

TEMA: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - es necesario que la posesión de una sustancia estupefaciente en cantidad superior a la dosis personal no represente en absoluto y bajo ninguna circunstancia, un riesgo para los demás o para la salud pública y los demás derechos protegidos con esa prohibición, y que así se establezca debidamente, para que la conducta carezca de lesividad y quede por fuera del derecho penal. /

HECHOS: La acción judicial está dirigida a que se declare el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. En primera instancia se declaró al acusado penalmente responsable de la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes imponiendo una pena de meses de prisión y multa de smlmv, se negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por expresa prohibición legal, y se dispuso librar orden de captura una vez quedara en firme la sentencia. Le corresponde a la Sala determinar en virtud del recurso de apelación si desde el punto de vista probatorio la Fiscalía cumplió con la carga de demostrar la responsabilidad penal endilgada al procesado o no se demostró que la sustancia que portaba tenía un fin diferente al consumo personal.

TESIS: (...) es necesario que la posesión de una sustancia estupefaciente en cantidad superior a la dosis personal no represente en absoluto y bajo ninguna circunstancia, un riesgo para los demás o para la salud pública y los demás derechos protegidos con esa prohibición, y que así se establezca debidamente, para que la conducta carezca de lesividad y quede por fuera del derecho penal. Como ha dicho la Corte Suprema de Justicia: "Debe, entonces, en cada caso examinarse si la conducta del consumidor trasciende su fuero interno y llega a afectar derechos ajenos, individuales o colectivos, pues sólo así se entenderá superada la exigencia de la afectación, a nivel de lesión o puesta en peligro, del bien jurídico como presupuesto para considerar en estos asuntos, legítimo el ejercicio del poder punitivo del Estado, es decir, para considerar demostrada la antijuridicidad de una conducta susceptible de punibilidad". (...) El porte de estupefacientes en una cantidad superior a la establecida legalmente como dosis de uso personal, es una conducta típica que se presume antijurídica. Sin embargo, como quiera que tal presunción ostenta carácter iuris tantum, la prueba de que su destino es el consumo estrictamente personal sin que apareje interferencia en derechos ajenos (orden socio-económico o la seguridad pública), desvirtúa tal suposición legal y, por ende, excluye la responsabilidad penal. En consecuencia, la cantidad de estupefaciente que se lleve consigo no es el único elemento definitorio de la antijuridicidad, sino sólo uno más de los que habrán de valorar los juzgadores a fin de determinar la licitud de la finalidad del porte. CSJ SP-15519-2014. (...) 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. CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760. (...) Si bien el caso en concreto se le imputó al acusado el verbo rector portar, debe analizarse en virtud de lo antes indicado por la Corte Suprema de Justicia frente a que la carga de la prueba le corresponde a la Fiscalía en lo atinente a la demostración del fin de la sustancia, que sea diferente al consumo, lo cierto es que ese criterio no puede aplicarse de manera indistinta a cualquier ciudadano, independiente de la cantidad de sustancia que le haya sido incautada. Ello, teniendo en cuenta que si bien en un principio el Estado trató de despenalizar la dosis personal o de aprovisionamiento, fueron la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia

las que establecieron que en momento alguno ello podía darse, habida cuenta que conscientes de las difíciles situaciones por las que tenían que pasar las personas farmacodependientes para proveerse de la droga a la que eran adictas, desde hacía varios años venían flexibilizando el concepto de dosis personal, para no asumirlo con rigidez matemática en cuanto a las cuantías estipuladas en el literal j del artículo 2 de la Ley 30 de 1986, sino más bien desde una perspectiva más amplia y contextualizada para cada caso en concreto, en donde se analizara la situación en particular y dependiendo de la cantidad de sustancia, del estado de farmacodependencia del agente y de su intención de consumo propio o de expendio a terceros, se estableciera si a pesar de que lo incautado superaba lo establecido para dosis personal, ello no resultaba lesivo de la salud pública, ni de otros bienes jurídicos involucrados como son la seguridad pública, el orden económico y social, la administración pública y la integridad y autonomía personales. (...) Así entonces, considera la Sala que no es posible inferir que la sustancia estupefaciente que le fue hallada al acusado fuera para su propio consumo, reiteramos, por la cantidad que supera con creces la dosis personal, y si bien hemos sido partidarios que cuando se trata de consumidores, el tratamiento no debe ser punitivo sino profiláctico, pero cuando efectivamente se pueda inferir que era para el consumo personal, que la sustancia incautada no es exagerada como en este caso. (...) Para la Sala entonces en este caso no cabe duda que se estructura el verbo rector “portar” con fines diversos al propio consumo; quedó demostrada la configuración de la modalidad llevar consigo y el verbo portar por el cual se solicitó condena, pues difícilmente, por lo irrazonable, situaciones como la analizada, en donde es claro el porte de grandes cantidades de sustancia estupefacientes perfectamente distribuida para su comercialización o distribución, con exteriorización de actitudes por parte del agente que así lo denotan, puedan pasar por “porte” para el propio consumo, cuando, se insiste, como en el sub examine, además de la cantidad, forma y distribución del material ilegal, existen otros elementos de juicio que apuntan en una dirección diametralmente opuesta a la de la auto puesta en peligro por el consumo, y que develan, a no dudarlo, situaciones propias de tráfico, suministro o distribución o comercialización del alucinógeno, por lo que se confirma la sentencia de primera instancia.

M.P: OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

FECHA: 18/07/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

SALVAMENTO DE VOTO: LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO.



Al servicio de la Justicia y la Paz Social

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, dieciocho (18) de julio de dos mil veinticuatro (2024)

RADICADO	05-001-60-00-206-2020-03283
DELITOS	TRAFICO FABRICIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES
PROCESADO	WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
ASUNTO	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
DECISIÓN	CONFIRMA

MAGISTRADO PONENTE:

DR. OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Proyecto aprobado en Sala del quince (15) de julio de dos mil veinticuatro (2024), mediante Acta Nro. 037 y leído en la fecha

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la Dra. **LIZA SHIRLEY GÓMEZ VALLEJO**, defensora pública del señor del Sr. **WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA** en contra de la sentencia emitida el veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintidós (2022) por el Dr. **SANTIAGO GARCÉS OCHOA**, Juez Veinticinco (25) Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín, mediante el cual condenó a dicho ciudadano por el delito de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**.

2. HECHOS

Tuvieron ocurrencia el día 7 de febrero de 2020, a eso de las 23:10 horas en la carrera 53 con calle 56, vía pública del centro de la ciudad cuando el señor WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA fue sorprendido llevando consigo una sustancia marihuana que arrojó un peso neto de 422.9 gramos, distribuida en 256 cigarrillos, así como llevando 97.2 gramos de Cocaína, dosificada en 300

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

papeletas y la sustancia sintética clonazepan con un peso neto de 9.3 gramos dosificada en 55 pastillas de rivotril, razón por la cual se le dio captura.

3. RECUENTO PROCESAL

Por los anteriores hechos, el 8 de febrero de 2020, el Juzgado 3° Penal Municipal de Control de Garantías declaró la legalidad del procedimiento de captura, la Fiscalía formuló imputación por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, verbo rector llevar consigo, conforme al Art. 376 del Código Penal. La Fiscalía no solicitó imposición de medida de aseguramiento.

Presentado el escrito de acusación, le correspondió al Juzgado 25 Penal del Circuito de Medellín. El 15 de febrero de 2021 fue realizada audiencia de formulación de acusación, el 21 de abril del mismo año la audiencia preparatoria y el 27 de julio de 2022 inició el juicio oral en el que las partes presentaron estipulaciones probatorias como la plena Identidad del acusado, calidad y cantidad de la sustancia incautada y la calidad de persona de habitante de calle del procesado.

El 8 de julio de 2021 fue anunciado sentido de fallo de carácter condenatorio y el 28 de septiembre de 2022 se profirió la sentencia condenatoria.

4. DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El Dr. **SANTIAGO GARCÉS OCHOA**, en su calidad de Juez 25 Penal del Circuito de Medellín, señaló que llegó al convencimiento más allá de toda duda razonable sobre la ocurrencia de la conducta y de la responsabilidad del autor, en este caso el señor William Echavarría Tavera. La calidad y naturaleza de las sustancias incautadas fueron estipuladas, acreditándose con el respectivo material suasorio, verificando la veracidad del mismo.

Indicó que los policías captores acudieron al estrado a rendir testimonio frente a los hechos y la forma como se dio la captura del procesado, por lo que examinado el recaudo probatorio fueron satisfechos los presupuestos procesales y sustanciales para afirmar la existencia de la conducta y la responsabilidad penal a título de autor.

Expuso que quedó probada la tipicidad objetiva con los testimonios de los uniformados que relataron de manera precisa y detallada cómo a través de las cámaras del 123 observaron el

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

procesado, salió huyendo al ser encontrado por la patrulla, lo requisaron y le hallaron la sustancia en diferentes denominaciones y cantidades. Con relación a la tipicidad subjetiva, indicó que el procesado tenía plena consciencia de la acción desarrollada, que portaba sustancias en cantidades superiores a las permitidas sin permiso para ello. Estaba acreditada la antijuridicidad formal en tanto el hecho era típico y sin duda contrario al derecho positivo, siendo la controversia, lo concerniente a la antijuridicidad material, pero que la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la misma no se presenta cuando se sobrepasa mínima, racional o ligeramente la dosis de uso o consumo personal, siempre que su destino sea el propio consumo y de ninguna manera se prevea su potencial comercialización o distribución así sea a título gratuito.

Hace referencia a decisiones del Alto Tribunal, así como decisiones de esta Corporación, en las que se ha debatido la antijuridicidad material cuando las sustancias incautadas superan ligeramente la dosis personal y son destinadas al propio consumo, y que en este evento, era relevante indicar que no era común el hallar a una persona en situación de calle con sustancia estupefaciente en cantidades que superaban ampliamente la dosis personal y en una zona donde hay plaza de vicio que opera las 24 horas del día, sumado al alto costo que pudiera tener lo incautado, lo que descartaba el exclusivo consumo personal, sin que se pretendiera demostrar la calidad de consumidor adicto del acusado por la defensa.

Estimó que el señor Echavarría Tavera tenía el conocimiento de su actuar, sabía que era ilícito y aun así decidió ejecutar la conducta, lo que demostraba su culpabilidad, por tanto, quedaba demostrado el conocimiento más allá de toda duda sobre la comisión de la conducta típica, antijurídica y culpable.

En virtud de ello, declaró al acusado penalmente responsable de la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, conforme al Art. 376, inciso 2° del Código Penal, imponiendo una pena de 10.66 meses de prisión y multa de 0.33 smlmv para el año 2020. Negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por expresa prohibición legal. Dispuso librar orden de captura una vez quedara en firme la sentencia.

5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

Inconforme con la decisión, la Dra. **LIZA SHIRLEY GÓMEZ VALLEJO**, defensora de **WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA** interpuso recurso de apelación y argumentó que conforme lo ha sostenido reiterada jurisprudencia, el acto Legislativo 002 de 2009 cambió el enfoque para tratar a las personas que detentaran sustancia estupefaciente para su consumo, pues pasó de una perspectiva punitiva o represiva a una orientación preventiva, pedagógica, profiláctica o terapéutica.

Anotó que era el ánimo de tráfico con el que se tuviera el estupefaciente lo que determinaba el aspecto subjetivo de la tipicidad y su demostración corría a cargo de la Fiscalía, sin que las dificultades probatorias la excusaran de esa carga, ya que el consumidor que excediera la dosis personal también tendría excesivas dificultades demostrar que la sustancia no la tenía para el tráfico, por ello no debía proferirse una sentencia condenatoria, ya que el fallador debía llegar al conocimiento cierto que la sustancia portada se tenía para el tráfico.

Expuso que eran disímiles los testimonios de los policiales, pues uno dijo que había buena iluminación, mientras otro anotó que había varias lámparas dañadas, porque las dañan los habitantes de calle y ambos coincidieron en que había alrededor de 500 personas, lo que no permitía establecer si el procesado tenía la sustancia para su único consumo o el de varias personas y si la Fiscalía no demostró el ánimo de tráfico con el que su defendido portaba el estupefaciente, no podía hablarse que quiso realizar ese comportamiento, no dándose ese requisito subjetivo de la tipicidad.

Añadió que el argumento frente a la cantidad de sustancia estupefaciente y la presentación de la misma, conforme a lo argumentado en la sentencia para cimentarla era contrario a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, pues a pesar de no establecerse la calidad de consumidor de su defendido, tampoco se demostró lo contrario, es decir, que la sustancia tuviera fines de expendio, por lo que prevalece la presunción de inocencia, por ello, la falta de prueba no podía considerarse como carencia de la calidad de consumidor y tampoco imponerle a la defensa que presentara prueba en su favor, correspondiendo a la Fiscalía demostrar el tráfico y por ende, todos los elementos estructurales de delito, sin que ni siquiera en este caso a través de indicios que se derivaran de la aprehensión del procesado se estableciera la finalidad de tráfico.

Agregó que tampoco le fue encontrado dinero en efectivo que permitiera inferir la venta de sustancia, y el hecho de no tenerlo no implicaba que con anterioridad no pudiese tenerlo para

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

adquirir la sustancia y esa iliquidez era incompatible con la venta de estupefacientes, pues es normal que los vendedores al menudeo tengan dinero en su poder en bajas denominaciones como producto de la labor de venta, como tampoco que la actitud sospechosa pudiera erigir la demostración del tráfico de estupefacientes.

Comentó que hubo un desconocimiento de las reglas de apreciación de las pruebas, con lo cual se presentó un error de hecho por falso juicio de identidad, toda vez que el juez tergiversó el testimonio de su defendido ya que no hubo valoración de los testimonios en conjunto, y tampoco se aplicó los criterios lógicos, conllevando a una tergiversación de los medios probatorios.

Por último, agregó que la cantidad de sustancia no era suficiente para predicar tráfico conforme a lo manifestado en sentencia SP4943-2019 de la Dra. Patricia Salazar Cuéllar en la que se indicó que la cantidad por sí misma no imponía colegir un contexto de tráfico, requiriendo la demostración de un ingrediente subjetivo referente a la finalidad de tráfico o distribución, y aunque las cantidades superaban con creces lo establecido para la dosis personal, ello era compatible con las dosis de aprovisionamiento para el consumidor habitual que por alguna circunstancia se abastece para varios meses dependiendo del grado de farmacodependencia que presente o para el consumo de varias personas, como acontece en el lugar donde fue hallado el procesado, máxime si se trata de adictos compulsivos que requieren de dosis altas de sustancia.

Solicita sea revocada la sentencia y en su lugar se profiera fallo absolutorio en favor de su defendido por el delito que le fue endilgado.

6. SUJETOS NO RECURRENTES

No obstante haberse corrido traslado en tiempo oportuno a los sujetos no recurrentes, ninguno de ellos se pronunció frente al recurso de la defensa, no siendo óbice esta situación para proferir el fallo correspondiente en de segunda instancia.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Conforme lo reglado por el artículo 34 numeral primero de la Ley 906 de 2004, es competente la Sala para conocer el recurso de alzada en tanto es superior funcional del Juzgado Noveno Penal del Circuito de Medellín, despacho que profirió la providencia recurrida.

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

El problema jurídico planteado en el recurso de apelación consiste en establecer si -desde el punto de vista probatorio- la Fiscalía cumplió con la carga de demostrar la responsabilidad penal endilgada al señor **WILLIAM ECHAVARRIA TAVERA** por el presunto delito de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**, verbo rector portar y deba confirmarse la sentencia condenatoria emitida, o si, por el contrario, los argumentos esbozados por la defensora en su recurso de apelación tienen la solidez suficiente para revocar la decisión y emitirse sentencia absolutoria, esto es, por considerar que no se demostró que la sustancia que portaba tenía un fin diferente al consumo personal.

En relación con la materialidad típica de la infracción por la que se procede, vale anotar que el delito denominado tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, se encuentra descrito en el artículo 376 del Código Penal con la modificación introducida por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, y corresponde a un tipo penal de pura conducta o formal, en el sentido de que no se requiere para su perfección ningún acontecimiento subsiguiente a las conductas descritas en la norma. El dispositivo legal en comento, a su letra reza:

“El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de droga sintética, sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de ketamina y GHB, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de droga sintética, quinientos (500) gramos de nitrato de amilo, quinientos (500) gramos de ketamina y GHB, la pena será de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de ciento veinte y cuatro (124) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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.”

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

Se trata pues de un delito de peligro abstracto, en el sentido que no exige la concreción de un daño al bien jurídico tutelado, sino que basta la eventualidad que el interés resulte lesionado, pues, el tráfico de sustancias estupefacientes, en cuanto es la condición necesaria y específica para que los individuos y la comunidad las consuman, pone en peligro la salud pública; salud mirada como un bien socialmente difuso, universal y colectivo, por lo que con esta clase de conductas se vulnera la estabilidad de la colectividad, no solo en el plano físico, psicológico, moral, sino también en el económico. Así las cosas, se ha aceptado como bien jurídico básicamente protegido la salud de la colectividad, y no la vida o la salud individual.

Partiendo de este presupuesto, se ha reconocido gradualmente que no se trata sólo de un tipo penal orientado a proteger la salud pública, sino que se trata de hechos pluriofensivos, porque en la misma medida se compromete la economía nacional (orden socio-económico), e indirectamente, la administración pública, la seguridad pública, la autonomía personal y la integridad personal, intereses también protegidos en el Código Penal.

Bajo este último análisis de protección del bien jurídico complejo, la Corte Suprema de Justicia¹, y la Corte Constitucional en sentencia C-491 de 2012 retomando esos importantes pronunciamientos jurisprudenciales, sentó las bases sobre las cuales debía entenderse estructurado el delito en cuestión y más aún reconoció la existencia de una presunción sobre la antijuridicidad material.

En este sentido, se presume que quien realiza cualquiera de las conductas descritas en el precitado artículo 376 del Código Penal, afecta o pone en peligro los bienes jurídicos mencionados haciéndose merecedor de la respectiva sanción penal; sin embargo, atendiendo a criterios como la responsabilidad objetiva, el mismo principio de antijuridicidad material como presupuesto de la conducta típica, debidamente relacionados con los principios constitucionales de dignidad, libertad y libre desarrollo de la personalidad, se ha considerado que en algunos casos, pese a que la conducta se adecua al tipo penal, el comportamiento carece de relevancia para la afectación de los bienes jurídicos protegidos, repercutiendo únicamente las consecuencias en el ámbito de la privacidad de quien consume la sustancia.

Así las cosas, podría decirse que la conducta no es penalizable por ausencia de lesividad en los siguientes casos:

¹ Procesos 23609 de 2007, 28195 de 2008, 31531 de 2009 y 35978 de 2011.

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

- Cuando quien “porta o conserva” el estupefaciente lo hace en las cantidades dispuestas en el artículo 2º literal j) de la Ley 30 de 1986, salvo que dichas cantidades no estén destinadas para el propio consumo sino a la comercialización o distribución gratuita.
- Cuando la sustancia incautada pese a que excede en pequeña cantidad o sobrepasa de manera escasa la dosis personal máxima, está destinada exclusivamente al consumo propio de la persona, adicta o sin problemas de dependencia, ello conforme a lo demostrado en cada caso en particular.

Este último punto en específico, deja en evidencia que ese peligro al que hemos hecho alusión y que la ley presume, puede desvirtuarse. Pero, es preciso controvertirlo. En otras palabras, es necesario que la posesión de una sustancia estupefaciente en cantidad superior a la dosis personal no represente en absoluto y bajo ninguna circunstancia, un riesgo para los demás o para la salud pública y los demás derechos protegidos con esa prohibición, y que así se establezca debidamente, para que la conducta carezca de lesividad y quede por fuera del derecho penal. Como ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

“Debe, entonces, en cada caso examinarse si la conducta del consumidor trasciende su fuero interno y llega a afectar derechos ajenos, individuales o colectivos, pues sólo así se entenderá superada la exigencia de la afectación, a nivel de lesión o puesta en peligro, del bien jurídico como presupuesto para considerar en estos asuntos, legítimo el ejercicio del poder punitivo del Estado, es decir, para considerar demostrada la antijuridicidad de una conducta susceptible de punibilidad”².

Posteriormente concluyó el alto tribunal que la solución a la problemática en cuestión se debía desplazar al ámbito de la tipicidad, esto es, se debía determinar si la conducta desplegada por el agente era atípica, estado del injusto penal hacia donde se itera, se había desplazado la solución del problema planteado por la conducta de portar sustancias estupefacientes. Sin embargo, la más reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia indica que una salida constitucionalmente válida para el asunto, es aquella según la cual le corresponde a la Fiscalía la carga de probar que quien porta el estupefaciente, tiene una finalidad de distribución o suministro a cualquier título, so pena de no demostrar la ilicitud de su comportamiento. Huelga acotar que las posturas del alto tribunal al respecto han ido variando, sin asumir una posición definitiva y unívoca para solucionar este tipo de casos.

² Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 18 de noviembre de 2.008. Ponente: H. Magistrado José Leonidas Bustos Martínez.

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

Sin embargo, las últimas providencias dictadas con relación con este delito, en su verbo alternativo portar o llevar consigo, SP3605-2017 (43.725) del 15 de marzo de 2017, M.P. Eugenio Fernández Carlier; SP9916-2017 (44.997) del 11 de julio de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar; **SP497-2018 (50512) del 28 de febrero de 2018, M.P. Patricia Salazar Cuellar, SP025-2019 (51204) M.P. Patricia Salazar Cuellar y, SP4943-2019, Rad. 51556**, ponencia de la misma magistrada, van en la última dirección en comento, esto es, que corresponde a la Fiscalía demostrar que la finalidad del agente era la distribución relacionada con el narcotráfico o el suministro a cualquier título.

Precisamente en el fallo **SP025-2019 (51204)**, la Sala de Casación Penal revocó la decisión adoptada en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia el 05 de julio de 2017, mediante la cual se confirmó el fallo condenatorio emitido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia, Antioquia el 17 de abril de ese mismo año, y en su lugar la Corte absolvió al procesado por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (artículo 376 del C. Penal. Modificado. Ley 1453/11, art. 11). En igual sentido ocurrió con la decisión **SP4943-2019, Rad. 51556**, en el que la Corte casó la sentencia de segunda instancia que confirmó la emitida en primera por el Juzgado 10° Penal del Circuito de Bogotá que condenó a la procesada por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, absolviendo a la misma del citado cargo.

El siguiente resumen de las ideas expuestas por la Corporación en la citada providencia, ilustra perfectamente la evolución de la jurisprudencia de la Corte en relación con el verbo rector alternativo “portar” que recoge el tipo penal del canon 376 del C. Penal.

“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 prohibidas³.

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.

³ 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.

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

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 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 esa 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.»**⁴*

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 lo dispuesto sobre dosis para

⁴ CSJ SP 11 jul. 2017, rad. 44997.

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

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 2º literal j) de la Ley 30 de 1986.

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 2º 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 2º 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

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

en relación con los límites de la dosis personal establecidos en la ley⁵.

Sin embargo, precisando aquel concepto, la Sala definió con base en su propia jurisprudencia⁶, 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.⁷

Con ello quedaba resuelto el problema relacionado con el peso de la sustancia que era objeto de porte, pues la 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 2º 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

⁵ CSJ SP, 17 ago. 2011, rad. 35978.

⁶ «[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.

⁷ CSJ SP-15519-2014, 12 nov. 2014, rad. 42617. En el mismo sentido, Corte Constitucional, sentencia C-491 de 2012.

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

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.⁸

a) 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:

b) [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 conducta de quien tenga la finalidad exclusiva de su uso personal por razón de la dependencia como consumidor, adicto o enfermo...⁹

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):

c) 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.

d) 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.

⁸ CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760.

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

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

e) 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.

En consecuencia, se torna insuficiente apelar al criterio cuantitativo de dosis para uso personal previsto en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, como factor determinante para la configuración del injusto típico, puesto que en los eventos en que la cantidad llevada consigo no supera aquellos 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 consideró¹⁰ 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:

[]La 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 injusto¹¹, 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

¹⁰ 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

¹¹ 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.

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

tipo penal, haciéndose necesarios para identificar con claridad la carga de intencionalidad y, con ello, el sentido de la conducta.

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 Penal¹².”

8. CASO CONCRETO

En este caso en particular, tenemos que el señor William Echavarría Tavera fue hallado en posesión de marihuana con un peso neto de 422.9 gramos, distribuida en 256 cigarrillos, 97.2 gramos de Cocaína dosificada en 300 papeletas y clonazepan con un peso neto de 9.3 gramos dosificada en 55 pastillas de rivotril, razón por la cual se le dio captura, se le imputó el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, verbo rector, portar.

Si bien el caso en concreto se le imputó al acusado el verbo rector portar, debe analizarse en virtud de lo antes indicado por la Corte Suprema de Justicia frente a que la carga de la prueba le corresponde a la Fiscalía en lo atinente a la demostración del fin de la sustancia, que sea diferente al consumo, lo cierto es que ese criterio no puede aplicarse de manera indistinta a cualquier

¹² CSJ SP9916-2017, 11 jul. Rad. 44997.

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

ciudadano, independiente de la cantidad de sustancia que le haya sido incautada. Ello, teniendo en cuenta que si bien en un principio el Estado trató de despenalizar la dosis personal o de aprovisionamiento, fueron la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia las que establecieron que en momento alguno ello podía darse, habida cuenta que conscientes de la difíciles situaciones por las que tenían que pasar las personas farmacodependientes para proveerse de la droga a la que eran adictas, desde hacía varios años venían flexibilizando el concepto de dosis personal, para no asumirlo con rigidez matemática en cuanto a las cuantías estipuladas en el literal j del artículo 2 de la Ley 30 de 1986, sino más bien desde una perspectiva más amplia y contextualizada para cada caso en concreto, en donde se analizara la situación en particular y dependiendo de la cantidad de sustancia, del estado de farmacodependencia del agente y de su intención de consumo propio o de expendio a terceros, se estableciera si a pesar de que lo incautado superaba lo establecido para dosis personal, ello no resultaba lesivo de la salud pública, ni de otros bienes jurídicos involucrados como son la seguridad pública, el orden económico y social, la administración pública y la integridad y autonomía personales¹³. De igual manera, ambas Corporaciones establecieron que ante las latentes dificultades para que el adicto pudiera abastecerse de la sustancia y la necesidad de la misma, podían proveerse de una cantidad superior para su consumo exclusivo, pero debían reunir tres condiciones:

1) que el portador fuera una persona adicta a los estupefacientes o consumidor ocasional, 2.) que la droga portada o conservada fuera para exclusivo consumo de aquel y 3.) que la misma sobrepasara de una manera ligera o insignificante lo que establecía la norma como dosis personal, ya que en estos casos se entendía que la acción del sujeto activo solo afectaba su propio entorno y, por tanto, aquella no representaba un peligro real o potencial para los bienes jurídicos protegidos por la ley.

Conforme lo establece el Art. 376 del C. P el portar sustancias alucinógenas en cantidades que superen las cantidades legales de dosis personal, configura una acción típica, sin que para tal configuración el legislador exija un ingrediente subjetivo del tipo especial, como por ejemplo el portar con intención de vender o suministrar. El dolo que se exige es el conocimiento del agente frente a la ilicitud de portar droga por encima de lo permitido por la ley y su voluntad de hacerlo. Ahora, de esta simple hermenéutica del referido artículo 376 se pueden extractar varias premisas a manera de conclusiones:

¹³ Sentencia 35978 del 17 de agosto de 2011

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

- 1.) Portar estupefacientes, sin importar la cantidad, para traficarlos en cualquiera de sus modalidades es siempre punible.
- 2.) Portar estupefacientes dentro de los límites de lo que se conoce como dosis personal con fines de consumo, es una conducta atípica.
- 3.) Portar estupefacientes en cantidad que desborde de manera poco significativa o importante lo establecido como dosis personal, con fines de consumo es una conducta típica, pero no antijurídica materialmente.
- 4.) Portar estupefacientes que superen de manera significativa lo establecido como dosis personal, es una conducta típica, pero además que se presume antijurídica, solo que esta presunción por ser *iuris tantum*, admite prueba en contrario; esto es, que, si se verifica que la conducta tenía como única finalidad el aprovisionamiento del propio agente, la conducta no genera efectos punitivos, pues se entiende que no afecta los bienes jurídicos protegidos por la norma penal en cuestión y,
- 5.) Llevar consigo estupefacientes que sobrepasen de manera exorbitante lo permitido como dosis personal, es una conducta típica y antijurídica.

Pues bien, tenemos que si la dosis personal para el consumo de marihuana es de una cantidad de 20 gramos, en este caso el procesado llevaba 21 dosis, dosificadas en 256 cigarrillos, que si bien en principio podríamos decir que sería para su propio consumo, ello no tiene ningún asidero, pues en primer lugar, no se acreditó que fuera consumidor habitual, como tampoco el grado de adicción en el que se encontrara, carga que sí le correspondía a la defensa demostrar, pero adicional a ello, es que no sólo se trataba de una sola sustancia que le haya sido incautada como en los casos en los que la Corte absolvió, sino que además de ello, también le fueron hallados 97.2 gramos de cocaína, dosificada en 300 papeletas, y como si fuera poco, 9.3 gramos de clonazepan, dosificada en 55 pastillas de rivotril, es decir, tres sustancias diferentes que en manera alguna podría decirse que toda esa cantidad encontrada era para el consumo personal del señor William Echavarría Tavera, miremos por qué:

- 1) No podemos hablar de dosis de aprovisionamiento para semanas, como lo aduce la defensa, por cuanto precisamente el sitio donde fue capturado el señor Echavarría Tavera es un lugar

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

cercano a plazas de vicio, como se conocen comúnmente, de tal manera que su provisión no se dificulta en manera alguna porque va a tener amplia posibilidad para la adquisición de la sustancia, contrario a lo que sí ocurriría con una persona que vive lejos de la ciudad, en el campo, donde sí sería más difícil la adquisición de la misma, o como en el caso de los soldados que se internan en la selva o en zonas rurales a patrullar por meses, de tal manera que en esos eventos sí podría inferirse que la cantidad de sustancia es para consumo de mucho tiempo o sí podríamos decir dosis de aprovisionamiento, pero en este caso, hablar que esa cantidad era para aprovisionamiento de un largo tiempo queda totalmente desvirtuada.

2) Ciertamente es que muchos consumidores que ya tienen un grado alto de adicción a las sustancias estupefacientes consumen varios tipos de estas, pero es que en este caso, la cantidad de sustancia encontrada al procesado, así como su dosificación no permiten inferir que fuera para su propio consumo, era una alta cantidad de sustancia, de tres clases diferentes, mismas que no sobrepasaban ligeramente la dosis personal, sino una en 41 veces y la otra 97 veces, además de las 55 pastillas de rivotril.

3) El lugar donde fue capturado el señor Echavarría Tavera, como la misma defensora lo corrobora, es un sitio donde se reúnen muchas personas a consumir sustancias, porque es aledaño a la plaza donde se expenden las mismas, por manera que si bien se alega que era para el consumo personal, jamás puede descartarse que también eran para el expendio, y el hecho de no encontrarle dinero al capturado, no implica que no las pudiera expender, así fuese a título gratuito, además, en este tipo de situaciones suele ser común que quienes venden sustancia estupefaciente de manera constante se despojen del producto de la venta entregándolo a sus proveedores, por temor a perder el dinero o ser despojados del mismo de manera violenta. Reiteramos, es que, si fuese para el propio consumo, no tendría una cantidad tan alta en su poder porque precisamente tiene a su disposición quien le provea la sustancia en el lugar donde fue capturado, y ni modo de pensar que consigue la sustancia en alta cantidad ya dosificada, se la lleva para su casa y al otro día regresa para consumirla en el sitio.

4) Al acusado le fue reconocida la circunstancia de marginalidad y extrema pobreza establecida en el Art. 56 del Código Penal y que influyó en la comisión de la conducta, pues fue estipulado que era un habitante de calle, siendo este un hecho indicador que permite inferir de manera razonada que no es una persona que cuente con la capacidad económica para adquirir el monto del alijo incautado, adicionalmente se encontraba en altas horas de la noche. Por otro lado, si se trata de

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

una dosis de aprovisionamiento, lo menos que pudo hacer la defensa era mostrar quién le dio el dinero para adquirir esa cantidad o de donde lo obtuvo, pues se itera, su condición económica diáfananamente no coincide con la cantidad que llevaba consigo, indicándose así una actividad más orientada al tráfico que la de consumo, lo que a todas luces desvirtúa que éste tuviera la capacidad económica para sufragar el valor de una cantidad tan alta de tres tipos de sustancia estupefaciente, y por ende, que la hubiese adquirido para su consumo personal, pues no hay manera de inferir que de pronto le fue otorgada gratuitamente porque para quienes trafican con estas sustancias representa un alto valor y que si bien pueden donar sustancia, lo hacen en dosis pequeñas y eso para quienes se inician en el mundo de las drogas para atraerlos y poderse volver sus proveedores.

Así entonces, considera la Sala que no es posible inferir que la sustancia estupefaciente que le fue hallada al acusado fuera para su propio consumo, reiteramos, por la cantidad que supera con creces la dosis personal, y si bien hemos sido partidarios que cuando se trata de consumidores, el tratamiento no debe ser punitivo sino profiláctico, pero cuando efectivamente se pueda inferir que era para el consumo personal, que la sustancia incautada no es exagerada como en este caso.

Cierto es que no hay, digamos, una regla o un tope preciso para que los jueces calculen cuando se trata de una cantidad para consumo o para expendio, pues cada situación presenta sus propias particularidades, pero claro es que, en este asunto, esa dosis exagerada hallada al señor William Echavarría Tavera no la tenía para su consumo personal y menos podríamos afirmar que era una cantidad alta porque se trataba de su aprovisionamiento, por lo antes analizado.

Solamente podría exigírsele a la Fiscalía esa carga probatoria cuando esa cantidad de sustancia que sea incautada, resulte ambigua para demostrar la antijuridicidad de la conducta, pues de otra manera, implicaría recaudar una prueba imposible y genere impunidad frente a la conducta que si debe ser penalizada como es el tráfico de estupefacientes, en tanto, pequeños expendedores se excusan en que son consumidores y que la cantidad de estupefacientes que le es incautado, la tienen para consumo personal, cuando en realidad son dedicados al microtráfico.

Ahora bien, es verdad que la defensa alegó dentro de la actuación la condición de consumidor del señor **ECHAVARRÍA TAVERA**, sin embargo, debe dejarse claro que esta situación no excluye *per se* otras finalidades, pues como revela la experiencia, las personas consumidoras y aquellos que están inmersos en el negocio del narcotráfico, incluso los carritos o habitantes de calle, se ven

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

abogados a realizar otras conductas distintas al porte para el consumo, con el fin de obtener los recursos económicos o físicos para satisfacer su adicción.

Como puede colegirse, sin necesidad de mayores esfuerzos y sin pretender desatender los lineamientos jurisprudenciales emanados de la última línea dictada por la CSJ para solucionar este tipo de casos de porte de estupefacientes, analizada más arriba, sin lugar a dudas el contexto descrito, sumada a la actitud del justiciable de pretender ocultarse o evadir a los policiales que lo requirieron para su registro, en una reconocida zona de expendio con una cantidad excesiva de estupefacientes distribuida en dosis para la venta, sin justificación razonable para su porte, permite concluir que nos encontramos ante un evento de tráfico, distribución o suministro del material ilegal.

Resta por decir que, factores como la cantidad, forma y distribución de la sustancia estupefaciente, que en principio y por sí solos no logran demostrar la estructuración del injusto típico, analizados de manera conjunta con el resto de circunstancias concomitantes que rodean los hechos, cobran innegable relevancia para este fin y demuestran de esta manera la lesividad de la conducta de llevar consigo, o portar con fines distintos al propio consumo, desplegada por el agente y la consecuente afectación o puesta efectiva en peligro del bien jurídico protegido por el dispositivo 376 del C. Penal, de la salud pública.

Para la Sala entonces en este caso no cabe duda que se estructura el verbo rector “portar” con fines diversos al propio consumo; quedó demostrada la configuración de la modalidad llevar consigo y el verbo portar por el cual se solicitó condena, pues difícilmente, por lo irrazonable, situaciones como la analizada, en donde es claro el porte de grandes cantidades de sustancia estupefacientes perfectamente distribuida para su comercialización o distribución, con exteriorización de actitudes por parte del agente que así lo denotan, puedan pasar por “porte” para el propio consumo, cuando, se insiste, como en el sub examine, además de la cantidad, forma y distribución del material ilegal, existen otros elementos de juicio que apuntan en una dirección diametralmente opuesta a la de la auto puesta en peligro por el consumo, y que develan, a no dudarlo, situaciones propias de tráfico, suministro o distribución o comercialización del alucinógeno.

Es decir que, además de la cantidad o peso del estupefaciente incautado, la cual por cierto en este caso resulta bastante relevante, se cuenta con otro hecho indicador, reiteramos, como la

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

distribución del estupefaciente, empacado en 256 cigarrillos de marihuana, 300 papeletas de Cocaína y 55 pastillas de Rivotril, que permiten inferir de manera razonable que el propósito del portador o acusado, no era nada diferente al tráfico o distribución en la colectividad de ese estupefaciente.

Corolario de lo anterior, no puede perderse de vista los elementos que rodean la comisión de la conducta punible, las circunstancias concomitantes a los hechos, aquellas que explicitan la forma en que estos se desarrollaron y los indicadores de otras posibles finalidades diferentes al propio consumo, pues decir lo contrario sería tanto como sostener que el verbo “portar” ha desaparecido de nuestra legislación, y ello, se itera, tal como bien se explicó más arriba, no es así.

Concluido el análisis de todos los elementos descritos en el tipo penal por el cual se formuló acusación en contra del procesado y verificado su pleno cumplimiento en el caso bajo estudio, arriba la Sala al convencimiento más allá de toda duda razonable, de que existe la prueba suficiente para predicar que **WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA** es responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y, por lo tanto, lo que impone es atender los pedimentos de los recurrentes y **CONFIRMAR** entonces la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado 25 Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Veinticinco Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Medellín y que fuera objeto de apelación, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: Esta decisión se notifica en estrados y en su contra procede el recurso de casación de conformidad los artículos 180 y siguientes de la ley 906 de 2004.

TERCERO: Copia de esta providencia será enviada al Juez de instancia.

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

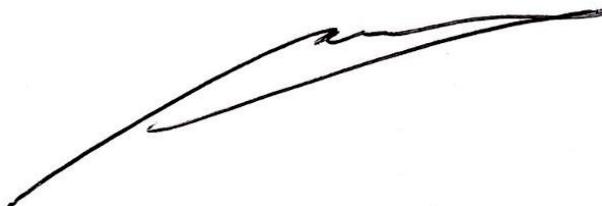
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado
Con Aclaración de voto



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado
Con salvamento de Voto

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

ACLARACIÓN DE VOTO:

Estoy de acuerdo con la decisión tomada por la Sala Mayoritaria; sin embargo, de tiempo atrás respetuosamente no he compartido el último precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en tanto la cantidad de droga portada por el sujeto activo sí es determinante para establecer la tipicidad de la conducta, independiente de la finalidad o no de tráfico, como quiera que el verbo portar o llevar consigo, es un comportamiento penalizado por el legislador de manera autónoma. Cosa diferente son los análisis de antijuricidad que al respecto surjan con relación a este asunto.

Para una mejor comprensión de mi postura, transcribo en lo pertinente lo planteado en otros casos similares en sentencias en donde he fungido como Magistrado ponente, advirtiendo eso sí, que ha habido aclaración de voto por parte de los integrantes de la Sala:

“7.2.1. La dosis personal de estupefacientes en el ordenamiento jurídico penal colombiano.

La cuestión de la dosis personal de psicoactivos viene planteada desde la expedición de la Ley 30 de 1986, cuando en el numeral J de su artículo segundo la definió como:

Aquella cantidad de estupefaciente que una persona porta o conserva para su propio consumo. Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos. No es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad...

Empero, en el artículo 51 se estableció una serie de sanciones para el portador (multas, arrestos e internamientos en establecimientos de desintoxicación) dependiendo del grado de reincidencia y su estado de drogadicción, asumiéndose que, si bien tal comportamiento no era un delito, sí se tipificaba como una contravención policial.

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

La Corte Constitucional abordó por primera vez el tema en la sentencia C-221 de 1994, con ocasión precisamente de una demanda de inconstitucionalidad en contra de estos dos preceptos normativos. La referida Corporación con fundamento en el principio y derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 16 de la Carta Política, declaró constitucional la primera norma; pero inexecutable la segunda aduciendo que dicha preceptiva afectaba de manera desproporcionada la autonomía de las personas para manejar su vida de acuerdo a sus propios designios, incluido ahí el cuidado de su salud.

Según la Corte, el Derecho solo puede tener como objeto de regulación “*el comportamiento interferido*”, esto es, las acciones de una persona que afectan la órbita de otras, en tanto que lo demás, es decir, lo que tiene que ver estrictamente con el fuero interno del sujeto, solo puede quedar a la regulación de la moral. En conclusión la dosis personal tal como está definida en el literal j *idem* quedó despenalizada.

A partir de este momento, y con fundamento en el Decreto 100 de 1980 y la Ley 599 de 2000, tanto la Corte Suprema de Justicia¹⁴ como la Corte Constitucional¹⁵ sentaron sendas líneas jurisprudenciales pacíficas y consolidadas en el sentido de que el porte de estupefacientes en las cantidades establecidas en el literal j del artículo 2 de la Ley 30 de 1986 no constituye delito por vía de la **atipicidad**, o por vía de la **antijuricidad** cuando tales montos no superan de manera significativa esos baremos.

Así, por ejemplo, en una de las tantas sentencias, nuestra Corte de Cierre en lo Penal estableció:

En este orden de ideas, considera punible el transporte, porte, venta, adquisición, financiación o suministro, a partir de más de 1 gramo de droga estupefaciente (cocaína), pues este guarismo marca el límite de permisibilidad, si de dosis personal se trata, es decir, para consumidores, trátense de adictos o de no fármaco dependientes. Con todas las consideraciones que desde el punto de vista político criminal se pueden elaborar acerca del mercado de la cocaína, resulta evidente afirmar que las cantidades que se acercan al límite de lo permitido para consumidores, se ubica en una sutil franja de lo importante a lo insignificante. Empero, si bien el legislador no le ha otorgado discrecionalidad al juez para modificar las

¹⁴ Sentencias 11177 de 1996, 18609 de 2005, 23609 de 2007, 28195 de 2008, 31531 de 2009 y 29183 de 2008 entre otras.

¹⁵ Por ejemplo, la sentencia C-420 de 2002

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

cantidades, en orden a su punibilidad, debe tenerse en cuenta que lo dispuesto para la dosis personal marca una pauta importante para fijar la ponderación del bien jurídico en orden a su protección¹⁶.

No obstante esto, con posterioridad, especialmente en el Gobierno Uribe, se hizo ingentes esfuerzos para penalizar la dosis personal, como una de las estrategias para atacar el narcotráfico¹⁷. Así, como tal despenalización tuvo su fundamento en el libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 16 de la Carta Política, los primeros intentos buscaron modificar dicho precepto; pero como ello no fue posible, a lo último se propuso reformar el artículo 49 Constitucional que tiene que ver con el servicio de salud y el saneamiento ambiental, lo cual efectivamente se logró por medio del Acto Legislativo 02 de 2009, que adicionó dos incisos a la norma, con los cuales efectivamente se prohibió el porte y consumo de alucinógenos¹⁸, a la vez que se establecieron una serie de medidas de asistencia no solo para el farmacodependiente sino también para su familia, siempre y cuando haya consentimiento de su parte.

De esta manera, el acto legislativo en principio no era para flexibilizar el porte de estupefacientes **sino para prohibirlo**, tal como reza claramente su tenor literal y ello precisamente llevó a la comunidad jurídica a pensar que la dosis personal había desaparecido en Colombia, peor aún con la expedición de la Ley 1453 de 2011, que en su artículo 11¹⁹ reformó el 376 penal para, entre otras cosas, eliminar la expresión “salvo lo

¹⁶ Casación 18609 de 2005

¹⁷ Una buena síntesis de esto, se puede encontrar en la sentencia C-574 de 2011

¹⁸ “El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos.”

¹⁹ “El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200)

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

dispuesto sobre dosis para uso personal” que traía dicha preceptiva en claro acatamiento de la sentencia C- 221 de 1994.

Así las cosas, en principio todo parecía indicar que la dosis personal en Colombia había sido penalizada; sin embargo, tanto la Sala de Casación Penal como la Corte Constitucional en pronunciamientos del año 2011²⁰ y del 2012²¹ respectivamente coincidieron en dictaminar que ello no era así, explicando: 1.) que el literal j del artículo 2 de la Ley 30 de 1986 no ha sido derogado, 2.) que el artículo 16 de la Constitución Política tiene plena vigencia, 3.) que frente a la probable antinomia entre esta norma y el reformado artículo 49 también superior, que aunado al artículo 11 de la Ley 1453 de 2011 anulaban la autodeterminación de la persona, debía privilegiarse el canon que protegía el libre desarrollo de la personalidad y 4.) que a pesar de la prohibición que se estableció en el Acto Legislativo 02 de 2009 ya referido, ello no implicaba penalización sino la adopción de medidas pedagógicas y de salud pública para prevenir el consumo, pues el drogadicto se debe considerar no como un delincuente sino como un enfermo.

Ahora bien, tanto la Sala de Casación Penal como la Corte Constitucional conscientes de las difíciles situaciones por las que tienen que pasar las personas farmacodependientes para proveerse de la droga a la que son adictas, flexibilizaron el concepto de dosis personal, para no asumirlo con estrictez matemática en cuanto a las cuantías estipuladas en el literal j del artículo 2 de la Ley 30 de 1986, sino más bien desde una perspectiva más amplia y contextualizada para cada caso en concreto, en donde se analice la situación en particular y dependiendo de la cantidad de droga, del estado de farmacodependencia del agente y de su intención de consumo propio o de expendio a terceros, se establezca si a pesar de que lo incautado supera lo establecido para dosis personal, ello no resulta lesivo de la salud pública, ni de otros bienes jurídicos involucrados como son la seguridad

gramos de droga sintética, sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de ketamina y GHB, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de droga sintética, quinientos (500) gramos de nitrato de amilo, quinientos (500) gramos de ketamina y GHB, la pena será de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de ciento veinte y cuatro (124) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

²⁰ Sentencia 35978 de 2011

²¹ Sentencia 491 de 2012

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

pública, el orden económico y social, la administración pública y la integridad y autonomía personales²².

En esa línea, en principio las dos altas Corporaciones convergieron en establecer que de manera cierta, muchas veces las personas drogadictas por los obstáculos y peligros que les representa el conseguir la droga para su consumo o simplemente por las necesidades de su adicción, tratan de proveerse de una cantidad superior a la permitida por la ley, pero con la clara intención de tenerla para su exclusivo consumo; lo cual puede asumirse como lo que se conoció en su momento como “dosis de aprovisionamiento”.

Sin embargo, para que una tal conducta resulte impune se requería en esencia, bajo la óptica jurisprudencial de ese momento, de la reunión de tres condiciones a saber: 1.) que el portador sea una persona adicta a los estupefacientes o consumidor ocasional, 2.) que la droga portada o conservada sea para exclusivo consumo de aquel y 3.) que la misma sobrepase de una manera mínima o no importante lo establecido en la ley como dosis personal, ya que en estos casos se entiende que la acción del sujeto activo solo afecta su propio entorno y, por tanto, aquella no representa un peligro real o potencial para los bienes jurídicos protegidos por la norma.

Así lo dejó sentado la Sala de Casación Penal de la Corte:

Acerca de la denominada “dosis de aprovisionamiento”, la Corte dijo:

La locución “dosis personal” de por sí fija un significado. No se trata de cantidades considerables sino de porciones mínimas destinadas al uso propio, desechándose como extraña a ésta figura el suministro a tercero, aunque sea gratuito, y, con mayor razón, su tráfico, esto es, su utilización económica. Ese consumo individualizado se enfatiza con la expresión legal de ingerir o injerir (introducir una cosa en otra), por una sola vez, la sustancia o droga pertinente. Pero esto no equivale a que la reducida cantidad destinada a ese uso tenga que aplicarse unilateralmente, de modo integrado o total. No, la ley considera que esa máxima porción, es lo que, de modo usual y por una ocasión, puede satisfacer la necesidad del drogadicto. De ahí que se entienda por “dosis personal” tanto el consumo fraccionado de la misma, cuando no se excede el volumen total que es propio a esta noción. Buscándose conservar este sentido y evitar restricciones inadecuadas (consumo de una vez de la máxima cantidad de droga considerada como dosis personal), se insinúa como más apropiada la locución “dosis de aprovisionamiento para uso personal” (Proyecto de Ley num. 13 de 1978, art. 1º. Anales del Congreso de 9 de agosto de 1978).

²² Sentencia 35978 del 17 de agosto de 2011

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

Pero no se quiere con ésta última expresión ni ampliar la cantidad de consumo personal ni menos dilatarlo indefinidamente en el tiempo, dando margen a la posesión de mayores cantidades de drogas o sustancias, lo cual propicia su aplicación a otros fines, distintos al consumo personal, actividades éstas verdaderamente delictuosas y sometibles a severas penas.

Tan es esto así que el aludido proyecto precisa el concepto de “dosis personal” como “la cantidad de sustancia, droga o fármaco que una persona porta para su propio consumo” y señala diez gramos para marihuana, cinco gramos para marihuana hachís y un gramo para cocaína, siempre y cuando que ésta última sea de una concentración que no exceda del 10%.

Entonces, se repite, no se pretende una fundamental diferencia entre “dosis personal” y “dosis de aprovisionamiento para uso personal”, ni menos se busca su aplicación a situaciones distintas y encontradas. Refiérense ambas a la misma cuestión y suscitan un idéntico tratamiento del tema. La segunda locución procura evitar interpretación que se utilizan en parte y en parte se reservan para intensificar, prolongar o repetir su inicial aplicación o uso.

En definitiva las dos expresiones se refieren a un porte destinado al consumo personal, directo, de escasa cantidad y ajeno por completo a propósito de suministrarla a terceros gratuitamente, por dinero o cualquier otra utilidad.²³ (negritas fuera de texto)

Y lo reiteró en el año 2009:

Bien puede afirmarse que al concepto de dosis personal se liga el de “aprovisionamiento”, el cual se evidencia en dependientes (habituales, disfuncionales, destructivos) o experimentadores y ocasionales²⁴ apenas en proceso de iniciación en ese mundo, a quienes como “consumidores hormiga” se les sorprende llevando consigo marihuana, cocaína (derivados) o cualquier otra droga que produzca dependencia física, psíquica y fenómenos de tolerancia, **en cantidades escasas que sobrepasen los topes legalmente permitidos**, eventos en los que antes que producir un daño o peligro de menoscabo al bien jurídico socio colectivo de la salud pública de que trata el Título XIII de la Ley 599 de 2000, lo que se pone de presente es un comportamiento “auto–destructivo” o de “auto-lesión” el cual incumbe los ámbitos exclusivos de la

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Sentencia* del 6 de mayo de 1980, M. P., Dr. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ.

²⁴ El principio de impunidad del consumidor implica defender la no incriminación de todas las conductas relacionadas con la droga, no sólo la tenencia o posesión, que tengan como exclusivo objeto el autoconsumo de la misma por el agente. (...) La impunidad no alcanza sólo al toxicómano o adicto a la droga, que v.gr., cultiva o posea droga para su consumo, sino también al consumidor ocasional, es decir, al que no presenta dependencia ni física ni psíquica y consume esporádicamente droga. La no exigibilidad de responsabilidad criminal en estos casos deriva de la falta de tipicidad del consumo, como acto final o fin objetivo en sí mismo considerado. JAVIER IGNACIO PRIETO RODRÍGUEZ, *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*, Barcelona, Editorial Bosch, 1986, página 221.

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

libertad de esa persona, es decir, a un fenómeno singular carente de antijuricidad material (ausencia de lesividad) y que, por ende, no es punible.²⁵ (negritas fuera de texto).

Este desarrollo hermenéutico de la Sala de Casación Penal fue avalado en un todo por la Corte Constitucional en sede de constitucionalidad:

26. En armonía con el anterior planteamiento, a efecto de definir el objeto normativo sobre el cual emitirá su pronunciamiento, esta Corte prohijará la interpretación efectuada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en relación con el artículo 376 del Código Penal, en la versión modificada por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2001, según la cual:

“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 2º 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..²⁶ (negritas fuera de texto)

Teniendo claro, entonces, que en nuestro actual ordenamiento jurídico, en razón de la clara posición jurisprudencial de las Cortes de Cierre en lo Penal y lo Constitucional, son categorías válidas la de dosis personal y la de dosis de aprovisionamiento, el problema en un momento fue el de determinar cuál era la cantidad tolerada como esta última, ya que la jurisprudencia no tenía un referente exacto al respecto, limitándose a explicar que cada caso en particular se había de analizar dentro de su contexto para determinar si la porción de droga portada era afectatoria, por lo menos de manera potencial, de la salud pública y de los demás bienes jurídicos protegidos con el artículo 376 penal.

Para esos momentos cuando los dos Tribunales hablaron de dosis de aprovisionamiento siempre lo hicieron en relación a cantidades que superaban de manera mínima lo establecido como dosis personal, pues se entendía que superar esos topes afectaría la presunción *iuris et de iure* de antijuricidad material que acompañaba a este tipo de delito que siempre se tuvo como uno de de peligro abstracto²⁷.

²⁵ Sentencia 31531 del 8 de julio de 2009

²⁶ Sentencia C-491 de 2012. En similar sentido véase la C- 574 de 2011

²⁷ La Corte en el proceso 31531 de 2009 absolvió al procesado porque lo llevado consigo eran 1.3 gramos de cocaína, lo mismo que sucedió en el radicado 29183 de 2008 al demostrarse que lo portado era 29 gramos de marihuana; pero condenó en los procesos 23609 de 2007 y 35978 de 2011 porque lo portado fueron 5 gramos de cocaína y 79.9 gramos de marihuana respectivamente.

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

No obstante, la posición de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se flexibilizó aún más, al punto que para el año 2014 hizo un importante giro jurisprudencial en el sentido de que la presunción de antijuricidad por portar dosis de estupefacientes superiores a la personal **no implicaba una presunción de derecho sino una legal** que, por tanto, admitía prueba en contra:

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 antijuricidad, sino sólo uno más de los que habrán de valorar los juzgadores a fin de determinar la licitud de la finalidad del porte.²⁸

Actualmente, en lo que se puede decir es su última posición, la alta Corporación desde el año 2016 ha establecido que como el problema con el porte de estupefacientes por parte de drogadictos o consumidores no es uno de política criminal, sino de salud pública, en tanto no se está tratando con delincuentes sino con enfermos, a la luz del Acto Legislativo 02 de 2009, modificadorio el artículo 49 constitucional, y que, en su nueva visión, en últimas despenalizó el consumo de sustancias psicotrópicas, la cuestión se debe analizar en sede de tipicidad y no de antijuricidad, creando para ello un ingrediente subjetivo al tipo penal del artículo 376 del C. P., bajo el entendido que no tiene relevancia penal el porte si tal conducta no está acompañada de la **intención de tráfico o por lo menos de expendio gratuito**:

Para solucionar el presente asunto en el que YESID ALEXANDER ARIAS PINTO, como adicto a sustancias estupefacientes, quien cumplía con el servicio militar y se aprestaba a salir del batallón para realizar patrullajes, llevaba consigo 50.2 gramos de marihuana, superando así más del doble la considerada como dosis personal, la Corte considera que ha de ser resuelto dogmáticamente en el ámbito de la tipicidad y no en el de la antijuricidad, pues a partir de las modificaciones introducidas al ordenamiento jurídico por el Acto Legislativo 02 de 2009 ha de sopesarse en todo caso el ánimo de ingesta de las sustancias, como ingrediente subjetivo o finalidad, de ahí que el porte de una cantidad de droga

²⁸ C.S.J. Rad. 42617 del 12 de noviembre de 2014

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

compatible exclusivamente con ese propósito de consumo será una conducta atípica, en los términos que se explican en esta providencia.²⁹

Pero la Corte va mucho más allá y partiendo de estas dos últimas posturas, modificó las cargas de la prueba en el proceso, como quiera que estableció que para que la pretensión punitiva de la Fiscalía prospere es en absoluto necesario que esta no solo demuestre, en consecuencia, que el acusado portaba droga en cantidad superior a la permitida por la ley, sino que tal acción tenía como fin el de tráfico oneroso o gratuito, para con ello poder generar la certeza en el juez de que efectivamente la conducta es típica. Es decir, por vía jurisprudencial la Corte le creó al artículo 376 del C.P. un elemento normativo subjetivo.

Además, dentro de la consolidación de la línea jurisprudencial nacida a raíz del pronunciamiento precitado, el órgano de cierre de esta jurisdicción afirmó con rotundidad que la cantidad de estupefacientes portada por el sujeto agente no resultaba determinante para estructurar el juicio de tipicidad, continuando con su postura de la demostración por parte del ente acusador del elemento subjetivo especial generado por vía jurisprudencial y atinente al dolo específico del fin de tráfico o distribución de la sustancia prohibida, para estructurar el juicio de reproche.³⁰

Este criterio fue un tanto morigerado en la sentencia SP4943-2019 con radicado 51556 del 13 de noviembre de 2019, por cuanto en la misma se planteó que si bien la cantidad de estupefaciente no era determinante para determinar el juicio de tipicidad en la modalidad “llevar consigo”, si era un dato indicador que debía valorarse, en conjunto con otros aspectos derivados del contexto, para determinar la finalidad perseguida por el sujeto agente al momento de portar alucinógenos en cantidades superiores a la permitida.

No obstante, todo parece indicar que la Sala de Casación Penal volvió a su línea fuerte respecto de su último precedente, porque en sentencia de muy reciente data ya no destaca que la cantidad de estupefaciente que lleve la persona sea importante, en tanto lo verdaderamente trascendente es la demostración del elemento subjetivo de tráfico, oneroso o gratuito, que tenga la persona que lleva consigo la droga. Es decir que en

²⁹ C.S.J. Rad. 41760 del 9 de marzo de 2016. Esta misma posición en Radicados 43725 del 15 de marzo y 44997 del 11 de julio 2017

³⁰ Cfr. SP4131-2016, abr. 6, rad. 43512, SP3605-2017, mar 15, rad. 43725, SP9916-2017, jul. 11, rad. 44997, SP497-2018, feb. 28, rad. 50512, así como en la SP732-2018, mar. 14, rad. 46848 y SP025-2019, ene. 23, rad. 51204.

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

este caso la Corte absolvió al procesado que llevaba consigo 996.7 gr. de marihuana, por cuanto la Fiscalía solo acusó por llevar consigo, no demostró ánimo de tráfico del procesado y por el contrario quedó plenamente establecido en el juicio con prueba de la defensa,, que era drogodependiente crónico.

Al respecto de todo esto, es importante señalar por parte de esta Colegiatura que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia vertida en la sentencia 42617 del 12 de noviembre de 2014, constituyó un afortunado avance en el tratamiento penal del porte de estupefacientes, cuando estableció que la presunción de antijuricidad de tal conducta, anclada en el desbordamiento de lo establecido legalmente como dosis personal, ahora era legal y no derecho, lo que de suyo implicaba que cuando se verifique que dicho porte se hace con fines exclusivos de consumo, así se sobrepase - eso sí de manera razonable- la cantidad permitida por la ley, sea una conducta típica, como debe serlo, pero no antijurídica, bajo el entendido que no es una acción que afecte bienes jurídicos tutelados de terceros o de la sociedad misma.

Sin embargo, la posterior evolución jurisprudencial, esto es, que el problema del porte de estupefacientes ya no es un problema de antijuricidad sino de tipicidad anclado en la creación del elemento subjetivo del tipo "*con fines de tráfico*", con la consecuente subregla de que la demostración de tal aspecto le corresponde a la Fiscalía General de la Nación, realmente resulta no solo problemática para la dogmática del delito en cuestión, sino para el régimen probatorio establecido en nuestro sistema procesal penal y que se guía, entre otros, por los principios generales -de pacífica aceptación universal- de presunción de inocencia y de la carga de la prueba en los sistemas acusatorios.

En efecto, el artículo 376 del C. P., por expreso mandato del legislador, pune varias conductas alternativas, pero autónomas que tienen que ver no solo con el tráfico, sino con la fabricación o el simple porte de estupefacientes, así en dicha norma se prohíbe: introducir al país, transportar, almacenar, conservar, elaborar, vender, ofrecer, adquirir, financiar, suministrar e incluso el simple llevar consigo sustancias estupefacientes sin permiso de autoridad competente.

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

De lo anterior se puede colegir claramente que el solo portar alucinógenos en cantidades que sobrepasen los baremos legales de dosis personal, es efectivamente una acción típica, sin que para tal configuración el legislador exija un ingrediente subjetivo del tipo especial, como, por ejemplo, el portar con intención de vender o suministrar. No, en este caso por disposición de la propia ley, el dolo exigido es el conocimiento del agente de la ilicitud de portar droga por encima de lo permitido por la ley y su voluntad de hacerlo, porque vuelve y se insiste, el llevar consigo es una conducta alternativa, autónoma, prevista en la norma en comento, sin que resulte cierto que el Acto Legislativo 02 de 2009 despenalizó la dosis personal, como lo hace ver la Corte, porque realmente ni esa fue la intención del constituyente ni del texto de dicha norma se puede colegir tal cosa, como bien lo comprendido la Corte Constitucional según ya se analizó en párrafos precedentes.

De esta simple hermenéutica del referido artículo 376 se pueden extraer varias premisas a manera de conclusiones: 1.) el portar estupefacientes, sin importar la cantidad, para traficarlos en cualquiera de sus modalidades es siempre punible, 2.) portar estupefacientes dentro de los límites de lo que se conoce como dosis personal con fines de consumo, es una conducta atípica, 3.) portar estupefacientes en cantidad que desborde de manera poco significativa o importante lo establecido como dosis personal, con fines de consumo es una conducta típica, pero no antijurídica materialmente, 4.) portar estupefacientes que superen de manera significativa lo establecido como dosis personal, es una conducta típica, pero además que se presume antijurídica, solo que esta presunción por ser *iuris tantum*, admite prueba en contrario; esto es, que si se verifica que la conducta tenía como única finalidad el aprovisionamiento del propio agente, la conducta debe quedar impune, en tanto se entiende que no afecta los bienes jurídicos protegidos por la norma penal en cuestión y 5.) Llevar consigo estupefacientes que sobrepasen de manera exorbitante lo permitido como dosis personal, es una conducta típica y antijurídica.

Ahora bien, las anteriores conclusiones no son de cosecha de la Sala de este Tribunal, sino simplemente la síntesis jurisprudencial de las líneas establecidas por la Corte Constitucional y por la anterior postura de la Corte Suprema de Justicia de cuyos fallos se colige que jamás se ha despenalizado el porte como tal, bajo el entendido que el delito tipificado en el artículo 376 penal, es uno de peligro abstracto, por lo que la antijuricidad se materializa no únicamente con la afectación real y efectiva de los bienes jurídicos que protege la norma, sino con su potencial puesta en peligro. Esto lo tiene muy claro la Corte

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

Constitucional y hasta no hace mucho tiempo también lo tenía la Corte Suprema, pues es una realidad insoslayable que desafortunadamente el micro tráfico de estupefacientes se nutre en buena parte de los propios consumidores que se convierten en expendedores para financiar su adicción y por eso el solo hecho de portar estupefacientes en cantidades significativas es también una conducta criminalizada por nuestro ordenamiento jurídico.

En consecuencia, si el artículo 376 penal, entre otras conductas, tipifica como delito el solo hecho de portar estupefacientes, la Fiscalía cumple con su cometido, para efectos de la tipicidad, cuando demuestra simplemente tal cuestión. Exigirle que pruebe a más de ello, que el porte era con fines de tráfico es crear una nueva conducta penal dentro del tipo, lo cual resulta inadmisibile desde el punto de vista dogmático, pero sobre todo desde la óptica de división de poderes dentro de un Estado Constitucional de Derecho como se precia de serlo el nuestro, en donde la criminalización de conductas le corresponde con exclusividad al poder legislativo, ello obviamente sin contar con que adicionalmente se afecta de manera dramática el principio de cargas probatorias dentro de un sistema acusatorio, porque en últimas se obliga indebidamente a la Fiscalía a hacerle el trabajo a la defensa, que era a quien le correspondía desvirtuar la presunción de antijuricidad, en el sentido de que el porte de estupefacientes, así sea por encima de la dosis personal, era para consumo propio.

En efecto, principio basilar de nuestro modelo de justicia penal es la presunción de inocencia, lo que implica que a la Fiscalía General de la Nación le corresponde probar con certeza la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad de la conducta y ello no tiene discusión. Para el caso exclusivamente del porte de estupefacientes, en consecuencia, a efectos de demostrar la tipicidad, al Ente Instructor le corresponderá únicamente demostrar que el agente llevaba consigo droga por encima de la dosis personal, y para la culpabilidad, bastará que acredite la imputabilidad de dicho sujeto y que la acción le era exigible

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el aspecto de la antijuricidad, la cuestión es más compleja, por cuanto al operar una presunción legal de antijuricidad por tratarse de un delito de peligro abstracto se pueden presentar las siguientes situaciones:

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

1.) Que esté demostrado el porte; pero que la cantidad de droga este por debajo de la dosis personal. En este caso la conducta es atípica y para buscar una condena la Fiscalía tendría que demostrar otro de los verbos alternativos del artículo 376 penal.

2.) Que la cantidad de estupefaciente llevado por el agente supere ligeramente la dosis personal. En este caso la conducta es típica, pero no antijurídica, por lo que para buscar una condena la Fiscalía tendría nuevamente que probar que la acción del implicado si afecta los bienes jurídicos tutelados por el art. 376 a través de la demostración de otra de las conductas previstas en esta norma especialmente las que tienen que ver con fabricación o tráfico.

3.) Que el estupefaciente portado supere de manera razonable lo previsto para dosis personal, pero no de una manera desbordada. En este caso, la conducta es típica y si bien es cierto opera la presunción de su antijuricidad, esta tiene que estar respaldada por un contexto circunstancial que indique, sin lugar a dudas, que el estupefaciente llevado consigo por el agente tenía una finalidad diferente al consumo. Aquí es importante advertirlo, en principio, la carga de la prueba para desvirtuar la presunción de antijuricidad le corresponde a la defensa como quiera que es en contra de ella que se erige la misma; sin embargo, no se puede soslayar que como es deber de la Fiscalía demostrar más allá de cualquier duda razonable todos los elementos del delito, incluida por supuesto la antijuricidad, el papel de la Fiscalía, si va en pos de una sentencia condenatoria, no puede ser del todo pasiva, pues es importante que acopie otros elementos de convicción que refuerzan la certeza de que la conducta del procesado pudo afectar los bienes jurídicos tutelados por la norma, bajo el entendido de que cualquier duda que nazca sobre esta precisa cuestión de la antijuricidad, que ahora admite prueba en contrario, debe ser resuelta a favor del procesado y,

4.) Cuando el porte de estupefacientes supere de manera desbordada lo permitido por la ley, obviamente la conducta es típica y su antijuricidad se fortalece de manera directamente proporcional a la cantidad de la droga incautada, de tal manera que la labor de la defensa en estos casos tiene que ser muy dinámica, al punto que habrá casos en donde sea de tal entidad la cantidad de estupefaciente que el agente llevaba o transportaba consigo, que la presunción referida opere casi a plenitud, por lo que el papel

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

de la Fiscalía casi que se deberá limitar a demostrar el porte para con ello concluir la antijuricidad de la conducta.

De otra parte, también es importante advertirlo, no hay topes aritméticos respecto de los cuales el juez, la Fiscalía o la defensa puedan hacer cálculos exactos de cuándo estamos en presencia de uno u otro caso, pues cada uno de ellos tendrá sus propias peculiaridades, su contexto socio histórico y solo la sindéresis del juez y de las partes podrán permitir llegar a decisiones no solo legales sino justas.

A juicio de la Sala, son estos los criterios que se deben tener en cuenta al momento de determinar la responsabilidad penal de una persona que porta estupefacientes, en donde se debe hacer énfasis que únicamente en casos límites, en donde la cantidad de droga resulte problemática para demostrar por sí misma la antijuricidad de la conducta, es que se le puede exigir a la Fiscalía no que pruebe un delito inexistente en nuestro ordenamiento jurídico como el de *“portar con fines de tráfico”*- que muchas veces implicara una prueba diabólica o imposible para el Ente Acusador, pues el hecho, la más de las veces, se circunscribe a sorprender a una persona llevando consigo drogas en cantidades importantes sin que obviamente no haya ningún dato de tráfico-, sino el de probar otra conducta alternativa del artículo 376 que de entrada asegure la responsabilidad penal desde la propia sede de la tipicidad.

Considera la Sala que desatender en todos los casos la cantidad de droga incautada para privilegiar únicamente la intencionalidad de tráfico del agente, podría volverse una cuestión muy problemática en casos en donde el estupefaciente llevado consigo sea exorbitante frente a la dosis personal permitida y que, sin embargo, la prueba del elemento subjetivo ahora exigido por la Sala de Casación resulte de imposible consecución por parte de la Fiscalía, lo que sucede en muchos casos.

En síntesis, la dosis personal se sigue manteniendo en nuestro ordenamiento jurídico por lo cual, cuando se trate de casos en donde se juzgue a una persona porque fue sorprendida llevando consigo estupefacientes en cantidades superiores a las autorizadas por la ley, la tipicidad de la conducta en principio se debe dar por demostrada, centrándose el análisis es, en determinar si la misma afectó o tuvo la potencialidad de

ASUNTO: Sentencia 2da. Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2020-03283-00
PROCESADO: WILLIAM ECHAVARRÍA TAVERA
DELITO: TRAFICO FABRICIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

afectar los bienes jurídicos protegidos por el artículo 376 penal, en donde el papel activo de la defensa es directamente proporcional a la cantidad de droga incautada, si se tiene en cuenta que en este delito, por ser de peligro abstracto, hay una presunción legal de antijuricidad.

La solución propuesta, considera la Sala, no solo es la que mejor consulta la dogmática penal del delito en análisis, sino que también respeta el régimen probatorio de nuestro modelo de justicia penal, pues se pone ^(R) las cosas en su justo sitio: portar drogas por encima de los topes establecidos en la ley es una conducta típica, que dependiendo de la cantidad de droga incautada se puede presumir antijurídica; pero tal cuestión puede ser desvirtuada por la defensa, como debe ser, cuando se demuestre que tal porte era para fines exclusivos de consumo del agente.”³¹

En el caso *sub examine*, es claro que dada la cantidad de drogas que portaba el procesado su conducta era típica, independiente de que se haya demostrado si hubo o no intención de tráfico, y como quiera que la defensa no logró derruir la presunción legal de antijuricidad, también lo era antijurídica y culpable por lo que había que confirmar la sentencia condenatoria.

Fecha ut supra,



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado

³¹ Sentencia del 6 de diciembre de 2022. Rad. 050016000206201929479

Firmado Por:

Oscar Bustamante Hernandez
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Leonardo Efrain Ceron Eraso
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia
Firma Con Aclaración De Voto

Ricardo De La Pava Marulanda
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **35077101814c51263d1cfa9f8de34fd16e3ebc6db4f6a8d15bb5a1c0917f4c29**

Documento generado en 15/07/2024 04:37:25 p. m.

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>