

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
Magistrada ponente

SP025-2019


Radicado N° 51204

Aprobado acta No. 15.

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil diecinueve (2019).

V I S T O S

Examina la Corte en sede de casación la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, el 5 de julio de 2017, a través de la cual se confirmó el fallo emitido en primera instancia, el 17 de abril de ese mismo año, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia, Antioquia, en el que se condenó a ANDRÉS CAMILO GUZMÁN GÓMEZ, como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, a la pena principal de 64 meses de prisión y multa en cuantía de 2 salarios mínimos legales mensuales; además, se impuso la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de



derechos y funciones públicas por igual lapso, y se negaron al acusado los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

HECHOS

Cuando se hallaban en labores rutinarias de vigilancia, agentes de policía adscritos a la estación de la institución en el municipio de Remedios (Ant.), solicitaron registro personal a dos personas que, cerca de las diez y cincuenta de la mañana del 28 de mayo de 2016, se desplazaban en motocicleta por las calles del barrio María Angola de esa población.

A uno de ellos, menor de edad, se le hallaron 5 papeletas de un derivado de la cocaína, bazuco, y dos cigarrillos de marihuana; al tanto que en poder de ANDRÉS CAMILO GUZMÁN GÓMEZ, dentro de un morral, le fueron encontrados 30 cigarrillos de marihuana, con un peso neto de 50 gramos.

ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencia realizada el 30 de mayo de 2016 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Remedios, la fiscalía legalizó la captura de ANDRÉS CAMILO GUZMÁN GÓMEZ, para después imputarle el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, dentro del verbo rector transportar, agravado por la circunstancia descrita en el

artículo 384-1, del C.P., esto es, por la utilización de un menor de edad.

Así mismo, por solicitud de la Fiscalía se impuso a GUZMÁN GÓMEZ, medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario. Después se supo que se fugó de la estación de policía donde se hallaba confinado.

El 1 de julio de 2016, fue presentado el correspondiente escrito de acusación, repartido al Juzgado Promiscuo del Circuito de Remedios. La subsecuente audiencia de formulación de acusación tuvo lugar el 21 de julio de 2016. Allí se atribuyó al procesado el mismo delito objeto de imputación, pero ahora dentro de los verbos rectores alternativos de portar o llevar consigo, distribuir o vender.

El 15 de noviembre de 2016, fue celebrada la audiencia preparatoria.

El 27 de febrero de 2017, fue adelantada la audiencia de juicio oral, al final de la cual el juez de conocimiento anunció el sentido del fallo condenatorio.

El 26 de abril de 2017, se dio lectura a la sentencia, en la que, acorde con el sentido antes anunciado, se condenó

al acusado por llevar consigo sustancia estupefaciente en cantidad superior a la dosis personal.

Apelada la decisión por la defensa, el 26 de abril de 2017, se dio lectura a la sentencia de segunda instancia, en la cual el Tribunal confirmó en su integridad lo decidido por el A quo.

En contra del fallo de segunda instancia presentaron demanda de casación el defensor del procesado y el agente del Ministerio Público.

Concedido el recurso, la carpeta fue repartida a la magistratura de la Corte el 19 de septiembre de 2017. El 9 de octubre siguiente se declararon ajustadas las demandas, fijándose la fecha de realización de la audiencia de sustentación.

LAS DEMANDAS

1. LA DEFENSA

Cargo único

Lo rotula el demandante dentro de la causal tercera, por violación indirecta de la ley por error de hecho por falso juicio de existencia por suposición.

En aras de soportar su tesis, el recurrente hace un recorrido amplio por la jurisprudencia de la Corte atinente al delito de narcotráfico, particularmente, a la forma en que esta ha venido considerando la condición del simple portador como ajeno a la conducta punible.

Luego de ello, destaca que por ocasión del principio de presunción de inocencia, es al Estado al que compete demostrar la responsabilidad del acusado.

En virtud de lo anotado, acota, el Tribunal incurrió en el falso juicio de existencia por suposición propuesto, dado que condenó al procesado solo porque llevaba consigo una dosis de droga superior a la permitida y no probó que fuese consumidor.

De esta manera, agrega la defensa, el ad quem no solo pasó por alto que la Fiscalía no aportó algún medio de convicción sobre el particular, sino que invirtió la carga de la prueba.

Entiende trascendente el yerro, dado que condujo a que se vulneraran los derechos del acusado, en particular, el principio de presunción de inocencia y el debido proceso.

Pide, en consecuencia, que se case la sentencia impugnada, para efectos de revocar la condena y en su lugar emitir fallo absolutorio a favor del procesado.

2. EL MINISTERIO PÚBLICO

1. Cargo primero

Lo soporta el Procurador en la causal primera dispuesta en el artículo 181 de la ley 906 de 2004, por violación directa de la ley sustancial, específicamente, la errónea interpretación de lo establecido en el artículo 376 del C.P.

En concreto, destaca el recurrente que para emitir el fallo de condena, el Ad quem solo se basó en el aspecto cuantitativo del delito, esto es, que lo llevado consigo por el acusado superase la dosis personal de estupefaciente, con lo cual pasó por alto la más reciente jurisprudencia de la Corte, en la que se advierte necesario auscultar el aspecto subjetivo tácito, diferente del dolo, remitido al fin para el que se destina la droga.

Como el fallador de segundo grado, en sentir del demandante, se equivocó en la interpretación del tipo penal, es necesario que se case la sentencia. No indica el sentido de la casación.

2. Cargo segundo

Ahora dentro de la causal tercera, por violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de existencia por suposición, el casacionista significa que el Tribunal desconoció el principio de carga de la prueba cuando significó que el procesado no demostró su condición de consumidor de drogas, pasando por alto que es a la Fiscalía el ente al cual competía probar, en punto de antijuridicidad material del delito, que la droga iba destinada al narcotráfico.

En este sentido, señala el recurrente que la Fiscalía no allegó ningún elemento de juicio que permitiera colegir destinada a la venta o distribución la cantidad de marihuana hallada en poder del procesado.

Luego de citar reciente jurisprudencia de la Sala atinente al tópico, el impugnante concluye que la Fiscalía nunca demostró el propósito ulterior del acusado, relacionado con el tráfico o distribución de drogas; pero además, que el Tribunal extrajo ese elemento de la sola superación de la dosis personal.

Pide el demandante, así las cosas, que se case el fallo atacado a efectos de revocar la condena y proferir sentencia absolutoria en favor del procesado.

INTERVENCIÓN DE LAS PARTES EN LA AUDIENCIA DE ARGUMENTACIÓN

1. La defensa

Reitera lo que fue objeto de demanda y añade que se hace necesaria la intervención de la Corte a efectos de que se ratifique lo plasmado en el radicado 44097 del 11 de junio de 2017, en el sentido que el mero porte debe desligarse del narcotráfico, en cuyo caso compete a la Fiscalía demostrar este elemento subjetivo particular, dentro del principio general de carga de la prueba, que debe recordarse a los jueces para que no lo infieran apenas de la cantidad llevada consigo por el aprehendido.

Para el caso concreto, sostiene la defensa que la Fiscalía apenas probó la captura flagrante del procesado y de allí soportaron las instancias ordinarias la condena, lo que implica suponer pruebas inexistentes.

De esta manera, concluye, se invirtió el principio de carga de la prueba y fue afectado el de presunción de inocencia, razón suficiente para casar la sentencia.

3. El Ministerio Público

Señala que coadyuva lo afirmado y solicitado por los dos demandantes en casación.

Añade que la Corte debe unificar la jurisprudencia citada en precedencia por la defensa, dado que el Tribunal se basó apenas en la cantidad de droga portada por el acusado, para en ello fundar la condena, pese a que la Fiscalía no presentó ningún elemento de juicio encaminado a verificar el tráfico.

Dado el que entiende falso juicio de existencia en el cual incurrió el Tribunal, pide que se case el fallo para efectos de absolver al procesado del delito objeto de acusación.

4. Fiscal

Se aviene a lo solicitado por los demandantes, atendida la jurisprudencia expedida por la Corte sobre el particular, que pide aplicar al caso concreto por virtud de la absoluta identidad fáctica con lo que aquí se resuelve.

Añade que la Corte debe hacer un llamado de atención respecto de la forma ligera en que algunos fiscales delegados imputan los cargos, en aras de que desde un inicio se precisen claramente los hechos objeto de imputación, con la definición específica del verbo rector o finalidad, para que no suceda como en este caso, donde a lo largo del proceso se fueron variando estos, con clara afectación del derecho de defensa y el principio de congruencia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En atención al objeto específico de discusión, la Sala observa adecuado examinar de manera conjunta ambas demandas, pues, finalmente, se sirven de los mismos argumentos para buscar la revocatoria de la condena.

Al efecto, lo primero que cabe señalar la Corte, es que, si bien, como lo adujo el Fiscal asistente a la audiencia de sustentación, la admisión de las demandas obliga examinar de fondo el asunto, sin necesidad de referir los errores de argumentación lógica que puedan acompañar los libelos, es lo cierto que por dos vías distintas se trató de determinar la existencia de un solo vicio, atinente en lo fundamental a que el Tribunal dio por sentada la existencia del delito por el solo hecho de que el procesado llevaba consigo estupefaciente en cantidad superior a la dosis personal y no demostró que fuese para su consumo personal.

Así planteada la hipótesis de discusión, es claro para la Sala que en ningún error de hecho, por la senda del falso juicio de existencia por suposición, incurrió el Tribunal, pues, de ninguna manera es factible sostener que en su argumentación el ad quem hizo uso de una prueba inexistente o no traída al juicio.

Al efecto, es necesario precisar a la defensa que el falso juicio de existencia por suposición se verifica un yerro

objetivo y, en consecuencia, reclama en su materialización que el Tribunal aluda a un medio o medios en los cuales funda su conclusión.

Pero si, como aquí sucede, el Tribunal dejó de aludir a esos medios, sea porque efectivamente atribuyó la carga de la prueba a la defensa y precisamente echó de menos el elemento suasorio atinente al consumo, o en razón a que estimó que el solo superar la dosis personal configura la ilicitud, la discusión se verifica ajena al cargo propuesto.

No observa la Sala, así, que de verdad el Tribunal en la argumentación probatoria hiciera uso de pruebas inexistentes o siquiera se refiriese a un hecho que no estuviese basado en algún elemento de juicio efectiva y adecuadamente ingresado en juicio.

Todo lo contrario, se repite, la decisión del Tribunal se basa, en lo probatorio, precisamente en que no se allegó prueba de la condición de consumidor del acusado, sin que se insinuase siquiera algún medio suasorio que apuntalase determinado hecho trascendente para la condena.

El texto de la parte motiva informa que, en lo correspondiente a la objetividad del delito, el Tribunal examinó lo dicho en juicio por los agentes captores y lo que arrojó la prueba pericial en punto de la naturaleza y cantidad de la sustancia incautada, para de allí extractar

que, en efecto, el procesado llevaba consigo sustancia estupefaciente, 30 cigarrillos de marihuana, en dosis superior a la personal.

El debate planteado surgió en lo tocante a la antijuridicidad material de la conducta atribuida al acusado, pues, ante la manifestación de la defensa atinente a que se trataba de droga destinada al consumo personal, el Tribunal advirtió expresamente, luego de citar ampliamente la jurisprudencia de la Corte, que:

“...en el presente caso, la defensa, no presentó ninguna prueba que acredite que su representado sea adicto, o simple consumidor de estupefacientes, simplemente se limitó argumentativamente, pues no ofreció prueba alguna a precisar que el estupefaciente que se porta para el consumo no genera responsabilidad penal, olvidando que falta indispensable tener la condición de adicto, o consumidor habitual, no siendo posible presumirla o suponerla...”.

Como se aprecia, lejos de suponer alguna prueba, el Tribunal echó de menos la demostración de la calidad de consumidor o adicto del acusado, fundando en ello la condena, por estimar que el solo verbo rector llevar consigo configura la ilicitud dispuesta en el artículo 376 del C.P.

Es claro, entonces, que el yerro no se presentó y por ello debe desestimarse el cargo propuesto por la defensa.

Ahora bien, aunque es claro que efectivamente el Tribunal está desplazando la carga de la prueba a la defensa, por virtud de lo cual sostiene que esta es la encargada de probar la condición de adicto o consumidor del acusado, el asunto tiene un espectro más amplio que el de la simple violación del debido proceso, que en principio se advierte el tipo de vicio pasible de atribuir al Ad quem.

En efecto, ya de manera pacífica la Corte ha sostenido, luego de un cambio gradual en la percepción del fenómeno del narcotráfico y, en especial, de la condición del consumidor o adicto, menesteroso de tratamiento de salud y no punitivo, que el verbo rector llevar consigo, establecido como uno de los tantos alternativos del artículo 376 del C.P., reclama, para su configuración punible, de un elemento subjetivo o finalidad específica, remitidos a la venta o distribución.

En otras palabras, que la conducta aislada llevar consigo, por sí misma es atípica si no se le nutre de esa finalidad específica.

En muy reciente jurisprudencia, que la Corte estima necesario transcribir ampliamente por virtud de que define el desarrollo del tema y precisa el estado actual del arte, con completa pertinencia e identidad fáctica para lo que aquí se

decide, la Sala detalló (Radicado 50512, del 28 de febrero de 2018):

“El tipo de injusto del artículo 376 del Código Penal

De manera reiterada la Sala se ha referido a la necesidad de examinar las circunstancias particulares en las que se desarrolla la conducta descrita en el artículo 376 del Código Penal, ante la multiplicidad de verbos alternativos a través de los cuales se alcanza su estructuración, de cara a diferenciar si el sujeto activo tiene la condición de consumidor de estupefacientes o si se enfrenta un accionar dirigido al tráfico de sustancias prohibidas¹.

Lo anterior por cuanto la Corte Constitucional en la sentencia C-221 de 1994 declaró inexecutable el artículo 51 de la Ley 30 de 1986 que penalizaba las conductas dirigidas al consumo de la dosis personal, por encontrarlo lesivo de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

En esta misma línea, en la sentencia C-689 de 2002 la Corte Constitucional declaró ajustado a la Carta Política el contenido del artículo 376 de la Ley 599 de 2000, en el entendido de la necesaria distinción entre el porte, conservación o consumo de sustancias estupefacientes en cantidad considerada como dosis destinada al uso personal

¹ Ver, entre otras, CSJ SP 8 jul. 2009, rad. 31531; CSJ SP 17 ago. 2011, rad. 35978; CSJ SP2940-2016, 9 marz. Rad. 41760; CSJ SP 131-2016, 6 abr. Rad. 43512; CSJ SP 15 mar 2017, rad. 43725, CSJ SP9916-2017, 11 jul. Rad. 44997.

y el narcotráfico como actividad ilícita alentada por el afán de lucro, resultando incuestionable la penalización de esta última como criterio político-criminal implícito en la tipificación de las conductas punibles que le son afines.

Las anteriores decisiones de la Corte Constitucional impulsaron la evolución legislativa y jurisprudencial en relación con el tratamiento otorgado a las personas que destinan las sustancias estupefacientes, sicotrópicas o drogas sintéticas al único propósito de su consumo personal, de cara a la despenalización de su conducta.

El desarrollo legislativo se patentizó con la expedición del Acto Legislativo 02 de 2009, que modificó el artículo 49 de la Constitución Política, introduciendo dos párrafos en los que se examina el consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas bajo la óptica de un problema de salud pública, mientras que jurisprudencialmente esta Corporación consolidó la tesis de considerar al consumidor como sujeto de protección constitucional reforzada, merecedor por lo tanto de una discriminación positiva, la que riñe con el contenido de injusto de una conducta punible:

[L]o cual crea en su favor una discriminación positiva orientada a la prevención de comportamientos dañinos para su salud y para la de la comunidad. Esa protección reforzada se funda en que “la drogadicción crónica es una enfermedad psiquiátrica que requiere tratamiento médico en tanto afecta la autodeterminación y autonomía de quien la padece, dejándola en un estado de

debilidad e indefensión que hace necesaria la intervención del Estado en aras de mantener incólumes los derechos fundamentales del afectado...”, tal y como lo había dicho la Corte Constitucional en las sentencias T-1116 y T-814 de 2008. (CSJ SP-15519-2014, 12 nov. Rad. 42617).

Del mismo modo, la Corte Constitucional en las sentencias C-574 y C-882 de 2011, precisó por vía de interpretación el alcance de la reforma constitucional en el sentido «que la prohibición del porte y consumo de estupefacientes establecida, en modo alguno conlleva a su penalización, destinando para ello, como consecuencia jurídica, la imposición de medidas administrativas de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, siempre bajo el consentimiento informado del adicto.»²

La misma Corporación al estudiar la constitucionalidad de la Ley 1453 de 2011 (artículo 11) que modificó el artículo 376 del Código Penal, en la sentencia C-491 de 2012 lo declaró ajustado al texto superior, razonando que la supresión de la expresión «salvo los dispuesto sobre dosis para uso personal» del tipo penal de «tráfico, fabricación o porte de estupefacientes», tal como fue descrito por el artículo 11 de la normatividad citada, no puede interpretarse como una nueva penalización del porte y consumo de sustancias estupefacientes, sicotrópicas o drogas sintéticas, en cantidad considerada como “dosis personal” al tenor del artículo 2° literal j) de la Ley 30 de 1986.

² CSJ SP 11 jul. 2017, rad. 44997.

Como viene de verse, surgía relevante el concepto de dosis permitida para el consumo personal, en correspondencia inescindible con el principio de lesividad como factor de protección del bien jurídico de la salud pública tutelado por el artículo 376 del Código Penal, toda vez que el sentido de la prohibición se identificaba con el concepto de dosis personal como lo contempla el literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986.

En interpretación efectuada por esta Corporación en el año 2011, la Sala reiteró que el consumo de estupefacientes en las dosis fijadas en la Ley 30 de 1986, o «en dosis ligeramente superiores a estos topes» son conductas impunes.

Así lo interpretó esta Sala en el año 2011:

[a] pesar de la reforma constitucional a través del Acto Legislativo 02 de 2009 y de la modificación del artículo 376 del Código Penal mediante el artículo 11 de la Ley de Seguridad Ciudadana, **es posible tener por impunes las conductas de los individuos dirigidas al consumo de estupefacientes en las dosis fijadas en el literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986, o en cantidades ligeramente superiores a esos topes**, esto último de acuerdo con el desarrollo de la

*Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia
sobre el tema. (CSJ SP, 17 ago. 2011, rad. 35978.)*

Acciones ajenas al campo sancionatorio penal, que se explican en virtud del respeto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, y a la ausencia de lesividad cuando estas se dirigen exclusivamente al consumo del adicto que porta las sustancias prohibidas en cantidad que respeta los límites de la dosis personal.

Sin embargo, precisó la Corporación, cuando el estupefaciente está destinado al consumo propio de la persona (adicto o sin dependencia) y supera ligeramente o en «cantidades insignificantes, no desproporcionadas» la dosis personal, no concurre el presupuesto de la antijuridicidad material previsto en el artículo 11 del Código Penal, en tanto no se afecta el bien jurídico de la salud pública.

Ligado a lo anterior, hasta entonces se mantuvo la recurrente idea consistente en que el porte de estupefacientes, en tanto delito de peligro abstracto, en cantidad superior a los límites de lo establecido como dosis para el uso personal alberga una presunción de antijuridicidad: iuris tantum, presunción legal que admite prueba en contrario, cuando se trata de cantidades ligeramente superiores a las previstas como dosis para uso personal; y, iuris et de iure, presunción de derecho que no permite su controversia, cuando se supera el tope de lo

razonable en relación con los límites de la dosis personal establecidos en la ley³.

Sin embargo, precisando aquel concepto, la Sala definió con base en su propia jurisprudencia⁴, que no obstante la legitimidad del legislador para configurar delitos de peligro abstracto, estos no pueden contener una presunción iuris et de iure y en todos los casos admite prueba en contrario en el proceso valorativo sobre su lesividad, llevado a cabo por el juez frente a la conducta concreta:

[e]l porte de estupefacientes en una cantidad superior a la establecida legalmente como dosis de uso personal, es una conducta típica que se presume antijurídica. Sin embargo, como quiera que tal presunción ostenta carácter iuris tantum, la prueba de que su destino es el consumo estrictamente personal sin que apareje interferencia en derechos ajenos (orden socio-económico o la seguridad pública), desvirtúa tal suposición legal y, por ende, excluye la responsabilidad penal. En consecuencia, la cantidad de estupefaciente que se lleve consigo no es el único elemento definitorio de la antijuridicidad, sino sólo uno más de los que habrán de valorar los juzgadores a fin de determinar la licitud de la finalidad del porte.⁵

Con ello quedaba resuelto el problema relacionado con el peso de la sustancia que era objeto de porte, pues la

³ CSJ SP, 17 ago. 2011, rad. 35978.

⁴ «[f]rente a un delito de peligro debe partirse de la base de que la presunción contenida en la respectiva norma es iuris tantum, es decir, que se admite prueba en contrario acerca de la potencialidad de la conducta para crear un riesgo efectivo al bien jurídico objeto de tutela.»: CSJ SP, 15 sep. 2004, rad. 21064.

⁵ CSJ SP-15519-2014, 12 nov. 2014, rad. 42617. En el mismo sentido, Corte Constitucional, sentencia C-491 de 2012.

cantidad deja de ser un factor determinante a efectos de establecer la lesividad de la conducta, precisándose la posibilidad de desvirtuarse en el juicio concreto de responsabilidad el carácter antijurídico presunto de las acciones de llevar consigo sustancias estupefacientes que desbordan los límites previstos legalmente para la dosis de uso personal.

El tema fue retomado, finalmente, en las sentencias CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760; CSJ SP-4131, 6 abr. 2016, rad. 43512; y, CSJ SP-3605, 15 mar. 2017, rad. 43725, en las que se acentuó la vigencia del concepto de dosis mínima para el uso personal, previsto en el literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986, bajo el entendido que la proposición jurídica debe integrarse con el Acto Legislativo 02 de 2009 y las sentencias que se han adoptado en este sentido, bajo la comprensión que el consumidor o adicto puede portar una cantidad diferente a la legalmente establecida, siempre y cuando lo haga con la finalidad de su uso personal y aprovisionamiento, acorde con sus necesidades de consumo.

Así se sostuvo por parte de esta Corporación:

[l]a dosis personal que genera atipicidad de la conducta por la circunstancia de cantidad no es solamente la que determina el literal j) del artículo 2 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 demostración 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 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.⁶

Pero además, resulta de la mayor importancia la consideración hecha por la Sala en el sentido que el tipo penal del artículo 376 del Código Penal, cuando la conducta se relaciona con el porte de estupefacientes, contiene un ingrediente subjetivo tácito, atinente al propósito del sujeto agente, por lo que la realización del tipo penal no depende en últimas de la cantidad de sustancia llevada consigo sino de la verdadera intención que se persigue a través de la acción descrita:

[p]ara la tipicidad de la conducta del porte de sustancias estupefacientes se debe tener en cuenta el ingrediente subjetivo tácito que plasmó el legislador al excluir de la previsión legal la

⁶ CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760.

conducta de quien tenga la finalidad exclusiva de su uso personal por razón de la dependencia como consumidor, adicto o enfermo...⁷

En suma, la evolución del tema relacionado con el porte de estupefacientes –alusivo al verbo rector llevar consigo-, ha consolidado las siguientes tesis (CSJ SP9916-2017, 11 jul. Rad. 44997):

- a) Tratándose de delitos de peligro abstracto –el previsto en el artículo 376 del Código Penal, lo es-, si bien en el momento de creación legislativa se deja implícita una presunción de peligro, esta es legal y no de derecho, por lo que el juez debe llevar a cabo un juicio de antijuridicidad a fin de determinar si se creó un riesgo efectivo, verificable empíricamente, para el bien jurídico protegido.*
- b) En todos los casos, el consumidor ocasional, recreativo o adicto, no puede ser considerado como sujeto pasible del derecho penal, cuando la conducta que realiza carece de cualquier connotación afín al tráfico o distribución de sustancias estupefacientes o psicotrópicas o drogas sintéticas, con independencia de la cantidad de sustancia prohibida que se lleve consigo, pues en tales eventos no se produce un efectivo menoscabo o peligro concreto para los bienes jurídicos que pueden ser objeto de tutela por el legislador.*
- c) Se reconoce la existencia de un elemento subjetivo implícito en el tipo penal, relacionado con la constatación de la intención del portador de la sustancia estupefaciente, debiéndose establecer si el propósito es el uso personal o si lo es la distribución o tráfico.*

⁷ CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760.

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

En la misma línea, 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.

Entonces, lo que en realidad permite establecer la conformación del injusto típico es el fin propuesto de traficar o distribuir con el psicotrópico, siendo equivocado recurrir a criterios como 'ligeramente superior a la dosis personal'.

No en vano, de tiempo atrás la Sala consideró⁸ como ingrediente subjetivo en el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el ánimo del sujeto que porta las sustancias alucinógenas, pues a partir de ese conocimiento se establece la realización del tipo prohibitivo (distribución), o por el contrario, se excluye su responsabilidad penal (consumo propio). Así lo señaló en el fallo que se viene citando:

[l]a Corte está reconociendo la existencia en el tipo penal del artículo 376 del Código Penal de lo que se conoce en la doctrina como elementos subjetivos distintos del dolo, elementos subjetivos del tipo o elementos subjetivos del injusto⁹, que son aquellos ingredientes de carácter intencional distintos del dolo que en ocasiones se emplean para describir los tipos penales y que poseen un componente de carácter anímico relacionado con una peculiar finalidad del sujeto realizador de la conducta descrita.

Como se sabe, en algunas ocasiones es el mismo legislador el que incluye elementos subjetivos en el tipo penal (p. ej. artículo 239 del Código Penal). En otras, sin embargo, es la jurisprudencia la que recurre a elementos especiales de ánimo cuando no se han previsto expresamente en el tipo penal, haciéndose necesarios para identificar con claridad la carga de intencionalidad y, con ello, el sentido de la conducta.

⁸ CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41130; CSJ SP-4131, 6 abr. 2016, rad. 43512; y, CSJ SP-3605, 15 mar. 2017, rad. 43725

⁹ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Derecho Penal – Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 517; GÜNTER STRATENWERTH, *Derecho Penal – Parte General*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, p. 171; EDMUND MEZGER, *Derecho Penal – Parte General*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 135.

En todo caso, la función de esos ingredientes subjetivos, distintos al dolo, es la de definir el riesgo jurídicamente relevante, esto es, sirven para confirmar o rechazar la tipicidad de la conducta en el plano material dentro del proceso de imputación objetiva.

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.

No quiere decir lo anterior, que el peso de la sustancia portada deba menospreciarse ante su falta de idoneidad para determinar la tipicidad de la conducta punible, pues hace parte de la información objetiva recogida en el proceso y por tanto, junto con otros elementos materiales allegados en el juicio permitirán la inferencia razonable del propósito que alentaba al portador.

Por último, no sobra reiterar que la demostración del componente anímico relacionado con la finalidad, es una carga que le corresponde a la Fiscalía General de la Nación, por tratarse de una de las premisas fácticas de su teoría del caso que obviamente debe abarcar los extremos que

estructuran la conducta punible descrita en el artículo 376 del Código Penal¹⁰."

En el anterior marco jurídico conceptual, que ahora se ratifica, es evidente que la determinación de si el implicado tiene como fin la distribución o venta, se asume necesario complemento del verbo llevar consigo; entonces, la conclusión obligada de realizar por el fallador cuando no se demuestra dicho componente subjetivo, es la absolución.

De esta manera, como se anotó antes, el yerro pasible de atribuir al Tribunal no se agota en la sola desviación de la carga probatoria hacia la defensa, sino que abarca su concepción de lo que el tipo penal contiene, o mejor, del alcance del verbo rector llevar consigo.

Cuando el Tribunal asume que llevar consigo se erige, por sí mismo, en delictuoso, desconoce de la exigencia subjetiva necesaria para complementar como efectivamente típica la conducta, lo que redundará, en términos casacionales, en la tergiversación o indebida interpretación de la norma sustancial.

Por ello, asiste la razón al Ministerio Público cuando en el cargo segundo alude al error directo en cuestión, fácilmente detectable en la argumentación que utilizó el Tribunal para emitir fallo de condena, no otra, se recuerda,

¹⁰ CSJ SP9916-2017, 11 jul. Rad. 44997.

que advertir inexistente la prueba de que el procesado es adicto o consumidor, cuando la inadvertencia debió operar mejor respecto del elemento subjetivo especial, esto es, la demostración de que la droga iba destinada a la venta o distribución, tópicos que necesariamente radican en cabeza del ente acusador.

No es necesario, cabe destacar, que la Corte realice más precisiones respecto de lo debatido, en tanto, es evidente que la jurisprudencia actual cubre con suficiencia las distintas aristas del caso concreto.

Se debe añadir, eso sí, que el mensaje implícito en su tesis, acorde con las coyunturas actuales del fenómeno del narcotráfico y la mejor forma de combatirlo, estriba en llamar la atención respecto del foco de ataque, que no lo debe ser el consumidor o simple portador, sino el andamiaje criminal que permite llevar hasta estos el estupefaciente, a la manera de entender que los organismos de policía e investigación han de sofisticar su tarea para que no se dilapiden esfuerzos y pueda permitirse, a través de una adecuada labor de inteligencia y seguimiento, desarticular las bandas criminales, incluyendo, desde luego, los encargados de atender el llamado microtráfico.

De otro lado, el Fiscal interviniente en la audiencia de alegaciones postuló, de manera accesorio, la necesidad de que la Corte llame la atención en torno de la calificación

fáctica y jurídica que algunos fiscales conciben de manera incompleta, defecto visible en sede de imputación, acusación y alegaciones finales.

Sobre el particular, la Corte advierte que ello efectivamente ha sido motivo de preocupación constante para la Sala, visto el efecto que puede tener para el principio de congruencia y el derecho de defensa, razón por el cual de manera reiterada ha insistido en la necesidad de que los hechos sean expuestos de manera clara, precisa y suficiente.

Incluso, por ocasión de dicha preocupación, de manera pedagógica ha establecido pautas o criterios generales para la elaboración de los escritos de acusación, delimitando en qué consiste la narración de los hechos jurídicamente relevantes y cómo ello se compagina con la conducta o conductas punibles objeto de persecución penal.

En particular, destaca la Corte lo consignado en los radicados 44866, del 16 de abril de 2015 y 44599, del 8 de marzo de 2017.

Para finalizar, releva la Corte que la sentencia de segunda instancia debe ser casada porque incurre en violación directa de la ley sustancial, dado el equivocado entendimiento que dio al contenido del artículo 376 del C.P.

Error que se verifica trascendente, pues, debido al mismo emitió sentencia de condena en contra del acusado por solo llevar consigo sustancia estupefaciente en cantidad superior a la dosis personal, sin que se comprobara que la misma estaba destinada a la venta o distribución.

Lo anotado conduce a que se case la sentencia impugnada, que deberá ser revocada para, en su lugar, absolver a ANDRÉS CAMILO GUZMÁN GÓMEZ del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes por el que fue acusado.

Se dispondrá cancelar las órdenes de captura emitidas en contra del procesado, con ocasión del fallo de condena expedido por el Juez Promiscuo del Circuito de Segovia (Antioquia).

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE


CASAR la sentencia demandada, por consecuencia de lo cual se revoca la condena allí proferida para, en su lugar, **ABSOLVER** al procesado ANDRÉS CAMILO GUZMÁN GÓMEZ, del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Cancélense las órdenes de captura emitidas en contra del acusado por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia (Antioquia).

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.


LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA


JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA


JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO


EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



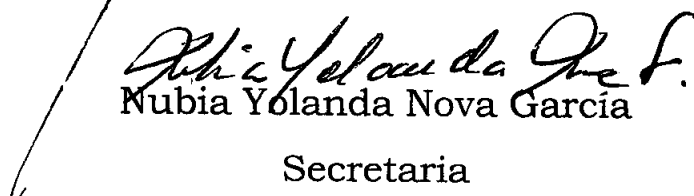
EYDER PATIÑO CABRERA



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR



LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO



Nubia Yolanda Nova García
Secretaria

