en sentido absolutorio, por las siguientes razones:

La Fiscalía llevó como testigo de cargo a los patrulleros de la Policía Nacional, cuyos testimonios son de referencia, porque *«hablaron de unos señalamientos de la comunidad que indicaban que el procesado es un expendedor de estupefacientes, pero frente a esos señalamientos de la comunidad, el testimonio de los 2 testigos en mención se convierte en testimonio de referencia, toda vez que la defensa no tiene oportunidad de confrontar esos señalamientos realizados por la comunidad»*

La práctica probatoria de la fiscalía dentro del juicio oral se determinó a probar que en el sector en el cual fueron capturados los encausados en este proceso, era un lugar en el cual se expendían alucinógenos y que, en efecto, los capturados tenían en su posesión las sustancias objeto de incautación, pero no se evidencia ningún elemento probatorio concreto por parte del ente acusador, tendiente a demostrar el **elemento subjetivo del tipo penal** contenido en el artículo 376 del Código Penal.

No hay prueba que permita inferir al despacho que la finalidad que la conducta del procesado estaba dirigida al *«tráfico o comercialización de estupefacientes»*.

Insiste, la versión de los policías captadores es de referencia: *«los convierten en testigos de referencia frente a una presunción de actividades de tráfico y/o comercialización, puesto que, al no poder corroborar en sede de juicio oral la existencia y veracidad de esos presuntos relatos de la comunidad, nos encontramos entonces frente a un par de patrulleros de policía que capturaron a dos personas que llevaban sustancias estupefacientes, que estaban en un sector de La Chispa, y no, como lo intenta hacer ver la teoría de cargo, ante la captura flagrante de un reconocido expendedor de sustancias estupefacientes»*.

Así pues, se estaría dando validez a unos señalamientos de la comunidad que no fueron llevados al juicio oral, que no fueron objeto de control ni controversia, y que

por lo tanto, al ser la base para presumir que el procesado es un reconocido expendedor de estupefacientes del sector de *La Chispa*, estos señalamientos que se aceptan como válidos vulneran el debido proceso, el derecho a la defensa y la presunción de inocencia del investigado.

En resumen, la primera instancia condenó al procesado, porque era un «reconocido expendedor de estupefacientes», pero «esos llamados de la comunidad no se presentaron dentro del juicio por parte del ente acusador a manera de testimonios por lo que no fueron objeto de contradicción» y «Los testimonios de los policiales se convierten en testimonios de referencia de los llamados de la comunidad frente a las presuntas actividades ilícitas desplegadas por el procesado».

Indicó la juez *a quo* que esta calidad de expendedor del procesado quedó más que demostrada, no solo porque este es uno de los tres (3) procesos que el encausado tiene en su contra en ese mismo despacho judicial por el mismo tipo penal, sino porque los policiales que rindieron su testimonio ya lo reconocían como un expendedor de estupefacientes del sector por los llamados de la comunidad.

En el caso particular, no se debería estar analizando al autor sino al acto. Las referencias que se realizan de las conductas del presunto tráfico de estupefacientes perpetradas por el encausado, no hacen referencia a la conducta descrita en el escrito de acusación, sino a una descripción atemporalmente difusa de indicios, **ya que al momento de la captura, no se pudieron evidenciar actividades propias de tráfico y comercialización de sustancias ilícitas.**

6. RECURSO DE APELACIÓN POR PARTE DEL APODERADO DE LA IMPLICADA MARÍA ISABEL HINCAPIÉ VALENCIA

El abogado de la implicada, doctor JORGE ANDRÉS VILLEGAS OSORIO, solicitó revocar la sentencia de primer grado, y, en su lugar, emitir sentencia absolutoria.

Cuestionó que el despacho de instancia se concentró en indicar que los procesados «transportaban la sustancia y deja de lado realmente la conducta imputada y por la que se acusaron llevar consigo» .

Frente a la finalidad de distribución, se queda en mera afirmación ya que fueron suposiciones de los mismos policiales, fundadas en que varias veces habían identificado al procesado, con sustancia estupefaciente, en el mismo lugar; sin embargo, frente al tópico de si era con **finalidad distribuir en el sector**, se quedaron cortos, ya que se afirma que la comunidad era quien lo señalaba y no se contó con nadie de la comunidad.

Frente a MARÍA ISABEL, realmente nadie la señaló, ni los policiales, ni la comunidad, como aquella persona que tenía finalidad de distribuir sustancia estupefaciente, pues a pesar de haberse visto con el otro procesado MUÑOZ TORO, jamás se le encontró sustancia en otros momentos y **menos se le vio en alguna actividad que pudiese suponer que se dedicaba a distribuir sustancias** en aquel sector de la Estrella.

No pueda darse por probado que la procesada sabía y conocía previamente el contenido de lo que había en la bolsa negra y menos inferir a partir de una mera

especulación que la misma estaba destinada a la distribución y que ella tuviera conocimiento de ello.

En gracia de discusión el que sí podría saber cuál era su destino final era su excompañero sentimental MUÑOZ TORO, aunque la prueba se advierte es de referencia en este tópico, pues el patrullero JOHN FREDY HURTADO CAMPILLO indicó que la comunidad lo reconocía por ser el expendedor; sin embargo, «*nadie de la comunidad compareció al juicio*».

La primera instancia dio una validez probatoria absoluta a los testimonios de la Fiscalía, aun cuando los testigos en conjunto «*dejan duda no de los hechos como se presentaron, pero si sobre realmente de quien era la bolsa negra, y si mi representada sabía y conocía su contenido, además de cuál era su destino final, ya que jamás a ella se le había incautado sustancias y menos se le vio en alguna situación distinta a la de estar con su compañero en algunas ocasiones, en situaciones normales y cotidianas como cualquier pareja*».

Frente a los indicios mencionó el profesional del derecho lo siguiente:

«En efecto, los indicios de oportunidad, el sector donde estaban los procesados, la calidad y cantidad de la sustancia incautada y las circunstancias de la captura, así como la forma de distribución de la misma, el modo como operan en el sector la venta de estupefacientes, las reiteradas capturas, NO permiten inferir como se indicó por el *a quo* que ambos procesados hicieron el 31 de agosto de 2018, parte de un eslabón del micro tráfico y, su función exclusiva en la carrera 74 Sur con carrera 62 del sector *La Chispa* era llevar consigo el cannabis con el propósito inequívoco de distribuirla, jamás se probó dicha finalidad, pues fue un supuesto que se tomó como cierto por la situación de capturas anteriores en el mismo sitio del procesado y lo que supuestamente informaba la comunidad, eso como simplemente información de referencia, ya que no hubo actividades investigativas ni prueba en juicio que así se acreditara.

Todo lo anterior, exige inferir que lo probado en el juicio si puede soportar otra hipótesis alternativa y concuerdan con las conclusiones defensivas mismas que concuerdan con las pruebas practicadas en el juicio, por lo que si alcanza a configurar una razón suficiente, desde el punto de vista epistemológico y jurídico no para demostrar la materialidad de unas conductas sino para cuestionar la responsabilidad de MARÍA ISABEL HINCAPIÉ VALENCIA, entre tanto, se tiene conocimiento más allá de toda duda sobre la real ocurrencia del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y, no así frente a lo trascendental e importante la responsabilidad penal de mi representada.

Lo dicho resulta palpable, que la deducción plasmada por el juzgador no responde a ninguna inferencia lógica explícita, al menos no la dejó conocer, ni a la sana crítica, ni a una regla de experiencia útil para apoyarla, ni a las reglas de apreciación de la prueba testimonial descritas en el art. 404 del C.P.P.».

En el *sub judice*, se debe aplicar el principio del *in dubio pro reo*, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado.

7. ARGUMENTOS DE DECISIÓN DE LA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala dará respuesta a los argumentos de los abogados defensores.

8. PRUEBAS Y FUNDAMENTOS EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

8.1 PRUEBAS RELEVANTES EN ESTE ASUNTO

Aparte de las estipulaciones probatorias sobre calidad y cantidad de droga incautada, plena identidad de los procesados, se debe indicar que se practicaron las siguientes pruebas testimoniales:

YEISON ANDRÉS LEGARDA RÍOS (Investigador criminal de la Fiscalía General de la Nación), bajo la gravedad del juramento manifestó respecto del hallazgo en los **libros de población** encontró que MUÑOZ TORO fue capturado el (i) 01 de mayo de 2018, a las 19:30 horas, con sustancia estupefacientes (ii) el 12 de junio de 2018 también fue capturado con estupefacientes; aseguró que las dos fueron ejecutadas en la calle 74 Sur 62-A, sector de *La Chispa* del municipio de La Estrella, que ocurrieron siempre en el barrio *La Chispa* del municipio de La Estrella.

JOHN FREDY HURTADO CAMPILLO (Patrullero de la Policía Nacional) bajo la gravedad del juramento aseguró que conoció la problemática del sector *La Chispa*, lamentando que **era un lugar de expendió y consumo de estupefacientes**, lo que generaba una manifiesta incomodidad para los habitantes del barrio

CARLOS JOSÉ ESPINILLA VILLALBA (Patrullero de la Policía Nacional) declaró que junto con su compañero observaron a una pareja caminando, «cogidos» de gancho, en la mitad llevaban juntos una bolsa color negro, les solicitaron una requisa, la efectuaron y encontraron en la bolsa negra cuarenta (40) cigarrillos color café, cincuenta y cuatro (54) cigarrillos de papel color blanco, para un total de noventa y cuatro (94) cigarrillos positivos para cannabis y sus derivados y veinte (20) bolsitas trasparente con sustancia similar a la cannabis y sus derivados.

MARÍA ISABEL HINCAPIÉ VALENCIA, tras renunciar a los derechos constitucionales que le asistían, de manera libre, voluntaria y bajo la gravedad del juramento indicó que el 31 de agosto de 2018 fue capturada; recordó que siendo las 13:00 horas salió de la Institución Educativa Censa ubicada en el municipio de Itagüí, se dirigió al municipio de La Estrella y se encontró con su compañero sentimental EDUARDO MUÑOZ TORO, justo en la entrada y salida del sector *La Chispa*, de inmediato se entrelazaron los brazos «*de gancho*» y la policía se les acercó, les solicitó una requisa, encontraron cannabis en la bolsa negra que llevaba MUÑOZ TORO.

8.2 FUNDAMENTOS DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Se dijo por la primera instancia:

«(...) en este evento quedó probado, pues no generó debate alguno en la medida en que el señalamiento por parte de los patrulleros Carlos José Espinilla Villalba y John Fredy Hurtado Campillo, fueron directos y sin dubitación cuando detallaron que observaron como María Isabel Hincapié Valencia y Eduardo Muñoz Toro, estaban juntos, caminando, con los brazos entrelazado y en la mitad llevando la bolsa negra, dirigiéndose al sector de La Chispa, asumieron una actitud sospechosa, les solicitaron una requisita y encontraron que en el interior de la bolsa, habían cuarenta (40) cigarrillos color café con sustancia con características similares al cannabis o sus derivados, cincuenta y cuatro (54) cigarrillos de papel color blanco, para un total de noventa y cuatro (94) cigarrillos positivos para cannabis y sus derivados, también, veinte (20) bolsitas transparente con sustancias positivos para cannabis».

Más adelante se agrega:

«Al respecto, fueron claros y consistentes los testimonios de los patrulleros, quienes en la vista pública manifestaron que se encontraban en el sector *La Chispa*, lugar reconocido por el expendio de sustancias estupefacientes, cuando observaron justamente a EDUARDO MUÑOZ TORO y MARÍA ISABEL HINCAPIÉ VALENCIA caminando, juntos, con los brazos entrelazados y en la mitad una bolsa negra, la policía al verificar el contenido de la bolsa resultó observar en su interior, cuarenta (40) cigarrillos color café con sustancia con características similares al cannabis o sus derivados, cincuenta y cuatro (54) cigarrillos de papel color blanco, para un total de noventa y cuatro (94) cigarrillos positivos para cannabis y sus derivados y veinte (20) bolsitas transparente con sustancias positivos para cannabis, que por mucho sobrepasaron la catalogada dosis de aprovisionamiento».

Se agrega igualmente que:

«(iv) los libros de población consagran que era habitual de MUÑOZ TORO estar en el sector de *La Chispa* en poder de sustancias alucinógenas para la distribución, por su parte, MARÍA ISABEL también fue señalada en el sector, por lo que se **permite concluir** que el comportamiento de MARÍA ISABEL y EDUARDO, el 30 de agosto de 2018 era el de **transportar sustancia estupefacientes con el ánimo de distribuir sustancias prohibidas**».

También se dice:

«(iii) MUÑOZ TORO era reconocido por ser el expendedor del sector de *La Chispa*, era siempre capturado en el mismo lugar y en poder de sustancias alucinógenas; lo que se corroboró con lo hallado en el libro de población».

Se afirma:

«(...) no hay duda el **propósito consistente y voluntario** de los implicados **estuvo orientado a transportar el estupefaciente para**

después distribuir la sustancia alucinógena incautada; en tanto, se encuentra probado además que MUÑOZ TORO e HINCAPIÉ VALENCIA frecuentaban el lugar de expendio ***y fue reconocido el procesado por los policiales como expendedor***».

El señor juez deduce los siguientes indicios en contra de los justiciable: (i) el oportunidad física; (ii) posesión de la droga que supera en un 1.975% la dosis personal; (iii) lo incautado estaba empacada en diferentes variedades, es decir, en cigarrillo color café, en cigarrillo color blanco y en bolsitas; (iv) *La Chispa*, es el lugar dedicado exclusivamente al expendio de sustancias alucinógenas; (v) el acusado ha sido capturado en poco más de dos ocasiones, en el mismo sector, en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, no obstante, era dejado en libertad; (vi) La comunidad se encontraba inconforme y abrumada porque el acusado, en el sector de la Chispa del municipio de La Estrella, frecuentemente distribuía sustancia estupefacientes; (vii) ninguna prueba se allegó respecto a que el implicado fuera consumidor de sustancia estupefacientes y (viii) MARÍA ISABEL también llevaba en la mano la bolsa con sustancia estupefacientes, se estableció que llevaba dos meses viviendo con el procesado, por lo que descabellado resulta pensar que desconocía a que se dedicaba su compañero permanente, por lo que se puede afirmar que en esa fecha, también incurrió como coautora en el delito discutido.

9. MARCO NORMATIVO DEL DELITO TIPO POR EL CUAL SE PROCEDE

El canon 376 del Código Penal, modificado por el Art. 11 de la Ley 1453 de 24 junio 2011 y adicionado por el Art. 13 Ley 1787 de 6 julio 2016, expresa:

«Artículo 376. Modificado. Ley 1453 de 24 junio 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 él¹, 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

¹ En tratándose de la conducta punible prevista en el artículo 376 de la Ley 599 de 2000 la competencia para el juzgamiento se establece por el lugar desde el cual se envió la droga y no por el lugar donde se incautó. CSJ AP 4698-2018, rad 53.981, 30 octubre 2018.

(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.

Inc. 4°. **Adicionado Art. 13 Ley 1787 de 6 julio 2016** (por la cual se reglamenta el A.L. 02 de 2009). Las sanciones previstas en este artículo, no aplicarán para el uso médico y científico del cannabis, siempre y cuando se tengan las licencias otorgadas, ya sea por el Ministerio de Salud y Protección Social o el Ministerio de Justicia y del Derecho, según sus competencias».

El texto modificado por el artículo 11 de la ley 1453 de 2011 fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-491 de 28 junio 2012 «*en el entendido de que no incluye la penalización del porte o conservación de dosis, exclusivamente destinada al consumo personal de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética, a las que se refiere el precepto acusado*».

10. ELEMENTOS SUBJETIVO ESPECIAL PARA DELITOS DOLOSOS

La *conducta* (cuyo aspecto *negativo* se encuentra formado por las *ausencias de responsabilidad* denominadas como fuerza mayor, caso fortuito, los hechos involuntarios y los estados de plena inconsciencia) queda abarcada por el *juicio total de tipicidad*, en la medida en que cualquier «*hecho*» que *ni siquiera* constituye una «*acción*» u «*omisión*» –en el sentido del art. 25 del C.P.– dominable, trascendente a nivel social y realizada por un ser humano, tampoco puede considerarse de ninguna manera típica. Además, la **conducta** («*acción*» u «*omisión*») termina siendo delimitada justamente a través del «*verbo rector*» como elemento estructural del tipo objetivo².

Así las cosas, el análisis de los «*hechos*», con miras a determinar su «*relevancia jurídica*», puede comenzarse a partir del «*tipo objetivo*», sin perjuicio de la exclusión excepcional de responsabilidad penal por la concurrencia de eventos negativos de la *conducta* como elemento pre-típico del delito.

En torno a la necesidad de analizar la **totalidad** de los elementos constitutivos del delito aquí enunciados para la elaboración de los *hechos jurídicamente relevantes*,

² Saray Botero, Nelson y Peláez Mejía, José María. *Los hechos jurídicamente relevantes en el proceso penal. Construcción y aplicación práctica*, Editorial Leyer, Bogotá, 2022, Capítulo II.

ha manifestado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: «Como es obvio, la relevancia jurídica del hecho debe analizarse a partir del modelo de conducta descrito por el legislador en los distintos **tipos penales**, sin perjuicio del análisis que debe hacerse de la **antijuridicidad** y la **culpabilidad**»³.

Sin embargo, el alcance y la estructuración del «modelo abstracto de conducta» que serán proyecto en hechos jurídicamente relevantes debe conllevar un análisis integral y armónico con los postulados hermenéuticos y las reglas sentadas por la doctrina y la jurisprudencia.

En consecuencia:

«También es claro que la determinación de los hechos definidos en abstracto por el legislador, como presupuesto de una determinada consecuencia jurídica, está supeditada a la adecuada interpretación de la norma penal, para lo que el analista debe utilizar, entre otras herramientas, los criterios de interpretación normativa, la doctrina, la jurisprudencia, etcétera»⁴.

Al estructurar los hechos jurídicamente relevantes adecuables al **tipo subjetivo** del delito de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes* en la modalidad de «*porte*» (verbo rector: *llevar consigo*), deberá tener presente que, además del «**dolo**» como modalidad *subjetiva* general de este tipo penal, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha **agregado** mediante una interpretación constitucional y teleológica como *restringidor* de la atribución de responsabilidad lo que la doctrina penal denomina como **elementos subjetivos especiales distintos del dolo**.

Específicamente, ha dicho lo siguiente:

«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»⁵.

Por lo tanto, la Fiscalía a la hora de *estructurar* la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes que se **adecúen o subsuman** en el **tipo subjetivo** de este delito deberá tener presente que los **hechos en abstracto** que definen el modelo de conducta de este delito son los siguientes:

HECHOS EN ABSTRACTO DEL «TIPO SUBJETIVO» DEL DELITO DE TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES EN LA MODALIDAD DE «PORTE» (LLEVE CONSIGO)

³ CSJ SP 3168-2017, rad. 44.599 de 8 marzo 2017.

⁴ CSJ SP 3168-2017, rad. 44.599 de 8 marzo 2017.

⁵ CSJ SP 9916-2017, rad. 44.997 de 11 julio 2017.

<p>1. La conducta deberá realizarse con dolo, lo cual implica que el sujeto tendrá que:</p> <p>(a) Saber o por lo menos prever que i) lleva consigo; ii) una determinada cantidad de sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas; iii) que con dicho comportamiento está poniendo en peligro la salud pública; y iv) que carece de permiso de autoridad competente para hacerlo.</p> <p>(b) Deberá querer tales hechos o, por los menos, dejar la no producción de los mismos librada al azar.</p>	<p>2. Adicionalmente, el sujeto activo deberá actuar con una finalidad específica (elemento subjetivo especial): con el ánimo de destinar la sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas, a su distribución o comercio (<i>ánimo de traficar</i>).</p> <p>Nota: sólo se exige de este ingrediente subjetivo especial cuando el verbo rector sea «<i>lleve consigo</i>» de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Aunque, por su teleología, también podría aplicarse a otros verbos rectores como «<i>adquirir</i>» o «<i>almacenar</i>».</p>
<p>Fundamentos normativos:</p> <p>Artículos 21, 22 y 376 del Código Penal.</p>	<p>Fundamentos jurídicos:</p> <p>CSJ SP 11726-2014, rad. 33.409 de 3 septiembre 2014; CSJ SP 15519-2014, rad. 42.617 de 12 noviembre 2014; CSP SP, 9 marzo 2016, rad. 41.760; CSJ SP 4131-2016, rad. 43.512 de 6 abril 2016; CSJ SP 4131-2016, rad. 43.512 de 6 abril 2016; CSJ SP 9916-2017, rad. 44.997 de 11 julio 2017; CSJ SP 497-2018, rad. 50.512 de 28 febrero 2018; CSJ SP 732-2018, rad 46.848 de 14 marzo 2018; CSJ SP 025-2019, rad. 51.204 de 23 enero 2019; CSJ AP 522-2019, rad. 53.516 de 20 febrero 2019; CSJ SP 4943-2019, rad. 51.556 de 13 noviembre 2019; CSJ SP 5028-2019, rad. 54.041 de 20 noviembre 2019; CSJ SP 2296-2021, rad. 52830 de 02 de junio de 2021.</p>

11. TIPICIDAD Y LESIÓN A BIENES JURÍDICOS

Se puede sostener que para que exista injusto no es suficiente con demostrar la adecuación de la conducta a un tipo penal⁶.

La tipicidad no se emplea solamente para verificar si una conducta se subsume objetivamente en un tipo penal, también sirve para excluir aquellos casos en que no media conflicto o estos son intrascendentes⁷.

No toda conducta que se adecúa a un tipo penal es antijurídica. Portar droga para autoconsumo no lo es. No lo es, aun cuando el artículo 376 del Código Penal sanciona el hecho de portar sustancias psicotrópicas. La razón para que no lo sea

⁶ CSJ SP, 21 abril 2004, rad. 19.930; CSJ SP rad. 50.899 de 29 abril 2020.

⁷ CSJ SP rad. 50.899 de 29 abril 2020.

obedece a que el comportamiento que interesa al derecho penal es el que interfiere bienes jurídicos de otros⁸. La conducta debe ofender o poner en peligro significativamente el bien jurídico.

Alrededor de esa discusión existe consenso en que, por el grado de desarrollo de una cultura en torno al respeto a los derechos humanos, la idea de protección de bienes jurídicos que subyace a la idea de intervención penal es la que mejor se aviene con una teoría liberal de la cuestión penal, sobre todo si se asume, como lo señala Roxin, que «*la penalización de una conducta tiene que poseer una legitimación distinta de la que le otorga la mera voluntad del legislador*». Por eso, los referentes materiales de la prohibición son «*realidades o fines que son necesarios para una vida social*»⁹.

La jurisprudencia resaltó la idea de **alteridad de la conducta** y de la **interferencia contra bienes jurídicos** como centro del injusto¹⁰.

Existe un relativo consenso en sostener que no es antijurídica la conducta que no lesiona o pone en peligro efectivo, o no ofende significativamente un bien jurídico, entendido como síntesis de una relación social prejurídica y dialéctica que, por su importancia para satisfacer derechos fundamentales, el legislador selecciona y protege¹¹.

En cada caso concreto, la cuestión radica en cómo determinar el contenido o alcance de la insignificancia de la lesión o del peligro efectivo. En cómo hacer realidad en la praxis una elaboración teórica que sirva para modular la respuesta punitiva frente a comportamientos formalmente típicos, pero no materialmente antijurídicos¹².

12. LÍNEA JURISPRUDENCIAL EN TEMA DE PORTE («LLEVE CONSIGO») DE DROGA ESTUPEFACIENTE Y EL ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL

En la sentencia CSJ SP 11726-2014, rad. 33.409 de 3 septiembre 2014, 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*».

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-491 de 2012. CSJ SP rad. 50.899 de 29 abril 2020.

⁹ CSJ SP rad. 50.899 de 29 abril 2020.

¹⁰ CSJ SP, 13 mayo 2009, rad. 31.362; CSJ SP rad. 50.899 de 29 abril 2020.

¹¹ Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán. *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, Editorial PPU, Barcelona, 1991. CSJ SP rad. 50.899 de 29 abril 2020.

¹² CSJ SP rad. 50.899 de 29 abril 2020.

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 la 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 han 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 dos lustros (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 CSJ SP 2940-2016 de 9 marzo 2016, rad. 41.760, se 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 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, 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 toques previstos por el legislador, la conducta deja de ser relevante para el derecho penal. 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 2940-2016, 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 regulados 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*), 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 verbos 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 de llevar consigo, por sí misma es atípica si no se le nutre de esa finalidad específica; 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 por el fallador cuando no se demuestra dicho componente subjetivo, es la absolución.

10. En 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 verbos

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*»¹³.

11. En CSJ SP 5400-2019 de 10 diciembre 2019, rad. 50.748 y 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.

12. En CSJ SP 2411-2020, rad. 54.371 de 15 julio 2020, donde el implicado se allanó a los cargos, la Corte anuló la actuación desde la audiencia preliminar de imputación ante el juez de control de garantías que avaló la imputación y el allanamiento a los cargos.

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	CSJ SP 2940-2016, rad. 41.760 de 9 marzo 2016
4	CSJ SP 4131-2016, rad. 43.512 de 6 abril 2016
5	CSJ SP 9916-2017, rad. 44.997 de 11 julio 2017
6	CSJ SP 497-2018, rad. 50.512 de 28 febrero 2018
7	CSJ SP 732-2018, rad 46.848 de 14 marzo 2018
8	CSJ SP 025-2019, rad. 51.204 de 23 enero 2019
9	CSJ AP 522-2019, rad. 53.516 de 20 febrero 2019
10	CSJ SP 4943-2019, rad. 51.556 de 13 noviembre 2019
11	CSJ SP 5028-2019, rad. 54.041 de 20 noviembre 2019
12	CSJ SP 5400-2019, rad. 50.748 de 10 diciembre 2019
13	CSJ SP 106-2020, rad. 56.574 de 29 enero 2020
14	CSJ SP rad. 51.627 de 29 abril 2020
15	CSJ SP 2411-2020, rad. 54.371 de 15 julio 2020
16	CSJ SP 1861-2021, rad. 56.087 de 19 mayo 2021
17	CSJ SP 2296-2021, rad. 52.830 de 2 junio 2021
18	CSJ SP 2423-2021, rad. 54.346 de 16 junio 2021
19	CSJ SP 2566-2021, rad. 52.755 de 16 junio 2021
20	CSJ SP 2695-2021, rad. 55.922 de 30 junio 2021
21	CSJ SP 4239-2021, rad. 53.292 de 22 septiembre 2021

¹³ CSJ SP 025-2019, 23 enero 2019, rad. 51.204; CSJ SP 5028-2019, rad. 54.041 de 20 noviembre 2019.

22	CSJ SP 4532-2021, rad. 51.359 de 6 octubre 2021
23	CSJ SP 660-2022, rad. 58.850 de 9 marzo 2022
24	CSJ SP 5128-2022, rad. 58.665 de 27 abril 2022
25	CSJ SP 2537-2022, rad. 55.944 de 21 julio 2022
26	CSJ SP 3191-2022, rad. 52.032 de 7 septiembre 2022
27	CSJ SP 3420-2022, rad. 58.076 de 28 septiembre 2022

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.

El problema jurídico es de tipicidad de la conducta. Si la sustancia sale de la esfera personal del drogodependiente podrá entrar al campo del derecho penal (*vr. gr.*, la distribución así sea gratuita); es una autopuesta en peligro bajo responsabilidad propia.

Se debe probar por la Fiscalía fines diferentes al consumo. **La Fiscalía deberá probar la finalidad de expendio con la que actúa el agente, para que su conducta sea punible.**

La defensa no está encargada de probar la condición de adicto o consumidor del acusado, ese aspecto es carga de la fiscalía¹⁴.

13. ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL Y CARGAS PROBATORIAS DE LA FISCALÍA

En resumen, según la jurisprudencia de casación desde CSJ 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 Fiscalía¹⁵:

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.

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

¹⁴ CSJ SP 5028-2019, rad. 54.041 de 20 noviembre 2019.

¹⁵ CSJ SP 4943-2019, rad. 51.556 de 13 noviembre 2019.

aprovisionamiento personal, pues es la Fiscalía quien ha de demostrar el presupuesto subjetivo especial del tipo: ánimo de traficar o distribuir la droga estupefaciente.

Precisamente en CSJ SP 3433-2021, rad. 57.266 de 11 julio 2021, la Corte resolvió el caso de procesado sorprendido en un momento y lugar específico (la carrera 54 con calle 58-A) de la ciudad de Medellín con 56.9 gramos de cocaína presentada en 180 papeletas de dosis personales y que por las circunstancias que rodearon dicha captura, para el ente acusador, el porte o tenencia tenía por finalidad la distribución y comercialización. Se tuvo en cuenta, adicionalmente, como **hechos indicadores**, la forma y dirección en que caminaba el investigado, y circunstancias, tales como, que se encontraba solo, las dinámicas propias del comercio ilegal en la denominada plaza de vicio «Los Blancos» o «La Manga», el *modus operandi* de los denominados «carritos», los cuales constituyen elementos indicadores a partir de los cuales puede estructurarse las inferencias y juicios de valor necesarios para analizar la responsabilidad penal del procesado.

Finaliza la Corte, así:

«De manera que, en el *sub examine*, del análisis en conjunto de la suma de los hechos indicadores, esto es, el ingreso del procesado a altas horas de la noche (23:20 pm), con la sustancia ilícita a una plaza de consumo habitual y permanente de estupefacientes, presentada en 180 papeletas de dosificación, bajo un discernimiento razonable llevan a la Corte a inferir que el alcaloide encontrado en poder del acusado tenía por propósito su distribución en dicho lugar, tal y como lo sostiene la Fiscalía.

Así las cosas, independientemente de la condición de adicto del procesado, como hecho que fue objeto de estipulación probatoria o de la capacidad económica para comprar el alcaloide, lo cierto es que la acción de KDMR se encuadra en el proceder de los denominados “carritos”, esto es, personas que transportan e ingresan las sustancias ilícitas al mercado ilegal de habitantes de calle en la denominada olla “Los Blancos” o “La Manga” del centro de Medellín.

Ahora bien, no sería objetivamente esperable que se exija a los agentes captores que simplemente esperaran a que Montoya Restrepo entrara completamente a la zona de expendio para observar su entrega o negociación subsiguiente, en razón a que no se trataba de una operación vigilada o con labores de inteligencia previa, pues la aprehensión se dio en el marco de sus funciones de Policía de vigilancia, hecho que por sí solo no deslegitima su proceder».

14. ESTÁNDARES PROBATORIOS BÁSICOS (EPB)

En la providencia CSJ SP 5128-2022, rad. 58.665 de 27 abril 2022, la Corte aborda el tema de los **estándares probatorios básicos** (EPB) en esta clase de ilicitudes.

Explica la Corte lo siguiente, lo cual se transcribe *in extenso*:

No es posible definir reglas rígidas y estrictas de carácter probatorio, que *ex ante* permitan determinar que el agente tiene la finalidad de consumir, antes que de expender o comercializar, el estupefaciente que lleva consigo, lo anterior no impide identificar algunos estándares mínimos de prueba en la materia.

En primer lugar, en este ámbito adquiere especial vigor la presunción de inocencia y la carga de la prueba en cabeza de la Fiscalía. Por lo tanto, particularmente cuando es discutible si lo incautado tiene fines de uso personal, no es el imputado quien debe probar su condición de farmacodependiente o consumidor. Es a la Fiscalía que corresponde demostrar que aquél portaba la sustancia con fines de tráfico o distribución¹⁶.

En segundo lugar, la condición de adicto o consumidor a unas sustancias estupefacientes no es prueba concluyente de que, en un evento determinado, el agente las lleve consigo con esa finalidad. Aun siendo consumidor, se puede incurrir en el delito, si es demostrado que los propósitos del sujeto eran de comercialización¹⁷. Sin embargo, cuando de las evidencias resulte clara la condición de consumidor del acusado y ello no es desvirtuado en el proceso, se trata de un dato relevante que no puede ignorarse en la inferencia sobre la finalidad del porte del estupefaciente¹⁸.

En tercer lugar, los gramajes legalmente definidos como dosis personal son útiles como criterio de análisis, pero no suficientes para determinar la finalidad del agente. Por un lado, porque incluso cuando la cantidad de alcaloide es menor a aquella, pero se encuentra acreditado que el propósito era de expendio, el comportamiento es punible. Por otro lado, debido a que la cantidad es una variable dependiente de las condiciones personales del individuo. En este examen cuentan también elementos como su grado de dependencia, tolerancia y necesidad, su condición de adicto, recreativo o primerizo y la posibilidad de abastecimiento en cantidades superiores o de dosis compartidas¹⁹.

En cuarto lugar, la ponderación de cada hecho indicador tendrá una fuerza demostrativa determinada, conforme al contexto fáctico en cuestión. No obstante, la circunstancia de que la sustancia sea portada o conservada en porciones o pequeñas dosis no permite inferir, de forma necesaria, que la finalidad del agente sea la distribución del estupefaciente. Esta clase de razonamiento ignora que, si ello permite identificar la forma en que la droga, normalmente, es dispuesta para su expendio, esa es también la manera en la cual el alucinógeno es adquirido. Por lo tanto, en términos generales, ese hecho aislado no permite distinguir entre el distribuidor y el consumidor²⁰.

¹⁶ CSJ SP 9916-2017, rad. 44.997; CSJ SP 497-2018, rad. 50.512 y CSJ SP 3605-2017, rad. 43.725. En esta última decisión, indicó la Sala: «*La protección de los consumidores implica la carga procesal por parte de la Fiscalía de demostrar un contexto de actividad orientada al tráfico de estupefacientes*».

¹⁷ CSJ SP 9916-2017, rad. 44.997, de 11 julio 2017.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ CSJ SP 9916-2017, rad. 44.997.

²⁰ CSJ SP 9916-2017, rad. 44.997. En este fallo, la Sala planteó: «*desconoce en su razonamiento el juzgador que lo habitual en materia de microtráfico de sustancias prohibidas, es que la droga se venda en dosis menores, por lo que es una obviedad comprender que si esa es la forma que reviste la venta en cuanto a su presentación, pues esa es la misma manera en que se adquiere. Por lo tanto, de esa característica no puede deducirse que el acusado era el vendedor, cuando de ella podía inferirse, con la misma probabilidad, que era el comprador de la sustancia*».

Por último, por razones análogas a las anteriores, tampoco es decisivo para concluir que el propósito es de tráfico, no de consumo personal, la circunstancia de que el portador del estupefaciente sea encontrado con la droga en un lugar de expendio. El farmacodependiente o el consumidor precisamente busca comprar lo que requiere o aprovisionarse en zonas conocidas de distribución. En consecuencia, no será extraño que en el mismo sitio se encuentren comercializadores y consumidores, como «*tampoco parece infrecuente que en el mismo lugar de adquisición los compradores se dediquen al consumo de las sustancias*»²¹.

En todo caso, determinar si el porte de estupefaciente tiene fines de consumo o de distribución **es una conclusión a la que debe arribar el juez, según las particulares circunstancias de cada caso**. Sus inferencias deberán construirse a partir de la apreciación de las pruebas en conjunto y conforme a la sana crítica²². En particular, deberá proceder teniendo en cuenta que ***se trata de un ingrediente subjetivo del tipo***, el cual corresponde a la Fiscalía probar más allá de toda duda razonable.

15. CONCLUSION

Se acogen los argumentos de los defensores JAIME ANDRÉS CUERVO CRISMATT y JORGE ANDRÉS VILLEGAS OSORIO, pues la Fiscalía no cumplió con los estándares probatorios mínimos en este asunto, tal como se explicó en los apartados anteriores, razón por la cual, ***por atipicidad de la conducta***, se ha de revocar la sentencia de condena y mutarla por una de absolución en favor de los procesados.

En efecto, los indicios que construye el señor juez de instancia no son suficientes en términos de solidez, y parece que todos los deduce de la presencia en el lugar de los hechos, que es el indicio uno; el indicio dos lo fundamenta en la cantidad de droga, que, como ya se vio, no es suficiente para endilgar responsabilidad penal; el tres, se refiere a la forma de empaquetamiento, que es lo normal en tratándose de esta clase de incautaciones; el cuatro, que es por el lugar es de expendio, se olvida que según la prueba también es lugar destinado al *consumo* de estupefacientes; el cinco, la captura en situaciones anteriores, sin sentencias en contra, demuestra eso, que ha sido capturado, y que su responsabilidad no se ha demostrado; el seis referente a la incomodidad de la comunidad, realmente no es indicio en contra de los justiciables; el siete, le pide a la defensa que lleve prueba de la adicción el cual no es indicio y no es carga probatoria defensiva, es la fiscalía a quien corresponde derrumbar la presunción de inocencia; el ocho, es una deducción en contra de la filiada, quien asegura que no sabía lo que había en el interior de la bolsa, y no es indicio.

Así mismo, en la sentencia CSJ SP 497-2018, rad. 50.512, sostuvo: «*En el contexto de los hechos, el hecho de encontrar la sustancia incautada empacada en papeletas no muestra nada diferente a que lo habitual en materia de microtráfico de sustancias prohibidas es que la droga sea vendida en dosis menores, por lo que de tal hallazgo, ausente de información adicional, no se puede deducir que JFD la tenía destinada para algo diferente que a su consumo, menos, si la Fiscalía nunca tuvo dentro de sus hipótesis investigativas la estructuración de un verbo alternativo de consumación del tipo penal descrito en el artículo 376 del C.P., diferente al de 'llevar consigo'*».

²¹ CSJ SP 9916-2017, rad. 44.997 de 11 julio 2017.

²² CSJ SP 3605-2017, rad. 43.725.

Como consecuencia de la revocatoria de la condena, y la emisión de sentencia absolutoria, se ordena la libertad inmediata de EDUARDO MUÑOZ TORO, para lo cual se comunicará a la Estación de Policía de Itagüí, Antioquia, a efectos que la haga efectiva, siempre y cuando no sea requerido por otra autoridad judicial.

Adicionalmente, se cancela la orden de captura proferida en contra de MARÍA ISABEL HINCAPIÉ VALENCIA.

Tanto la libertad como la cancelación de las órdenes de captura se cumplirán cuando se apruebe el proyecto de sentencia, sin necesidad de su notificación en estrados.

16. RESOLUCIÓN

LA SALA DE DECISIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, (i) REVOCA en su integridad la sentencia de condena primera instancia, por las razones expuestas; **(ii)** en su lugar **ABSOLVER** por los cargos imputados a los ciudadanos MARÍA ISABEL HINCAPIÉ VALENCIA y EDUARDO MUÑOZ TORO, de condiciones civiles y naturales conocidas, por las razones expuestas; **(iii)** se ordena la **LIBERTAD INMEDIATA** de EDUARDO MUÑOZ TORO, para lo cual se comunicará a la Estación de Policía de Itagüí, Antioquia, a efectos que la haga efectiva, siempre y cuando no sea requerido por otra autoridad judicial, adicionalmente, **SE CANCELA LA ORDEN DE CAPTURA** proferida en contra de MARÍA ISABEL HINCAPIÉ VALENCIA; **(iv)** tanto la libertad como la cancelación de las órdenes de captura se cumplirán cuando se apruebe el proyecto de sentencia, sin necesidad de su notificación en estrados, y **(v)** contra esta sentencia que se notifica en *Estrados* procede casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON SARAY BOTERO
Magistrado



HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado

-EN PERMISO -
SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA
Magistrado