



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

SP497-2018

Radicación n° 50512

(Aprobado Acta n° 65)

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

VISTOS

Juzga la Corte en sede de casación, la sentencia proferida el 8 de marzo de 2017 por una Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali (Valle del Cauca), por cuyo medio revocó el fallo absolutorio dictado en primera instancia por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de la misma ciudad y en su lugar condenó a JOSÉ FERNANDO DÍAZ como autor del delito de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, como más adelante se detallará.

HECHOS

El tribunal tuvo como hechos probados los reseñados en el fallo de primera instancia:

«El 10 de septiembre de 2013, a las 2:32 de la tarde, cuando JOSÉ FERNANDO DÍAZ se desplazaba por la avenida 4 oeste con calle 7ª de esta ciudad, y fue observado por una patrulla de policía conformada por los agentes YOSMI CLAVIJO RESTREPO y ALBERTO RIASCOS JORDÁN, quienes lo requirieron para realizarle una requisita, previo a la cual, el referido ciudadano, entregó una bolsa plástica transparente, que en el interior contenía sustancia pulverulenta en 47 papeletas, que sometidas al correspondiente análisis químico arrojó un peso neto de 11.4 gramos, positivo para cocaína.»

ACTUACIÓN RELEVANTE

1. Por esos hechos fue capturado en flagrancia JOSÉ FERNANDO DÍAZ, quien dijo estar en condiciones de habitabilidad de la calle. En audiencias preliminares realizadas el 11 de septiembre de 2013 en el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías, se impartió legalidad a la captura; la fiscalía le formuló imputación como posible autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes previsto en el artículo 376, inciso 2º del C.P., bajo la modalidad de ‘llevar consigo’ sustancia estupefaciente, cargo no aceptado por el imputado.

Culminada la imputación se dio paso a la audiencia de definición de situación jurídica, oportunidad en la que la fiscalía se abstuvo de solicitar la imposición de medida de aseguramiento, por considerar que a pesar de reunirse los presupuestos de orden objetivo, el aspecto subjetivo no se cumplía, en tanto el ente acusador no contaba con evidencias o información a partir de la cual alcanzara a colegir que la sustancia incautada tenía como fin el expendio. Por el contrario, resaltó que las condiciones de habitabilidad en la calle del imputado y su manifestación de llevar la sustancia consigo para consumirla, se identificaba con el aspecto físico descuidado del capturado y propio de quien vive en la indigencia

La juez acogió la petición de la delegada de la fiscalía y ordenó librar un oficio al Hospital Universitario del Valle, solicitando disponer un tratamiento de desintoxicación a JOSÉ FERNANDO DÍAZ.

2. Presentado el respectivo escrito de acusación, la audiencia de formulación se llevó a cabo el 5 de junio de 2014 en el Juzgado 7º Penal del Circuito de Cali (Valle).

3. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 16 de junio de 2015, en la que se fijaron las estipulaciones y decretaron las pruebas a practicar en el juicio oral.

4. El juicio inició el 11 de agosto del mismo año sin la presencia del acusado. La fiscalía presentó su teoría del caso,

mientras que la defensa optó por no hacerlo; continuó el 22 de febrero y el 3 de junio de 2016, fecha esta en la que se anunció el sentido del fallo, advirtiendo que sería absolutorio, acogiendo lo planteado en el alegato final por el representante del Ministerio Público y la defensa.

5. El fallo anunciado lo profirió el mismo juzgado el 5 de diciembre de 2016, decisión contra la cual el representante de la fiscalía interpuso y sustentó el recurso de apelación.

6. En fallo de segunda instancia proferido el 8 de marzo de 2017, el Tribunal Superior de Cali revocó la absolución, y en su lugar condenó a JOSÉ FERNANDO DÍAZ como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes por el que fue acusado, imponiéndole la pena de prisión de sesenta y cuatro (64) meses y multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión. Se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria; en consecuencia, se ordenó librar la correspondiente orden de captura.

Contra esta decisión el agente del Ministerio Público interpuso el recurso extraordinario de casación y allegó la respectiva demanda que fue admitida mediante auto del 11 de julio de 2017. La audiencia de sustentación correspondiente se llevó a cabo el 27 de octubre del mismo año.

LA DEMANDA

El demandante presenta un único cargo al amparo de la causal primera de casación prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004.

Considera violado directamente el artículo 376 del Código Penal, por indebida aplicación, y los artículos 29 y 49 (modificado por el Acto legislativo 2 del 2009) de la Constitución Política, por falta de aplicación, toda vez que el tribunal basó la condena en la cantidad de sustancia estupefaciente incautada que supera la dosis personal máxima permitida, sin examinar la finalidad del autor para *llevarla consigo*, descartando de tajo que la tuviera con el fin exclusivo de aprovisionamiento para su consumo.

Desconoció el *ad quem*, continúa el demandante, que al momento de la captura JOSÉ FERNANDO DÍAZ informó que portaba la sustancia para su consumo, trasladando así, la carga de probar la condición de narco-dependiente a la defensa, cuando esta le es inherente a la Fiscalía General de la Nación.

Solicita, en consecuencia, casar la sentencia para absolver al procesado JOSÉ FERNANDO DÍAZ, dejando vigente el fallo de primer grado.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. Intervención del demandante

La Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal coadyuvó los términos del escrito de la demanda, sin presentar manifestaciones adicionales.

2. Intervención de los no recurrentes

El fiscal delegado solicita a la Sala casar el fallo recurrido, por encontrar que la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Cali incurre en error al trasladar la carga de la prueba a la defensa.

Comparte los planteamientos de la demanda y considera propicia la ocasión para que la Sala desarrolle la jurisprudencia en el sentido de precisar que corresponde a la Fiscalía probar que la sustancia incautada, además de superar la dosis personal permitida, está destinada a un uso diferente al consumo propio, pues solo de esa manera se reúne el ingrediente subjetivo de tipicidad.

Solicita casar el fallo recurrido.

CONSIDERACIONES

Toda vez que la demanda presentada fue declarada ajustada a derecho desde el punto de vista formal, de

conformidad con los parámetros del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, la Corte analizará de fondo los problemas jurídicos propuestos, siguiendo los fines asignados en virtud del recurso de casación, especialmente dirigidos a la búsqueda de la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de quienes intervienen en la actuación y la reparación de los agravios inferidos a las partes, según lo establece el artículo 180 *ibídem*.

1. Planteamiento del problema y fundamentos de la decisión recurrida

A través de la invocación de la violación directa de la ley sustancial por errónea interpretación del artículo 376 del Código Penal, y la falta de aplicación de los artículos 29 y 49 (modificado por el Acto legislativo 2 del 2009) de la Constitución Política, el demandante propone casar la sentencia.

Plantea que la conducta desplegada por el acusado JOSÉ FERNANDO DÍAZ es atípica, toda vez que la fiscalía no probó que la sustancia incautada, la cual ciertamente supera la cantidad establecida por el artículo 2º de la Ley 30 de 1986 como dosis personal, tuviera un propósito diferente al consumo.

En este orden de ideas, se recordará que el Tribunal Superior de Cali revocó el fallo absolutorio proferido por el Juzgado 7º Penal del Circuito de esa ciudad, al concluir que

se estructuró la conducta punible de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*.

Razonó el tribunal que habiendo sido sorprendido el procesado llevando consigo estupefaciente en cantidad que sobrepasa en 10 gramos el tope previsto para el consumo personal por la Ley 30 de 1986, la defensa no demostró que tuviera como propósito su ingesta personal y tampoco acreditó su adicción a esa clase de sustancia.

Precisa el *ad quem* que, en consecuencia, la conducta es típica por cuanto no se demostró la condición de adicto, enfermo o farmacodependiente del sujeto activo de la conducta; la cantidad incautada excedió la dosis personal adecuada para el adicto; que la sustancia era para su uso personal y que el porte no tenía finalidad diferente al autoconsumo.

Como hecho del que el tribunal infiere que las 47 papeletas no eran para el autoconsumo, alude que *«un habitante de calle como fue presentado en la audiencia preliminar, no tendría los recursos suficientes para comprar la cantidad de papeletas que le fueron encontradas en su poder.»*

2. El tipo de injusto del artículo 376 del Código Penal

De manera reiterada la Sala se ha referido a la necesidad de examinar las circunstancias particulares en las que se desarrolla la conducta descrita en el artículo 376 del Código

Penal, ante la multiplicidad de verbos alternativos a través de los cuales se alcanza su estructuración, de cara a diferenciar si el sujeto activo tiene la condición de consumidor de estupefacientes o si se enfrenta un accionar dirigido al tráfico de sustancias prohibidas¹.

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

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

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

sintéticas al único propósito de su consumo personal, de cara a la despenalización de su conducta.

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

[L]o cual crea en su favor una discriminación positiva orientada a la prevención de comportamientos dañinos para su salud y para la de la comunidad. Esa protección reforzada se funda en que “la drogadicción crónica es una enfermedad psiquiátrica que requiere tratamiento médico en tanto afecta la autodeterminación y autonomía de quien la padece, dejándola en un estado de debilidad e indefensión que hace necesaria la intervención del Estado en aras de mantener incólumes los derechos fundamentales del afectado...”, tal y como lo había dicho la Corte Constitucional en las sentencias T-1116 y T-814 de 2008. (CSJ SP-15519-2014, 12 nov. Rad. 42617).

Del mismo modo, la Corte Constitucional en las sentencias C-574 y C-882 de 2011, precisó por vía de interpretación el alcance de la reforma constitucional en el sentido «que la prohibición del porte y consumo de

estupefacientes establecida, en modo alguno conlleva a su penalización, destinando para ello, como consecuencia jurídica, la imposición de medidas administrativas de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, siempre bajo el consentimiento informado del adicto.»²

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

² CSJ SP 11 jul. 2017, rad. 44997.

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

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

[e]l porte de estupefacientes en una cantidad superior a la establecida legalmente como dosis de uso personal, es una

³ CSJ SP, 17 ago. 2011, rad. 35978.

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

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

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

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

02 de 2009 y las sentencias que se han adoptado en este sentido, bajo la comprensión que el consumidor o adicto puede portar una cantidad diferente a la legalmente establecida, siempre y cuando lo haga con la finalidad de su uso personal y aprovisionamiento, acorde con sus necesidades de consumo.

Así se sostuvo por parte de esta Corporación:

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

Entonces, la atipicidad de la conducta para los consumidores o adictos dependerá de la finalidad cierta (no supuesta o fingida) de su consumo personal, lo que puede desvirtuarse en cada caso según las circunstancias modales, temporales o espaciales, como cuando la cantidad supera exageradamente la requerida por el consumidor, adicto o enfermo, o la intención es sacarla o introducirla al país, transportarla, llevarla consigo, almacenarla, conservarla, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla, financiarla, suministrarla o portarla con ánimo diverso al consumo personal.⁶

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

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

[p]ara la tipicidad de la conducta del porte de sustancias estupefacientes se debe tener en cuenta el ingrediente subjetivo tácito que plasmó el legislador al excluir de la previsión legal la conducta de quien tenga la finalidad exclusiva de su uso personal por razón de la dependencia como consumidor, adicto o enfermo...⁷

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

- a) *Tratándose de delitos de peligro abstracto –el previsto en el artículo 376 del Código Penal, lo es–, si bien en el momento de creación legislativa se deja implícita una presunción de peligro, esta es legal y no de derecho, por lo que el juez debe llevar a cabo un juicio de antijuridicidad a fin de determinar si se creó un riesgo efectivo, verificable empíricamente, para el bien jurídico protegido.*
- b) *En todos los casos, el consumidor ocasional, recreativo o adicto, no puede ser considerado como sujeto pasible del*

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

derecho penal, cuando la conducta que realiza carece de cualquier connotación afín al tráfico o distribución de sustancias estupefacientes o psicotrópicas o drogas sintéticas, con independencia de la cantidad de sustancia prohibida que se lleve consigo, pues en tales eventos no se produce un efectivo menoscabo o peligro concreto para los bienes jurídicos que pueden ser objeto de tutela por el legislador.

- c) *Se reconoce la existencia de un elemento subjetivo implícito en el tipo penal, relacionado con la constatación de la intención del portador de la sustancia estupefaciente, debiéndose establecer si el propósito es el uso personal o si lo es la distribución o tráfico.*

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 consideró⁸ como ingrediente subjetivo en el delito de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, el ánimo del sujeto que porta las sustancias alucinógenas, pues a partir de ese conocimiento se establece la realización del tipo prohibitivo (distribución), o por el contrario, se excluye su responsabilidad penal (consumo propio). Así lo señaló en el fallo que se viene citando:

[l]a Corte está reconociendo la existencia en el tipo penal del artículo 376 del Código Penal de lo que se conoce en la doctrina como elementos subjetivos distintos del dolo, elementos subjetivos del tipo o elementos subjetivos del injusto⁹, que son aquellos ingredientes de carácter intencional distintos del dolo que en ocasiones se emplean para describir los tipos penales y que

⁸ 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

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

poseen un componente de carácter anímico relacionado con una peculiar finalidad del sujeto realizador de la conducta descrita.

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

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

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

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

juicio permitirán la inferencia razonable del propósito que alentaba al portador.

Por último, no sobra reiterar que la demostración del componente anímico relacionado con la finalidad, es una carga que le corresponde a la Fiscalía General de la Nación, por tratarse de una de las premisas fácticas de su teoría del caso que obviamente debe abarcar los extremos que estructuran la conducta punible descrita en el artículo 376 del Código Penal¹⁰.

3. El caso concreto

Para solucionar el presente asunto, debe decirse, en primer lugar, que el Tribunal declaró probado que el procesado JOSÉ FERNANDO DÍAZ fue encontrado por la policía portando 47 papeletas de cocaína, cuyo peso neto fue de 11,4 gramos, cantidad que supera la dosis personal.

Así mismo, señaló las circunstancias que rodearon la captura en flagrancia de JOSÉ FERNANDO DÍAZ, las cuales fueron informadas en el juicio por los policiales que participaron en la aprehensión. Concretamente reseñó:

- Que la policía de vigilancia solicitó una requisa a JOSÉ FERNANDO DÍAZ cuando este caminaba por la avenida 4 oeste con calle 7ª de la ciudad de Cali.

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

- JOSÉ FERNANDO DÍAZ sacó de su bolsillo izquierdo de la pantaloneta una bolsa que contenía 47 papeletas con una sustancia pulverulenta y la entregó a los policías diciéndoles que era para su consumo.
- Las papeletas fueron sometidas a la prueba de identificación preliminar homologada (PIPH), arrojando resultado positivo para cocaína en cantidad de 11.4 gramos.
- El aprehendido tenía apariencia de habitante de la calle.

A partir de estas situaciones, concluyó el juez colegiado que la defensa del acusado no logró demostrar su condición de adicto a la cocaína, tampoco, que las sustancias incautadas tuvieran como propósito el consumo personal del procesado. Además, infirió que un habitante de calle no cuenta con los recursos económicos para comprar la cantidad de papeletas halladas en su poder.

Los errores en la decisión recurrida, son evidentes.

Advierte la Sala que el Tribunal en franca contradicción con los incisos segundo y tercero del artículo 7º de la Ley 906 de 2004, y del artículo 29 de la Constitución Política, trasladó el imperativo de demostrar la ausencia de su responsabilidad penal al acusado JOSÉ FERNANDO DÍAZ, asumiendo la equivocada postura de invertir la carga de la prueba como consecuencia de la presunción de antijuridicidad presunta en el delito de *llevar consigo* estupefacientes.

En ese sentido, no le correspondía al procesado probar su inocencia, por cuanto ella se presume, razón por la cual, el órgano persecutor de la acción penal debía establecer, además del peso de la sustancia incautada, si esta estaba destinada a ser distribuida a cualquier título, con miras a desvirtuar lo señalado por JOSÉ FERNANDO DÍAZ al momento de su captura.

De manera que en ningún evento la carga de la prueba de su inocencia le corresponde al procesado, como parece entenderlo el tribunal cuando afirma que la defensa no probó que JOSÉ FERNANDO DÍAZ llevaba consigo la sustancia estupefaciente con el único propósito de consumirla.

Por el contrario, el razonamiento ajustado al precepto universal de *presunción de inocencia*, imponía el deber a la fiscalía de desvirtuar lo informado por JOSÉ FERNANDO DÍAZ a los policiales Yosmi Yesid Clavijo Restrepo y Alberto Riascos Jordán al momento de su captura, con respecto a la destinación de la sustancia hallada en su poder. Con mayor razón, si estos testigos de cargo declararon que era la primera vez que veían a JOSÉ FERNANDO DÍAZ en el cuadrante y que tan pronto como se le requirió para una requisita sacó del bolsillo de su pantaloneta una bolsa con las papeletas, diciéndoles que las tenía para su consumo.

Entonces, a pesar de citar los precedentes de esta Corporación sobre la estructuración del tipo penal descrito en el artículo 376 del C.P., ampliamente referidos en el

acápites anteriores, el tribunal fijó su análisis en el aspecto objetivo de la descripción típica, desconociendo que la realización de la conducta delictiva no depende en última instancia de la cantidad de sustancia llevada consigo sino de la verdadera intención del portador de la misma.

Así, dedujo que el procesado JOSÉ FERNANDO DÍAZ realizó la conducta prohibida inserta en el artículo 376 del Código Penal, por el hecho de portar una cantidad de cocaína que superaba la dosis para uso personal, de acuerdo al literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986.

De manera que le asiste razón al demandante al reprochar la interpretación errónea que hizo el tribunal del artículo 376 del Código Penal, teniendo como estructurado el tipo penal allí descrito, sólo con el aspecto objetivo de haberse incautado a JOSÉ FERNANDO DÍAZ sustancia estupefaciente en cantidad que supera la dosis personal.

Desconoció el tribunal que la fiscalía nunca tuvo dentro de sus hipótesis probar que la sustancia incautada estaba destinada a un fin diferente al del consumo; ni siquiera en la audiencia de imputación aludió a este aspecto subjetivo de la tipicidad de la conducta, tampoco lo hizo en la acusación. De ese modo, las pruebas practicadas en el juicio solo permitieron conocer y verificar, como se prometió en la teoría del caso, que el procesado, habitante de la calle, llevaba consigo 47 papeletas de una sustancia que arrojó resultado positivo para cocaína en cantidad de 11.4 gramos.

Así, la teoría del caso del ente acusador estaba destinada al fracaso por no abordar cada uno de los elementos estructurales de la hipótesis fáctica.

Ahora bien, no se requiere de desarrollos jurisprudenciales adicionales, como lo solicitó el delegado de la fiscalía en la intervención durante la audiencia de sustentación del recurso, para entender que en casos como el que ahora ocupa a la Sala, le corresponde al ente acusador probar, como parte de la tipicidad del delito descrito en el artículo 376 del Código Penal, que la sustancia llevada consigo tiene una destinación diferente a la del simple consumo de quien la porta.

Precisamente, ante reiteradas falencias investigativas y desconocimiento de las obligaciones de parte en el proceso de verificación y demostración de su teoría factual, en reciente oportunidad la Corte recordó que:

En el proceso de verificación y demostración de su teoría factual, la Fiscalía tiene a cargo, entre otras, las siguientes obligaciones: (i) la delimitación de la hipótesis incluida en la imputación y la acusación; (ii) expresar de manera sucinta y clara los hechos jurídicamente relevantes, esto es, los supuestos fácticos que pueden subsumirse en las normas penales aplicables al caso; (iii) constatar que la hipótesis tiene un respaldo suficiente, en los términos establecidos en los artículos 286 y 336 de la Ley 906 de 2004, sin perder de vista su obligación de demostrarla más allá de duda razonable; (iv) verificar que cada uno de los elementos estructurales de la hipótesis fáctica tiene un respaldo suficiente

en las evidencias y la información legalmente obtenida; (v) para tales efectos, debe establecer si las evidencias (físicas o personales) tienen una relación directa o indirecta con los hechos jurídicamente relevantes; (vi) verificar si las evidencias que sirven de soporte a su teoría fueron obtenidas con apego al ordenamiento jurídico¹¹; (vii) cumplir todos los requisitos de admisibilidad de las pruebas; (viii) durante el juicio oral, debe asegurarse de que cada elemento estructural de su teoría fáctica encuentra respaldo suficiente en las pruebas practicadas; (ix) lo que implica constatar que las evidencias físicas y documentos fueron debidamente autenticados e incorporados, que con cada testigo se abordaron todos los temas pertinentes, etcétera.

Este ejercicio debe abarcar todos los elementos estructurales de la conducta punible, bien los objetivos, ora los subjetivos, porque todos ellos, sin excepción, son presupuesto de la pena.

En síntesis, en el modelo procesal regulado en la Ley 906 de 2004 la Fiscalía General de la Nación tiene a cargo la delimitación y verificación de la hipótesis (fase de preparación del juicio oral), y la presentación y demostración de la misma durante la fase de juzgamiento. Estas amplias facultades implican, también, grandes responsabilidades, pues en el actual modelo de enjuiciamiento criminal la eficacia de la administración de justicia depende en buena medida del adecuado trabajo del fiscal (CSJ SP, 23 nov. 2017, Rad. 45899).

En conclusión, la fiscalía se desvió de la hipótesis factual que en algún estadio de la investigación tuvo clara, pues en la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento adujo no contar, hasta ese momento, con

¹¹ Art. 212 ley 906 de 2004.

elementos materiales probatorios o información que le permitieran inferir que la sustancia incautada tenía un fin diferente al de ser consumida por JOSÉ FERNANDO DÍAZ, razón por la cual, se abstuvo de solicitar la imposición de medida de aseguramiento por considerar que se trata de un «*enfermo que necesita ayuda profesional*» porque se lo pasa «*deambulando en las calles de Cali y es consumidor de estupefacientes*» .

Adicionalmente, el tribunal acompañó su conclusión en dos deducciones erradas, a partir de las cuales, dice, podría colegirse que JOSÉ FERNANDO DÍAZ no tenía dicha sustancia para su consumo, toda vez que estaba empacada en papeletas y un habitante de calle no cuenta con dinero suficiente para adquirir tal cantidad de estupefaciente.

Estas conclusiones, además de desbordar la hipótesis factual de la fiscalía, estructuran falsos raciocinios por desatención de las reglas de la sana crítica en la modalidad de infracción a los principios de la lógica.

El hecho de encontrar la sustancia incautada empacada en papeletas, no muestra nada diferente a que lo habitual en materia de microtráfico de sustancias prohibidas es que la droga sea vendida en dosis menores, por lo que de tal hallazgo, ausente de información adicional, no se puede deducir que JOSÉ FERNANDO DÍAZ la tenía destinada para algo diferente que a su consumo, menos, si la Fiscalía nunca tuvo dentro de sus hipótesis investigativas la estructuración

de un verbo alternativo de consumación del tipo penal descrito en el artículo 376 del C.P., diferente al de ‘llevar consigo’.

Por el contrario, los mencionados policiales que realizaron la captura en flagrancia e incautación de la sustancia estupefaciente declararon que su intervención a JOSÉ FERNANDO DÍAZ se dio como producto de un procedimiento rutinario. Señaló concretamente el Pt. Alberto Riascos Jordán que se hacen *«para dar percepción de seguridad y prevenir delitos, fue una más de la infinidad de personas que se registran todos los días»*.

Y frente a la igualmente errada consideración referida a que un habitante de la calle no tiene capacidad económica para adquirir esa cantidad de papeletas contentivas de estupefaciente, no alcanza la Corte a develar el sentido de tal afirmación que solo se presta a confusas interpretaciones, ninguna vinculada con el objeto de prueba, pues si el verbo imputado por el ente acusador fue el de ‘llevar consigo’, sin que en momento alguno se hubiera discutido la capacidad económica de una persona en condición de habitante de calle, o cuánto es el precio de 11.4 gramos de cocaína, nada soporta tal aserción.

Aunque pareciera ser una máxima de la experiencia que intentó crear el tribunal, realmente no constituye más que una afirmación hipotética, según la cual, las personas que

habitan en la calle y consumen sustancias estupefacientes, nunca tienen dinero para comprarlas.

Evidencia lo anterior, que la Fiscalía no probó, además porque no estuvo dentro de sus finalidades investigativas, que JOSÉ FERNANDO DIAZ tuviera un propósito diferente al de consumir la sustancia que le fue incautada. Más aún, ni siquiera desvirtuó que el capturado la ‘llevaba consigo’ con el único fin de consumirla por ser un habitante de la calle adicto a estas sustancias.

Develados los errores en la decisión confutada, tiene que declararse que no se alcanzó el estándar de convencimiento para condenar, consistente en el conocimiento más allá de duda razonable, consagrado en la Ley 906 de 2004 (artículos 7º y 381), en razón a que debe concluirse que existe duda fundada acerca de la tipicidad de la conducta imputada al acusado.

Como consecuencia de lo expuesto, la Corte **casará la decisión de segundo grado** y, en su lugar, dejará vigente el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cali, mediante el cual se absolvió al procesado del delito de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes* –artículo 376 del Código Penal, modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011-.

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

RESUELVE

Primero: Casar el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cali (Valle del Cauca) el ocho de marzo de 2017 y, en consecuencia, dejar vigente la absolución dictada en favor de JOSÉ FERNANDO DÍAZ el 5 de diciembre de 2016 por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de la misma ciudad.

Segundo: Ordenar la cancelación de la orden de captura emitida en contra de JOSÉ FERNANDO DÍAZ dentro de este proceso.

Contra la presente decisión no proceden recursos.

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

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria

Casación n.º 50512
José Fernando Díaz