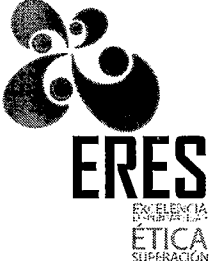
 JUSTICIA PENAL BUGA	SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA TRIBUNAL SUPERIOR	
Código: GSP-FT-09	Versión: 2	Fecha de aprobación: 22/05/2012

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrada Ponente:
MARTHA LILIANA BERTÍN GALLEGO.

Radicación: 76306-60-00175-2013-00017-01

Buga, Valle, tres de diciembre de dos mil catorce (2.014)

Aprobado según Acta No. 341

1. OBJETIVO.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Defensa, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Buga, Valle del Cauca, por medio de la cual condenó al señor Luis Alfonso Flórez identificado con la cédula de ciudadanía No. 14.651.699 como autor penalmente responsable del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES.

2. ANTECEDENTES

2.1.- La conducta atribuida al procesado desde la formulación de la imputación, tuvo lugar el 15 de enero de 2013, siendo las 23:37 horas cuando fue informada la policía de patrullaje de Ginebra, desde la sala de radio, que se dirigieran a la carrera tercera con calle séptima, esquina, porque allí se hallaban dos sujetos uno de los cuales le estaba vendiendo a otro, que apodan "La Momia" estupefacientes. Se dirigieron al sitio y observaron a las dos personas que se denotaron nerviosas puesto que a la presencia de la policía, una de ellas arrojó un objeto al piso, se acercaron, les solicitaron el registro y revisaron el objeto

arrojado que se trataba de una bolsa negra en cuyo interior habían doce (12) papeletas que contenían una sustancia con características de "bazuco", en la requisita personal, encontraron además en poder del señor Luis Alfonso Flórez la suma de \$66.850. Procedieron entonces a capturarlos a ambos y a incautar el alijo, que sometido a la experticia técnica dio un peso neto de 8.46 gramos positivo para Cocaína y derivados.

En el escrito de acusación, la Fiscalía refirió que:

"La otra persona identificada como Gustavo Adolfo Gómez Gómez aseveró en entrevista que el señor Luis Alfonso le iba a pagar parte de una deuda que le tenía con unas papeletas de bazuco ya que él (Gustavo) es consumidor y por tanto él no tiene que ver nada con lo que transportaba Luis Alfonso."

2.2.- El 16 de enero de 2013, ante el Juzgado Tercero Penal con funciones de Control de Garantías de Buga se legalizó la captura de Luis Alfonso Flórez en virtud del estado de flagrancia; se le formuló imputación por la conducta anterior bajo la denominación jurídica de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes descrito en el artículo 376 en la modalidad de expender, cargo que no aceptó. Seguidamente, el despacho se abstuvo de imponer medida de aseguramiento en establecimiento carcelario, decisión apelada por la Fiscalía y revocada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Buga mediante auto del 14 de marzo de 2013. Se expidió la orden de captura el 21 de marzo de 2013 y se hizo efectiva durante la audiencia de juicio oral.

2.3.- El 23 de enero de 2013, la Fiscalía Décima Seccional presentó escrito de acusación por la misma imputación fáctica y jurídica, en la modalidad de expender, las cuales fueron comunicadas oralmente en la audiencia respectiva ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Buga el 20 de marzo de 2013.

2.4.- La audiencia Preparatoria se llevó a cabo el 23 de mayo del mismo año, acto en el cual se desarrolló en su integridad la actuación, decretándose todas las pruebas solicitadas por la Fiscalía y por la Defensa. En cuanto a las

109

estipulaciones probatorias se tomó como **hecho probado lo relacionado con el pesaje e identificación de la sustancia y la identidad del procesado.**

2.5.- El 8 de agosto del mismo año, El Aquo dio apertura formalmente al juicio oral sin la presencia del acusado, seguidamente la Fiscalía fue la única que presentó la teoría del caso.

Luego se concretaron las estipulaciones probatorias a saber: **(i) la sustancia incautada tuvo un peso neto de 8.46 gramos reconocida como derivado de cocaína por parte del laboratorio.** (ii) la identificación plena del procesado como Luis Alfonso Flórez identificado con la cédula de ciudadanía No. 14.651.699.

Se dio inicio al periplo probatorio de parte de la Fiscalía en el cual fueron escuchados los siguientes testimonios:

2.5.1.- **JINNER DÍAZ GONZÁLEZ:** Patrullero de la Policía Nacional, indicó que conoce a Luis Alfonso Flórez porque es una persona muy conocida en Ginebra y que como policía va conociendo a las personas del pueblo y por el procedimiento que tuvo el 15 de enero de 2013, donde fue capturado por sustancia alucinógena. Ese día se encontraba de servicio con el patrullero Wilson Acosta y a eso de las 23:37 les informan que deben dirigirse a la carrera 3 con calle 7 barrio Centro del municipio de Ginebra, de inmediato se dirigieron a verificar la información cuando llegaron a dicha dirección observaron a dos personas que tomaron una actitud sospechosa y observó que uno de ellos arrojó una bolsa negra al piso, al solicitarles un registro personal ellos accedieron, luego tomó el elemento tirado y al verificarlo era una bolsa plástica de color negro que en el interior tenía unas papeletas de olor similar al del bazuco, el que había tirado la bolsa se identificó como Luis Alfonso Flórez a quien se le leyeron los derechos que tiene como persona capturada. Posteriormente se constató que tenía en los bolsillos una cantidad de dinero de \$66.000. Se trasladó a las instalaciones policiales en compañía de la otra persona que se encontraba con él, y que era el señor Gómez Goez no recuerda el nombre. Se continuó con el procedimiento



del señor Luis Alfonso para ser puesto ante la autoridad competente. El señor Gómez, primero manifestó que no sabía de esa sustancia que tenía el señor Flórez pero que él rendía una entrevista y dijo que el señor Flórez le estaba pagando una deuda con la droga. Que capturó solo al señor Luis Alfonso Flórez porque lo observó cuando arrojó una bolsa al piso y al revisarla contenía bazuco, y al otro señor no se le encontró nada.

Contrainterrogatorio. El señor Gómez Gómez manifiesta en la entrevista que no sabía de la sustancia que inclusive el señor Flórez le iba a pagar un dinero que le debía con droga, posteriormente se llevó a la estación y el señor Gómez en la entrevista expresó que la droga si era de Luis Alfonso Flórez. Por último añadió que no observó que ninguno le entregara dinero ni ningún objeto al otro.

2.5.2.- JHON JAIRO PÉREZ SOTO: Patrullero de la Policía, frente a los hechos manifestó que el 15 de enero de 2013, se encontraba como auxiliar de información en la estación de policía de Ginebra, aproximadamente siendo las 23 y 36 minutos informó a los que se encontraban de patrulla de un caso, que se dirigieran a la calle tercera con calle séptima ya que había ingresado una llamada telefónica y denunciaron que habían dos sujetos allí y que uno le estaba expendiendo estupefacientes al otro. Hace la anotación y envía la patrulla, después ellos reportan que se encuentran allí en la dirección, donde efectivamente le dan captura a un sujeto porque cuando llegaron al lugar observaron como uno de los ciudadanos arrojó una bolsa al piso. Al verificar el contenido de ese elemento, se encuentran con que son estupefacientes, quedando la anotación como constancia en el libro poblacional. Recibió la información de los hechos por una llamada que ingresó a la estación al número 112 e inmediatamente le reportó a la patrulla. Para esa fecha y hora estaba conformada por los patrulleros Wilson Acosta Velásquez y Jinner Díaz González quienes se movilizaban en una motocicleta que tienen asignada para el servicio y llegaron al sitio en menos de un minuto porque ellos dijeron que se encontraban a una cuadra y media del lugar. Posterior al reporte, la patrulla confirmó su presencia en la dirección indicada, donde efectivamente dieron captura a un ciudadano que portaba estupefacientes, quien al parecer los estaba comercializando. Seguidamente, condujeron a los dos ciudadanos capturados a



111

la estación de Policía expresando que es testigo de eso, pues vio cuando le incautaron 12 papeletas de bazuco. La captura recayó en el señor Flórez porque al otro señor no le hallaron ningún elemento y rindió una entrevista manifestando que le iban a pagar una parte de un dinero con estupefacientes ya que él es consumidor.

Contrainterrogatorio. Primero ingresó la llamada telefónica donde manifiestan que habían dos ciudadanos en la carrera tercera con calle séptima y que uno de ellos que es el capturado que tiene el alias de "Carbonero" le estaba vendiendo alucinógenos a otro que le apodan "La Momia", le reportó inmediatamente a la patrulla para que se acercaran al sitio y verificaran la información; la patrulla le reportó que llegó al sitio y que efectivamente dieron captura a un ciudadano que arrojó un paquete al piso y al verificarlo, se trataba de estupefacientes. El motivo de la captura del señor Flórez fue porque él arrojó la bolsa al suelo, aunado a ello, el otro ciudadano que se encontraba con él en ese momento rindió una entrevista donde manifestó que el señor Flórez le estaba vendiendo estupefacientes como parte de pago y que le iba a dar un dinero por el estupefaciente.

Complementarias La persona que llamó manifestó que el que apodan "El carbonero" le está vendiendo vicio al que apodan "La momia". Lleva tres años en la estación de Policía del municipio de Ginebra por eso conoce a las personas que viven allí, además los dos son conocidos como consumidores y dicen que a la vez son expendedores de alucinógenos. Alias La Momia la conoce también como consumidora según lo que cuenta la ciudadanía, al sujeto le gusta comercializar drogas en mínimas cantidades lo que llaman microtráfico y se llama Gustavo Adolfo Gómez Gómez. Este último, siempre ha tenido problemas de drogas, tuvo una relación con una menor de edad a quien indujo al parecer al consumo de estupefacientes Respecto de LUIS ALFONSO FLOREZ, con certeza no recuerda que anteriormente haya sido judicializado, sólo que agredió a unos auxiliares cuando le iban hacer una requisa.

2.5.3.- La Juez resolvió suspender la audiencia de juicio oral y la reanudó el 22 de noviembre de 2013 a la que se hizo presente el procesado Luis Alfonso Flórez. La Fiscalía renunció al testimonio de Gustavo Adolfo Gómez Gómez y



presentó estipulación probatoria del dictamen psicológico para demostrar la condición de adicto o consumidor de alucinógenos, del procesado. Posteriormente la fiscalía leyó el informe suscrito por el profesional especializado Wilson Pinzón Carvajal psicólogo forense adscrito al Grupo de investigación Criminal de la Defensoría de Pueblo Regional Valle del Cauca.

Respecto la estipulación del informe psicológico la funcionaria resuelve aceptarla en lo que respecta a que el procesado es farmacodependiente, NO EN RELACION CON LA INFORMACION QUE BRINDO SOBRE LOS HECHOS AL PERITO SICOLOGO, siguiendo con el último de los testigos de cargo:

2.5.4.- WILSON HERIBERTO ACOSTA VELÁSQUEZ: Patrullero de la policía, Expuso que se encontraba con Jiner González Díaz también patrullero, realizando primer turno de vigilancia cuando en la carrera tercera con calle séptima del municipio de Ginebra este señor (procesado) se encontraba con otro ciudadano expendiéndole una sustancia y que al notar la presencia ellos, arrojó un elemento al piso, por consiguiente practicaron una requisita y al coger dicho elemento hallaron una bolsa color negro con una sustancia de olor y color característico del bazuco por lo cual se procedió al leerle los derechos como capturado y fueron trasladados a las instalaciones de la estación de Policía de Ginebra a fin de realizar el respectivo procedimiento de captura en flagrancia por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. La otra persona que se conoce como "La Momia" los acompañó a las instalaciones de la estación de policía y dio una entrevista, no lo capturaron porque quien arrojó el objeto es el aquí presente (procesado) y no "La Momia" quien les manifestó que el aprehendido tenía con él, una deuda y le iba a pagar una parte, con unas papeletas, las que arrojó al piso. No recuerda cuantas papeletas tenía la bolsa, esto quedó plasmado en el informe de captura en flagrancia. Luego procedió a leer el acta de incautación de elementos de fecha 15 de enero de 2013, que da cuenta de una bolsa plástica color negro la cual contiene en su interior 12 papeletas plásticas transparentes, que a su vez cada una de estas contiene una sustancia color beige con olor característico al del bazuco. Igualmente se le haya al señor dinero en efectivo por valor de \$66.850. Estos elementos le fueron



hallados al señor Luis Alfonso Flórez quien se identifica con cédula 14.651.699. El señor Flórez aceptó firmar el acta de incautación. A la otra persona no se le encontró ningún elemento. Al momento de la incautación, el manifestó que es consumidor. En el municipio de Ginebra al señor Flórez se le hacen varios requerimientos ya que es conocido como consumidor y según manifiesta la comunidad, es expendedor. Anteriormente se le capturó, hace 6 o 7 meses por ataque a servidor público, a un auxiliar de la policía.

Contrainterrogatorio No vio que le hubiera pasado ningún paquete a la otra persona, ni que el otro sujeto le pasara dinero al acusado y en la entrevista el otro sujeto manifestó que el acusado le iba a pagar con unas fichitas.

Complementarias. El término fichitas o papeletas se refiere a las que contienen lo que comúnmente se conoce como bazuco.

2.6.- La Judicatura clausuró el debate probatorio. Las Partes presentaron los alegatos conclusivos y se emitió el sentido de fallo de carácter condenatorio.

2.7.- La audiencia de Lectura de fallo se adelantó el 30 de enero del presente año, providencia mediante la cual se sentenció al señor Luis Alfonso Flórez a la pena de 64 meses de prisión y multa equivalente a 2 smlmv, como autor del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de venta. La defensa interpuso el recurso de apelación contra la decisión referida.

3. DECISION IMPUGNADA

La Juez Segunda Penal del Circuito de Buga, condenó al acusado como autor del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, a la pena de prisión de 64 meses y multa de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Fundó su decisión en los testimonios de los agentes de policía para sostener a través de sus dichos que el procesado estaba vendiendo alucinógenos, además dijo, porque existen hechos indicativos del ilícito como lo es que el procesado le fue incautado en su poder dinero en billetes de bajas denominaciones. Igualmente la prueba estipulada por las partes respecto a la cantidad del

estupefaciente en 8.46 gramos de cocaína base y que el dictamen pericial que lo diagnosticó como farmacodependiente, no desvirtúa que también pueda dedicarse al tráfico o comercialización del estupefaciente. Que la experiencia ha demostrado como la persona que es solo consumidor se aferra al objeto de su adicción y difícilmente lo arroja o se desprende y más si era para su aprovisionamiento. A contrario sensu, se presentó el sorprendimiento del señor Luis Alfonso Flórez quien lanzó las papeletas al piso para no ser inculcado evidencia clara de que sabía de la ilicitud de su conducta y la destinación de la sustancia, distinta a su consumo.

Adicionalmente, hizo valer que los agentes de la policía manifestaron conocer de tiempo atrás al señor Flórez como una persona que consume estupefacientes y también los comercializa, que aunque no tenga antecedentes, las anotaciones de la policía son valiosas porque en muchos casos, aquellos conocen que personas son sólo adictas o adictas y expendedoras.

En su criterio, el conjunto probatorio demuestra más allá de toda duda que Luis Alfonso Flórez lesionó el bien jurídico de la Salud Pública, que si bien es consumidor, también lo es, que está permitiendo que otras personas accedan al consumo de esas sustancias. Afirmó, que la venta del estupefaciente quedó demostrada al ser sorprendido llevando consigo 8.46 gramos de base cocaína representado en doce 12 papeletas que en ningún caso se pueden atribuir que fueran para su consumo, ni siquiera aprovisionamiento pues fue sorprendido casi a la media noche en un sitio público y cerca de alias "La Momia" quien también es conocido como consumidor y expendedor de sustancias alucinógenas, circunstancias indicativas de la venta de la sustancia estupefaciente.

4. RECURSO

La Defensa recurrió la sentencia emitida por la Juez Segunda Penal del Circuito de Buga, bajo los siguientes argumentos:

A pesar que la Fiscalía acusó al señor Luis Alfonso Flórez del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de expender, no se contó con el testimonio de la persona que esa noche acompañaba al procesado en la supuesta transacción ni la fiscalía incorporó ninguna prueba que sustentara que su prohijado estuviere vendiendo psicotrópicos al momento de la captura.

Que el criterio de la Juez Aquo es subjetivo porque no se probó la comercialización de la sustancia prohibida pues el hecho de que la haya tirado al piso no indica que la estuviera vendiendo, pues es normal sentir miedo al ver llegar a los agentes de la policía.

Respecto al dinero que le incautaron al momento de la captura, en la suma de \$66.850, manifestó que los billetes de bajas denominaciones, tampoco es indicador de la venta del alucinógeno, pues el informe de arraigo socioeconómico y lo dicho por el mismo procesado, señalan que tenía actividad laboral en varias fincas del sector, y que no toda persona que sea sorprendida con estupefacientes y dinero tiene que ser expendedor.

En cuanto a lo manifestado por los policiales que realizaron la captura quienes conocían al acusado como una persona expendedora de estupefacientes, es una manifestación sin soporte pues no entregaron elementos materiales probatorios que así lo indicara.

Que si bien es cierto se aprehendió al procesado en posesión de la sustancia sicotrópica, no se demostró la antijuricidad material exigida en la ley por cuanto no quedó demostrada la lesividad al bien jurídicamente tutelado de la salud pública, pues lo único que se demostró es que el procesado es farmacodependiente y la sustancia incautada era para su consumo personal.

Consideró que la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en el tema objeto de estudio tiene como presunción que la cantidad importante de droga ilícita encontrada a una persona no está destinada al consumo sino a cualquiera

de las conductas consideradas lesivas, es ambigua y por tanto no es vinculante para los operadores de justicia y estos podrán apartarse de los precedentes judiciales si justifican de manera adecuada e idónea los motivos de su disenso. Pese a que la posición de la Juez A quo está ajustada a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, esta van en contravía del artículo 11 del Código penal.

Añadió que los elementos materiales debatidos en el juicio oral no demostraron lesión al bien jurídicamente tutelado, pues se trata de una persona farmacodependiente de muchos años y es lógico que la sustancia incautada era para su consumo por lo tanto no hubo lesión al bien jurídicamente tutelado y que a la Juez no le es permitido deducir presunciones sin determinar si hubo o no puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado con fundamento en las pruebas debatidas en el juicio oral.

Solicitó entonces la revocatoria de la sentencia condenatoria y en su defecto, una de carácter absolutorio a favor de su representado por falta de antijuridicidad material porque no se probó que la sustancia incautada fuera para la venta.

5. CONSIDERACIONES

5.1.- Competencia.-

Le asiste a esta sección de la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, por tratarse de sentencia proferida por la señora Jueza Segunda Penal del Circuito de Buga; de ahí la aplicación de la regla de competencia conforme a criterios de territorialidad y funcionalidad, concebida por el legislador en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, así: *"Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial, conocen: 1. De los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia proferan los jueces del circuito y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito."*

5.2.- Planteamiento del problema jurídico.-

Conforme a la postura del recurrente, debe la Sala dilucidar si la conducta desplegada por el procesado, está ausente de antijuridicidad material. Concretamente, si de las pruebas recaudadas en la fase de juicio oral se puede afirmar más allá de toda duda que el estupefaciente encontrado al procesado y que superaba el límite de la dosis personal, no lesionó el bien jurídico de la salud pública por no estar destinado a la comercialización, sino a su consumo personal.

5.3.- De la prueba sobre la conducta típica cometida por el acusado.

Iniciará la Sala por señalar que comparte la argumentación del recurrente, acerca de la fragilidad de la prueba respecto del verbo rector "vender" atribuido al procesado a quien se le sorprendió en poder de sustancia derivada de la cocaína en cantidad 8.46 gramos como peso neto, acordándose como estipulado su condición de fármaco dependiente.

La carga de la prueba le corresponde a la Fiscalía y desde ese punto de vista, el ente acusador llevó al juicio a los agentes de la policía quienes siendo objetivos, aseguraron que no vieron un traslado de mercancía a cambio de un pago por parte del acusado. Tampoco le fue encontrado al otro sujeto estupefaciente alguno, en verificación de la llamada a la estación de policía por medio de la cual se les informó previamente de que en ese sitio, LUIS ALFONSO FLOREZ le vendía alucinógenos a GUSTAVO ADOLFO GOMEZ GOMEZ.

La versión de este último, quien soportaría un verbo rector distinto al de "llevar consigo" en contra del acusado, como la venta, el ofrecimiento o el suministro, no ingresó ni siquiera como prueba de referencia y por tanto no puede ser tenida en cuenta por la judicatura.

Es una circunstancia probada, la incautación al procesado, de la suma de \$66.850 en dinero ciertamente menudeado pues según el acta, habían 12 billetes de \$2.000; 3 billetes de \$5.000; 5 billetes de \$1.000, 10 monedas de 100, 200 y 500 pesos, entre otros, circunstancia que sí permite una inferencia razonable aunada al verbo indicador del porte de estupefaciente y de la compañía de un tercero, que el alucinógeno, por su portador, igualmente podía estar destinado a la venta.

Se estipuló concerniente a la prueba psicológica, la condición de fármaco dependiente del procesado, no la versión que aquel le rindió al profesional sobre los hechos.

Así, de las pruebas que estrictamente ingresaron al plenario, se comprobó fehacientemente como lo acepta la defensa, el porte, no la venta del estupefaciente.

Los argumentos traídos por la funcionaria del primer nivel para afincar el segundo verbo rector (vender) como que el consumidor ante la presencia de la policía no intenta deshacerse del estupefaciente y las referencias de los testigos de tratarse de un expendedor por mención de "la comunidad", constituyen respectivamente un prejuicio y una mera especulación basada en el rumor callejero, los cuales no pueden edificar la certeza sobre ese acto típico.

En tal sentido, la incautación, únicamente evidenció el "porte" pues la inferencia razonable por el dinero decomisado, tampoco alcanza el grado exigido por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 para condenar por venta de alucinógenos; se requería que la Fiscalía realizara una verdadera investigación y no se quedara con la mera demostración de la flagrancia, pero nada acopió durante la fase investigativa, a partir de tal indicio. El mismo no tiene la fuerza requerida para considerar la certeza de la actividad consistente en venta del estupefaciente, pues sería tanto como admitir que una persona portadora de alucinógenos nunca puede llevar dinero en bajas denominaciones. Era deber del ente acusador indagar en esa "comunidad" para hacer visibles las personas a quienes les pudiera constar

que LUIS ALFONSO FLOREZ había sido visto con anterioridad comercializando estupefacientes, para reforzar la inferencia razonable a partir del hallazgo en su poder del dinero y de las papeletas de bazuco.

Los gendarmes que realizaron la captura, son claros en señalar que no les consta la condición de expendedor, únicamente la de consumidor. Tratándose además de un derecho penal de acto, nótese como el día de la captura pese a la referencia telefónica, ninguna papeleta de bazuco fue encontrada en manos de quien lo acompañaba, y al no ingresar como prueba de referencia la mentada entrevista de ese sujeto, cuyo dicho todos los policiales relatan de oídas, se itera, únicamente se puede tener como probado, el verbo rector de “llevar consigo” no el de la “venta” aceptado por la jueza de instancia, al ser contaminada con una información que no logró sustraer mentalmente del acopio probatorio, tal como correspondía por su inexistencia, de acuerdo con las únicas incorporadas legalmente al plenario.

Conclusión a nivel de los hechos: El señor LUIS ALFONSO FLOREZ, el 15 de enero de 2013, llevaba consigo 8.46 gramos netos de cocaína y sus derivados, siendo adicto a su consumo. Esto es lo realmente demostrado por la Fiscalía. Por consiguiente, el comportamiento del enjuiciado es típico pues se adecua al tipo penal consagrado en el segundo inciso del artículo 376 del Código Penal y desde el tipo subjetivo le asiste el dolo, es decir el conocimiento de la conducta y la voluntad de llevarla a cabo, aspecto que en ningún momento ha controvertido la Defensa.

5.4.- De la antijuridicidad material como elemento estructural del delito atribuido al acusado, en este caso concreto.-

Recientemente la Corte Suprema de Justicia varió su precedente en esta materia en un asunto donde las circunstancias fácticas de la captura son similares al asunto cuyo estudio nos ocupa. Veamos:

120

El 6 de febrero de 2012, a eso de las 12:38 horas, en una zona boscosa del barrio Paris del Municipio de Bello, específicamente en la carrera 80 con calle 21, agentes de la Policía Nacional que realizaban labores de patrullaje en el sector, cuando se desplazaban a realizar una requisa a dos personas que se encontraban en este lugar, observaron cuando una de ellas, quien posteriormente fue identificado como John Henry Montoya Bustamante, arrojó una bolsa transparente al suelo, y al ser revisada se halló en su interior 52 gramos de marihuana y 0,8 gramos de cocaína.

Dicha conducta, similar a la atribuida y probada del señor LUIS ALFONSO FLOREZ antes de esta decisión, tenía el siguiente tratamiento jurídico por el alto Tribunal:

“La posición uniforme de la Corte en relación al porte de estupefacientes destinado al consumo se puede sintetizar así: si la cantidad que se lleva consigo sobrepasa ligeramente la dosis legal de uso personal carecerá de lesividad por su insignificancia. Un exceso superior, aun cuando sea para el propio consumo, siempre será antijurídico porque hace presumir –de derecho- el riesgo para la salud pública, el orden socioeconómico y la seguridad pública, tal y como se afirmó en la decisión proferida el 17 de agosto de 2011, Rad. 35978. En ese orden, se tendría que cuando el exceso es mínimo la presunción de antijuridicidad es *iuris tantum* porque admite prueba en contrario, como la del fin de consumo, mientras que cuando el exceso es mayor la presunción es *iuris et de iure* porque no admite controversia probatoria alguna.”

La nueva tesis del máximo órgano de cierre de justicia, por medio del cual casó la sentencia para absolver a dicho procesado, luego de un exhaustivo recuento de las providencias relacionadas con el tema, está basada en las siguientes conclusiones provisionales:

“En síntesis, a partir del Acto Legislativo No 02 de 2009 puede concluirse: 1) Que si bien se prohibió a nivel constitucional el porte y el



consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, también lo es que se limitó la respuesta estatal ante las conductas que violen la prohibición, a medidas de carácter administrativo; 2) Que la finalidad de la respuesta estatal será siempre pedagógica, profiláctica y terapéutica, nunca la represiva; y, 3) Que el consumidor de drogas y especialmente el adicto o farmacodependiente, fue erigido como sujeto de una protección estatal reforzada.”

“1. Que el consumo de estupefacientes es una conducta que no tiene la potencialidad de afectar bienes jurídicos ajenos (la salud o la seguridad pública, o el orden económico y social).

2. Que la presunción de antijuridicidad para los delitos de peligro abstracto como es el de Fabricación, tráfico y porte de estupefacientes, es *iuris tantum* siempre, y no sólo cuando se trate de excesos ligeros a la dosis de uso personal.

3. Que el drogadicto, incluido su entorno familiar, es sujeto de una especial protección constitucional porque es concebido como una persona enferma. Además, el consumidor en general es también sujeto de una discriminación positiva porque se establecen en su favor medidas curativas y rehabilitadoras en el nivel normativo superior.

4. Que el consumo de drogas no podría ser factor constitucional de discriminación positiva y, al tiempo, una circunstancia antijurídica, mucho menos desde el punto de vista punitivo.

Así las cosas, el porte de estupefacientes en una cantidad superior a la establecida legalmente como dosis de uso personal, es una conducta típica que se presume antijurídica. Sin embargo, como quiera que tal presunción ostenta carácter *iuris tantum*, la prueba de que

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

Esta tesis no implica un cambio rotundo en la línea jurisprudencial que se traía, por cuanto, como se vio al principio, ésta ya había despejado el camino para admitir que el porte para el consumo no vulnera los bienes jurídicos protegidos y que (en algunas ocasiones) la prueba de tal circunstancia excluía la antijuridicidad de la conducta. Por el contrario, al argumento medular que se venía sosteniendo hace casi 10 años (falta de antijuridicidad del porte de estupefacientes en algunos eventos), se le hacen producir todos los efectos que conlleva de manera plena y no parcial, como antes. Además, la tesis se ajusta de mejor manera al espíritu y al tenor del panorama constitucional que en relación al consumidor de drogas rige a partir del año 2009.”

Termina con la siguiente,

“7. Reflexión final

En adelante, la Fiscalía General de la Nación, la Policía Nacional y los órganos de policía judicial deberán dirigir su persecución hacia los verdaderos traficantes de narcóticos que son quienes lesionan o ponen en peligro efectivamente los bienes jurídicos tutelados. En cambio, a los consumidores habrán de brindarles la protección reforzada a que

también están obligados por ser todas ellas autoridades estatales.

Ahora bien, lo anterior no implica que el consumidor que incurra en conductas de tráfico ilícito de estupefacientes, no pueda ser judicializado, porque en ese proceder sí trasciende su fuero interno afectando los bienes jurídicos de la salud pública, la seguridad pública y el orden socioeconómico.

Además, si bien la Fiscalía a la hora de demostrar, como le corresponde por ostentar la carga de la prueba en el proceso penal, cada uno de los presupuestos de la conducta punible, se beneficia de la presunción legal de antijuridicidad propia de los delitos de peligro abstracto como es el Tráfico, fabricación y porte de estupefaciente; lo cierto es que el tratamiento diferenciador impuesto a nivel constitucional, así como la racionalización del poder punitivo y de la actividad judicial, imponen un mayor rigor en el acopio de elementos de conocimiento previo a la formulación de una imputación, que permitan o ratificar o desvirtuar la presunción de lesividad de conductas como el porte o la tenencia, pues lo contrario implica el irrazonable y desproporcionado inicio de causas cuya prosperidad dependería casi que exclusivamente de la capacidad probatoria de la contraparte.

En todo caso, con base en la valoración razonada de las pruebas o medios de conocimiento legalmente aportados por las partes, será al juez a quien corresponderá decidir si en evento de porte de estupefaciente se acreditó, o la antijurídica finalidad de tráfico o la legítima de consumo, con el propósito de que adopte la decisión que corresponda.”¹

¹ C.S.J Radicación 42.617 del 12 de noviembre de 2014



Ya en este asunto, al confrontar la disertación anterior con la conclusión fáctica probatoria a la cual llegó este juez colegiado luego de revisar lo enseñado por las pruebas legalmente practicadas durante la audiencia de juicio oral como es que al acusado con certeza sólo se le puede endilgar que **“el 15 de enero de 2013, llevaba consigo 8.46 gramos netos de cocaína y sus derivados, siendo adicto a su consumo”**, hay lugar a confluir en su absolución pues no se puede predicar que tal exceso en la dosis mínima, a nivel de presunción de derecho, puso en peligro la salud pública por su potencialidad a ser suministrada a otros, a cualquier título.

O en otras palabras, como la Fiscalía a través de un legítimo ejercicio probatorio fue incapaz de demostrar más allá de toda duda que esos 8.46 gramos tenían un destino distinto al consumo propio de la adicción del procesado, por lo menos debe reconocérsele la duda en tal sentido. Al quedar entonces en esa premisa fáctica que vincula su adicción con el porte de dicho alucinógeno así sea en cantidad superior a la dosis mínima permitida por el legislador, conforme al cambio jurisprudencial por el órgano de cierre de la justicia ordinaria, no es posible predicar la antijuridicidad material de su comportamiento frente respecto a la potencial lesividad del bien jurídico de la Salud Pública.

Razón le asiste al Censor, hoy con apoyo en esta nueva postura de la Corte Suprema de Justicia. La decisión adoptar entonces, será la revocatoria de la sentencia condenatoria para en su lugar absolver al acusado. Se le otorgará la libertad inmediata, librándose la respectiva orden de excarcelación, la cual deberá hacer efectiva el director del establecimiento carcelario donde se encuentra, una vez verifique que no le asiste requerimiento en contra de su libertad por otra autoridad judicial.

Sin más consideraciones, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA, VALLE, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia condenatoria proferida el 30 de enero de 2014, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Buga, dictada en contra del señor LUIS ALFONSO FLÓREZ identificado con cédula de ciudadanía No. 14.651.699, como autor del punible de TRAFICO, FABRICACION Y PORTE DE ESTUPEFACIENTES. En su lugar SE ABSUELVE al procesado, en aplicación del principio de in dubio pro reo, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ORDENAR LA LIBERTAD INMEDIATA del señor LUIS ALFONSO FLÓREZ. En consecuencia, se dispone que se libre la correspondiente boleta de excarcelación, siempre y cuando no sea requerido por otra autoridad judicial.

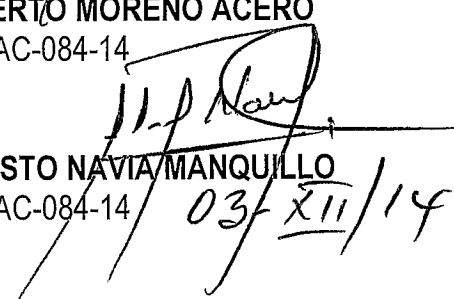
TERCERO: Esta sentencia, se notifica en estrados y en su contra procede el recurso extraordinario de Casación, el cual deberá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la última notificación y en un término común de 30 días, se deberá sustentar la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 183 de la ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


MARTHA LILIANA BERTIN GALLEGO
AC-084-14


JAIME HUMBERTO MORENO ACERO
AC-084-14


ALVARO AUGUSTO NAVIA MANQUILLO
AC-084-14 / 03/XII/14