

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

SP345-2023

Radicación No 54498

Aprobado Acta No. 159

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

HECHOS Y ACTUACIÓN RELEVANTE

El 26 de noviembre de 2014 pasadas las seis de la tarde, en el barrio Lourdes de la ciudad de Cúcuta, en la vía que del municipio de Villa Caro conduce a la vereda Robles, al momento en que los agentes de la Policía Jesús Flórez Miranda y Gerson Pabón Ortega realizaban labores de patrullaje, al solicitar registro a Rafael Augusto Páez García, quien iba acompañado de un menor de edad, aquél emprendió la huida al tiempo que arrojó una bolsa plástica, siendo entonces perseguido por el gendarme Pabón Ortega quien lo aprehendió metros adelante. Entre tanto, el patrullero Flórez recogió la bolsa arrojada, hallándose en su interior una sustancia que, sometida con posterioridad a la prueba de identificación preliminar homologada (PIPH) dio positivo para marihuana en un peso neto de 217 gramos.

El 27 de noviembre de dicha calenda, en audiencia preliminar adelantada ante el Juzgado 3° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cúcuta (NS), previa legalización de

captura, la Fiscalía formuló imputación a Rafael Augusto Páez García por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, cargos por los cuales el imputado no se allanó.

Haciendo eco a la solicitud de la Fiscalía, Páez García fue dejado en libertad.

El 14 de septiembre de 2015, previa radicación de escrito de acusación, se cumplió la audiencia de su formulación, manteniéndose la misma calificación jurídica destacada (Art. 376 inc.2° C.P.).

Adelantadas las audiencias preparatoria y del juicio oral, se emitieron las sentencias de primera y segunda instancia en los términos previamente glosados.

Contra la decisión condenatoria, el defensor de Rafael Augusto Páez García ha interpuesto recurso de casación.

DEMANDA

Cargo principal

Un cargo es presentado como principal por la defensora pública de Rafael Augusto Páez García contra el fallo objeto de la impugnación extraordinaria, invocando la segunda causal del art. 181 del C. de P.P., esto es, desconocimiento del debido proceso por afectación de su estructura o de la garantía debida a las partes.

Afirma la demandante que el Tribunal carecía de competencia para pronunciarse en segunda instancia, dada la motivación limitada del recurrente (Fiscalía) para oponerse a la absolución, toda vez que exclusivamente se refirió al hecho de no estar probada la adicción del procesado y recaer en su exclusiva afirmación tal hecho; circunstancias ante las cuales, en criterio de la censora, no podía el superior “dar vuelta a la solución de todo cargo que emitió legal y ponderadamente el señor Juez de la causa”, como no lo fuera desbordando el

ámbito de sus atribuciones.

En este sentido, asegura, se ha pronunciado la Corte, destacando la falta de competencia del superior, cuando quiera que se ocupa de aspectos que no han sido materia de apelación y sin que a voces del “artículo 204 del Código de Procedimiento Penal” puedan entender comprendidos otros temas a los que expresamente han sido objeto del recurso, como asegura se ha destacado por jurisprudencia de la Sala que cita.

En consecuencia, para la libelista, el Tribunal no podía abordar “el precario caudal probatorio para escudriñar aspectos fácticos en contra del señor acusado y llegar a una conclusión por fuera del debido proceder funcional”, máxime cuando concluyó que el tema central de la apelación, esto es, la condición de consumidor del procesado, resultaba inane, conforme fue así afirmado en la sentencia, señalando puntos que no están inescindiblemente ligados a la esencia de la alzada.

Así las cosas, entiende la censora, que se ha demostrado la trascendencia del reproche, así como la necesidad de obtener como fin la efectividad del derecho material, con lo cual se revelan quebrantados los arts. 29 superior, 6, 179 y 457 del C. de P.P., razón por la cual solicita se case el fallo y mantenga vigor y validez la sentencia de primer grado.

Cargos subsidiarios

Como primer reparo subsidiario, sostiene quebranto del debido proceso, bajo la consideración según la cual la Fiscalía carecía de interés para recurrir la sentencia absolutoria, pues no esbozó en sus alegaciones finales o no incluyó aquellos temas o aspectos fácticos y probatorios que tangencialmente mencionó en la apelación.

Para la demandante, la Fiscalía “argumentó en la apelación aspectos tangenciales que nunca fueron motivo de controversia o por lo menos de mención, en la audiencia de juicio oral. Fueron tópicos de los que echó mano, al intentar sustentar su inconformidad con la

absolución de cargos de primera instancia, por primera vez. Aspectos insustanciales que no se dio a conocer ni en los alegatos finales o de conclusión por el señor Fiscal. Por lo que no poseía interés para llevar a sede de apelación dicho fallo absolutorio”.

Estima la censora, que en forma análoga a como sucede en casación de acuerdo con algunas citas de antecedentes, en este caso “Se señala tema (sic) sobre el aporte de la defensa del testimonio de la señora Mongui Yulieth Berbesi, por parte de la Defensa Pública, dándole la Fiscalía una interpretación que no fue objeto de acotación en el debate probatorio ni en los alegatos finales o de conclusión. Menos que se hubiese hecho referencia al testimonio de oídas. Lo que nos lleva a predicar la ausencia de interés para haber llevado ante el Tribunal su presunta inconformidad con la absolución de cargos de primera instancia”.

De igual manera, asegura, en forma superficial se indica en la apelación que el procesado adujo consumo de drogas desde los doce años a raíz de la muerte de su señora madre, pero cotejando las fechas se rompía cualquier nexo, aspecto sobre el cual no podía referirse pues no confrontó al testigo, ni puede valorarse su dicho de la misma manera como sucede con un tercero.

Reconoció el procesado a la Fiscalía que era consumidor de estupefacientes y las circunstancias en que adquirió la droga en este caso, aun cuando al momento de su interrogatorio ya no tenía tal adicción.

Descarta el argumento relativo a la intervención que tuvo la juez de primer grado en desarrollo del juicio, pues nada refutó la Fiscalía en dicho acto y la misma lo fue para precisar las respuestas a las preguntas formuladas.

Tampoco tiene interés en relación el deber de acreditar médicamente que el procesado era consumidor de drogas, pues esto correspondía a la Fiscalía y ni podía censurar que la defensa haya desistido de los testimonios de la Comisaria de Familia y de la psicóloga del

municipio de Villa Caro.

Reprochó la Fiscalía que correspondía a la defensa hacer valorar por Medicina Legal al procesado en orden a acreditar su adicción, sin reparar en que la carga de la prueba era del ente acusador.

Además, la declaración de los agentes captores no da cuenta que el procesado estuviera en actitud de comercializar el estupefaciente.

En síntesis, enfatiza, la Fiscalía carecía de interés para impugnar la decisión de primera instancia, razón por la cual solicita se case el fallo y se de paso a la absolución dictada por el Juzgado de conocimiento.

El segundo cargo afirma violación indirecta de la ley sustancial derivada de falso juicio de identidad, que condujo a falta de reconocimiento de la duda que debió favorecer al procesado.

Sobre esta base, asegura que existe fragilidad en los medios de convicción como para arribar a la certeza sobre la participación del procesado en la conducta punible.

A este respecto, glosa que para la época de los hechos, Páez García era consumidor de estupefacientes y los agentes no dieron cuenta que estuviera comercializándolo.

El Tribunal concluyó que al llevar 217 gramos consigo la finalidad era diversa al uso personal sin ningún argumento demostrado en juicio.

Como segundo elemento que acredita el cargo, sostiene que de acuerdo con la “referencia fáctica en que se funda la dubitación”, es clara la “imposibilidad de desvirtuar la duda tangible en el actuar judicial objeto de consideración”, esto es, que la Fiscalía no demostró que el procesado estuviese traficando o comercializando la droga, ni eso se desprende de lo

declarado por los agentes captores.

Otro argumento demostrativo del cargo, dice la demandante, parte de reclamar que prevalezca la presunción de inocencia y la duda que en este caso se enmarca frente a la ausencia de antijuridicidad material o lesión real del bien jurídico de la salud pública, pues la defensa desde un principio ha sostenido que la cantidad de estupefaciente no define dicha lesión y tampoco la misma queda acreditada con los testimonios de los policiales.

Con el testimonio de la señora Berbesi Ortiz se sabe que conocía al procesado hacía 30 años, que se dedicaba a actividades culturales y que a raíz de la muerte de su madre y un hermano acudió al consumo de sicotrópicos. Lo propio refirió el acusado, al señalar que la adquirió para él mismo. De ahí que para la Juez de conocimiento, el propósito del acusado era el de su aprovisionamiento.

A lo anterior antepone el Tribunal aspectos históricos que no demuestran la antijuridicidad material de la conducta, ni el aspecto subjetivo de la misma, sin que pueda confundirse el dolo con aquellos presupuestos subjetivos propios de ciertos tipos penales, resultando inane la discusión suscitada por el delegado Fiscal, relacionada con la falta de comprobación de la condición de consumidor del procesado, siendo insuficiente que se afirme demostrado que éste portaba consigo el estupefaciente.

A través de la incipiente prueba allegada y de acuerdo con los criterios de la jurisprudencia, cuya abundante cita encuentra necesario, no es válida la “regla de experiencia” según la cual, si el procesado sabía que su comportamiento no le acarrearía consecuencias penales, no hubiera pretendido huir del lugar o deshacerse de la droga, conforme procedió. Tampoco que conociendo los lugares de expendio, a donde podía acudir, fuera aceptable sin sobrepasar el riesgo permitido, hacerse a la cantidad que fue hallada en su poder como de abastecimiento, pues todos son argumentos referidos a la tipicidad, pero no a la antijuridicidad de su conducta.

En estas circunstancias, para la recurrente, se mantiene incólume la presunción de inocencia del procesado y la duda que debe favorecerlo, por lo que solicita a la Corte se case el fallo y absuelva a Rafael Augusto Páez García.

SUSTENTACIÓN DE LA CASACIÓN

Impugnante

Recaba la defensora pública sus pretensiones, ratificando el contenido de la demanda de casación sin aducir nuevos argumentos en su intervención.

No recurrentes

-. Para el Fiscal Cuarto Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, la sentencia debe mantenerse en firme, pues no prospera ninguno de los cargos esbozados.

Referido al primer cargo, no existe violación al debido proceso, pues como lo señaló el Tribunal, en razón de los argumentos expresados por la Fiscalía, debió valorar la tipicidad de la conducta en sus aspectos objetivo y subjetivo. En este sentido estudió el tema propuesto y aquellos que tenían incidencia. Por eso analizó si la finalidad era el tráfico de la sustancia incautada.

Sobre el primer cargo subsidiario, entiende que tampoco debe prosperar. Pretender que los argumentos de la Fiscalía al apelar la decisión absolutoria hayan sido objeto de alegatos en la audiencia del juicio oral es una falacia argumentativa que limita el principio de contradicción e impugnación de las decisiones que afectan a las partes. Así mismo las sentencias de la Corte que relaciona la censura hacen referencia a la coherencia de los cargos de la apelación y luego en casación, pero este no es el supuesto que se presenta en este caso.

Respecto del segundo cargo subsidiario tampoco debe prosperar. Aduce violación indirecta por error de hecho por falso juicio de identidad. Pero no se ocupa en demostrar la presunta tergiversación de las pruebas, menos orientada a demostrar la violación del principio in dubio pro reo. La casacionista hace citas sobre dicho principio considerando que debió favorecer al procesado, pero proponiendo una valoración de las pruebas desde su margen que permitiría sostener que era adicto y que entonces la Fiscalía debió probar que la sustancia incautada era para su comercialización. Sin embargo, debió acudir al falso raciocinio y demostrar en esa sede en qué consistían los errores acusados.

-. A su turno, la Procuradora Tercera Delegada en Casación Penal también solicita a la Corte no casar el fallo impugnado.

Sobre el cargo principal por nulidad, recuerda que el Tribunal declaró probados los aspectos objetivo y subjetivo, así como que la droga se portaba para su comercialización, aspecto éste del que se ocupó a espacio, resaltando temas como el lugar de comisión del delito, la reacción del procesado y la eliminación pretendida de la sustancia, todo lo cual evidenciaba que la tenencia no estaba vinculada a su consumo sino a su comercialización.

En todo caso, que fuera consumidor no excluía que el estupefaciente lo tuviera para una finalidad diferente y todos estos aspectos fueron valorados por el Tribunal.

Del mismo modo, agrega, en el trámite de la apelación se expresaron todos aquellos motivos del recurrente y el Tribunal se ocupó de aquellos aspectos ligados a los mismos.

Respecto de las censuras subsidiarias, para el Ministerio Público, la Fiscalía cumplió con la carga de aducir los elementos de prueba que sirvieron para condenar, pues no solamente acreditó la tenencia de la droga, en cantidad muy superior a la personal, sino que resaltó cómo se trató de un habitante del sector que sabía de la prohibición y tuvo una actitud evasiva y de huida al ser requerido, así como que abandonó la sustancia. A partir de lo anterior dedujo el Tribunal el dolo, aspectos sobre los cuales se ocupó la acusación, como se

observa en desarrollo de la audiencia en que se formalizó y también la audiencia pública.

Finalmente, dice que en el cargo tercero se trata de una interpretación personal sin precisar el error, ni cuáles elementos de la sana crítica fueron conculcados.

CONSIDERACIONES

1. Una vez admitida la demanda, lo cual supone la satisfacción de los presupuestos exigidos para el efecto por el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, valorará la Corte los cargos propuestos y avocará su estudio comenzando por responder los problemas jurídicos derivados de los mismos, a la vez que atendiendo la teleología del recurso de casación, finalidad dirigida como se sabe a la búsqueda de la eficacia del derecho material, el respeto de las garantías de quienes intervienen en la actuación, la reparación de los agravios inferidos a las partes y la unificación de la jurisprudencia.

Y lo hará con mayor énfasis en sus aspectos de fondo, prescindiendo de aquellos relacionados con la formal idoneidad del libelo, toda vez que la intervención de la Corte entraña cumplir con el derecho a impugnar la primera condena (Acto Legislativo n.º 01 de 18 de enero de 2018), pretensión que en términos de la Sentencia SU 488 de 2020, en sede de casación se ampara a plenitud cuando quiera que a través del mismo se posibilita garantizar de manera efectiva el derecho a manifestarse en contra de la decisión única que condena y por ende a la doble conformidad judicial, máxime cuando de este modo se propicia el estudio sin restricciones de la situación problemática subyacente derivada de la declaración de responsabilidad penal del procesado.

Cargo principal y primero subsidiario

2. En dicho orden, inevitable comenzar por responder en primer término, sobre las pretensiones que se expresan en el libelo y referidas a la eventual vulneración del debido proceso, a que aluden el cargo principal y el primero subsidiario propuestos por la

defensora pública, conocidos los efectos que de tener asidero generarían para la propia indemnidad de la actuación de este trámite.

3. Como queda enunciado, el primer cargo reclama nulidad, bajo el criterio según el cual, el Tribunal carecía de competencia para desatar el recurso de apelación invocado por parte de la Fiscalía contra la sentencia absolutoria de primera instancia, dado el alcance fijado por el contenido del recurso que, en tales circunstancias, condicionaba el ámbito de su decisión.

4. Así, en lo concerniente con la competencia del superior en desarrollo del recurso de alzada, las restricciones relativas al rango del conocimiento que le es propio se comenzaron a gestar en el sistema procesal colombiano a partir de la norma constitucional que fijó la prohibición de reformar la sentencia en perjuicio del único apelante (art.31), con influjo incluso últimamente en el Código General del Proceso (art. 328) y con alcance en el campo penal definido por la Corte Constitucional a partir de la sentencia SU327 de 1995.

En esta última decisión y al fijar la hermenéutica respectiva, como se sabe, se delimitó el poder decisorio de la segunda instancia en tanto se dijo que la competencia que adquiere lo es sólo en función del recurso interpuesto y sólo para revisar la providencia en aquellos aspectos que le puedan ser favorables y no para empeorar la situación del procesado como único recurrente.

Pero la reforma legal que restringió en el campo penal el ilimitado enunciado de competencia panorámica absoluta predominante en los sistemas judiciales con antelación al relevo constitucional de 1991, se produjo a través del art. 34 de la Ley 81 de 1993, cuando al reformar el art. 217 del Código de Procedimiento Penal vigente (Decreto 2700 de 1991), dispuso que la consulta –propia de dicha metodología procedimental-, permitía al superior decidir sin limitación, en tanto que la apelación exclusivamente admitía ocuparse de los aspectos impugnados.

A partir de dicha modificación y en las codificaciones posteriores, la competencia y el

conocimiento del superior se restringió a los argumentos expuestos por el impugnante, esto es, a aquellos reparos concretos esgrimidos en contra de la decisión con la cual se mostraba adverso. Esta fue la misma ruta dogmática que en esta materia se siguió en todos los procedimientos dentro del sistema judicial colombiano.

En esta dirección y en materia de recursos, anotó la Sala Penal de la Corte que (Casación 51212 de 2018), además de la oportunidad para su interposición, su procedencia depende de la legitimidad del sujeto procesal, por ende, del interés jurídico que emerge del agravio que se le ha causado con la decisión objeto de impugnación -en tanto contraria a sus pretensiones-, estando legitimado en la causa para actuar pero no así frente a una providencia que lo favorezca.

Por tanto, el interés jurídico constituye a su vez el ámbito de conocimiento del superior encargado de resolver la apelación, misma que en virtud del principio de limitación de la competencia funcional, restringe el pronunciamiento en segunda instancia que debe circunscribirse a los asuntos objeto de la impugnación y extenderse a los que estén ligados a ellos de manera inescindible.

Consecuencialmente, aun cuando como se ha indicado, la sustentación delimita el rango del recurso y constituye el fundamento para su procedencia, es el interés jurídico el que establece hasta dónde llega la competencia del encargado de resolverlo, de manera que los otros temas de los cuales puede ocuparse, son los ligados estrecha o inescindiblemente con dicho interés.

5. Dado que, en el caso concreto, la Fiscalía impugnó la sentencia absolutoria de primera instancia, bajo el cometido de que, precisamente, el Tribunal trocara tal decisión por una de condena; en principio, esta pretensión general no ambigua ni restringida a un aspecto puntual, sino ni más ni menos a la integralidad de lo resuelto y al sentido de dicha decisión, no debería en estas condiciones suscitar controversia sobre el ámbito de las expectativas

del impugnante y por ende, fijada en el extremo opuesto de lo proveído, tampoco sobre el hecho de que en pos de tal perspectiva, el objeto de conocimiento por parte de la segunda instancia careciera de restricciones, como quiera que abarca el propio tema referido al sentido de la sentencia y la declaración o no de responsabilidad penal del procesado, todo lo cual conlleva una conexidad esencial o sustancial.

6. Desde este margen de valoración, no parece susceptible de ser puesto en entre dicho que, encontrándose en el interés jurídico de la Fiscalía en el caso concreto hacer prevalecer la acusación impartida en contra de Páez García por el delito de tráfico de sustancias estupefacientes y dado el hecho de haberse emitido decisión absolutoria en su favor, estuviera dentro del rango legítimo de tal propósito recurrirla para procurar una condena y consiguientemente conminado por tanto el Tribunal a dilucidar este aspecto cardinal del recurso.

En esta dirección, la Fiscalía solicitó se revocara la decisión absolutoria de primera instancia, aduciendo como tema central el hecho de que la pretendida adicción a las drogas por parte del procesado, que se procuró acreditar con el testimonio –calificado de incrédulo y de oídas– de una vecina, o el del inculcado, que expresó comenzar el consumo desde los 12 años a raíz de la muerte de unos familiares, mismo que en concepto de la recurrente, se descarta por haber acaecido ese hecho en el año 2007, o, en todo caso, que no se probó científicamente que el acusado fuera un consumidor de drogas, toda vez que la defensa desistió de los testimonios de la Comisaria de Familia y de la psicóloga de Villa Caro, todo lo cual sumado a que la defensa no solicitó que Páez fuera valorado por un médico psiquiatra o toxicólogo, no permitía admitir su drogadicción.

La decisión absolutoria de primera instancia, como se verá adelante, partió de admitir que el procesado, según sus propias afirmaciones y en lo que aún a sus dichos fue depuesto por la testigo Mongui Julieth Berbesi Ortiz, era consumidor de marihuana, antecedente que considerado como probado, lo llevó a solucionar este proceso con el criterio en esta materia

fijado por la Corte y que citó, de acuerdo con el cual ante este panorama correspondía a la Fiscalía demostrar que el porte de la droga tenía por finalidad su comercialización, de modo que como no lo hizo, resolvió absolver.

En este contexto, el abordaje del proceso por parte del Tribunal le imponía, como lo procuró la Fiscalía, entrar a respaldar o no la tesis del a quo, cuya vinculación ineludible definía el objeto mismo de sus pretensiones, pues como ya fue advertido, mientras la primera instancia adujo que a tono con la jurisprudencia de esta Sala, en los eventos en que se acredite que la sustancia es para consumo personal la conducta es atípica, máxime cuando no es imperativo demostrar la condición de “adicto” del procesado, sino que la tenencia del estupefaciente era para sí mismo y debía por ende la Fiscalía solventar probatoriamente que la intención del acusado era comercializarlo; para el impugnante no se probó tal “adicción” –ergo, poseía la droga con otro propósito- y por ende Páez García era penalmente responsable del delito que se le imputó

El Tribunal entendió que “el ánimo del actor no relaciona a dicha sustancia (marihuana en 217 gramos) para uso personal”, pues llevaba consigo una cantidad muy superior a la equivalente como dosis personal (20 gramos), a lo que agregó que su comportamiento al deshacerse de la misma pese a afirmar ser consumidor y huir del lugar denotaba una finalidad diferente.

También rechazó la tesis del aprovisionamiento, pues aseguró que bien podía adquirir la sustancia cerca al lugar de su residencia en cualquier momento y consideró incoherente la justificación relacionada con dicho abastecimiento para evitar habladurías en el pueblo, cuando la testigo de la defensa afirmó que se sabía que Páez García era consumidor de estupefacientes, todo lo cual lo llevó a revocar la absolución e impartir condena.

Evidentemente, dadas estas circunstancias, no media reparo alguno en cuanto a que el ad quem tenía plena competencia para desatar el recurso de apelación en los términos en que

procedió de acuerdo con las pretensiones del impugnante y por ende, que no excedió el Tribunal la competencia funcional.

7. Consecuentemente, tampoco tiene sustento la afirmación contenida en el primer reproche subsidiario, según la cual se quebrantaría el debido proceso so pretexto de que la Fiscalía carecía de interés para recurrir, por no haberse referido en desarrollo del juicio oral a aquellos aspectos de que se ocupó luego al apelar el fallo de primer grado; como quiera que tanto el motivo, como los argumentos expresados para rebatir la absolució, solamente surgieron a partir del contenido de tal proveído, esto es, que desde la perspectiva de la Fiscalía General de la Nación, el agravio con la decisió controvertida, sólo surgió con la expedició de proveído absolutorio y no antes.

En realidad, esta pretendida sujeci3n temática a que alude el libelo, no existe.

La presentaci3n o declaraci3n de su teorí del caso, práctica de pruebas admitidas, análisis de las mismas y con las cuales se pretende demostrar la responsabilidad penal del acusado y solicitud final, no supone para la Fiscalía el agotamiento total de argumentos con los cuales propugna por una decisi3n condenatoria.

Como es apenas lógico entender, en desarrollo de una actuaci3n que es dialéctica, como la derivada de un proceso penal, posturas divergentes a las pretensiones manifestadas por uno de los sujetos procesales, solamente vienen a ser expresadas a través de aquellos argumentos contenidos en la apelaci3n, pues como con acierto acota el Delegado de la Fiscalía en esta sede, pretender que sobre los mismos se hayan ocupado previamente los intervinientes en el juicio oral, restringiría el derecho de contradicci3n e impugnaci3n de las decisiones que afectan a las partes.

Del mismo modo, razón le asiste al no recurrente en este trámite, en cuanto advierte que las citas a que alude la libelista, hacen referencia a la coherencia de los cargos entre la apelaci3n y la casaci3n, pero este no es el supuesto que se presenta en este caso.

Segundo cargo subsidiario

8. Respecto del segundo cargo subsidiario, presentado por violación indirecta de la ley sustancial derivada de falso juicio de identidad, que condujo a falta de reconocimiento de la duda que debió favorecer al procesado, es lo cierto que a través del mismo se abre espacio a una confrontación probatoria que tiene por eje central el argumento según el cual para la época de los hechos, Páez García era consumidor habitual de estupefacientes y en ningún momento los agentes del orden dieron cuenta que estuviera comercializando la droga que fue hallada en su poder.

9. Como quiera que el ámbito de la controversia suscitada por vía de casación, está determinado en el hecho de que la sentencia del Tribunal revocó la declaración de inocencia por parte de la primera instancia, para en su lugar condenar al procesado, adecuado a la respuesta que el caso amerita es en primer término fijar los argumentos probatorios de tales determinaciones.

Esencialmente, como ya se anticipó, la primera instancia partió de doctrina de la Sala de Casación referida al estado de análisis actual sobre la configuración del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes descrito por el art. 376 del C.P., a través de una secuencia histórica del mismo, cuya evolución le permitió observar que si bien no existe controversia alguna frente a la tipicidad objetiva de la conducta, toda vez que se estipuló que Rafael Augusto Páez García llevaba consigo 217 gramos de marihuana, no acaece lo propio en relación con la tipicidad subjetiva.

En efecto, sobre lo primero, además de ser indiscutible que el procesado portaba la droga de que se ha dado cuenta, esto cobró plena corroboración con los testimonios de los gendarmes Jesús Manuel Suárez Miranda y Gerson Pabón Ortega, quienes en labores rutinarias de patrullaje solicitaron registro de Páez García, quien caminaba junto con un menor, ante lo cual aquél emprendió la huida y lanzó una bolsa plástica contentiva de la

referida sustancia, siendo en el acto aprehendido y el alijo recuperado.

Entendió el a quo, que al haberse acreditado exclusivamente por la Fiscalía el hecho reseñado, pero en manera alguna que el propósito del procesado al portar la marihuana fuera su tráfico o distribución, pues él mismo dio cuenta de tratarse de un material para su consumo y sobre la circunstancia de ser consumidor declaró una vecina del barrio, Mongui Julieth Berbesi Ortiz; todo lo anterior, acorde con la jurisprudencia vigente y al no probarse la tipicidad subjetiva, en virtud del principio de presunción de inocencia, le condujo a absolver al acusado.

Al revocar tal decisión, partió el Tribunal de señalar que la conducta imputada a Páez García lo fue “llevar consigo” marihuana en la cantidad de 217 gramos. Y, aun cuando se mostró conocedor de la doctrina de la Corte, en tanto ha distinguido entre el dolo y los ingredientes subjetivos distintos a éste, cuyo objeto es definir el riesgo jurídicamente relevante y coadyuvan en la confirmación o el rechazo de la tipicidad de la conducta, desde su margen, es “irrefutable” que el procesado portaba consigo dicha sustancia, pero no que lo fuera para su uso personal.

Para arribar a esta conclusión, estimó excesiva la cantidad superior a la dosis personal de marihuana (20 gramos), que tenía el acusado (217 gramos), considerando que admitió consumir una dosis cada día o cada dos días; pero esencialmente, que si se afirmaba consumidor no es “coherente” que huyera y arrojara la bolsa que la contenía -indicio que llamó de mala justificación-, así como poco creíble que la marihuana fuera de aprovisionamiento, pues el lugar de expendio era cercano a su casa, e “incoherente” que se abasteciera de la droga “para evitar habladurías del pueblo”, cuando la testigo de la defensa adujo saberse que se trataba de un “vicioso”, de donde coligió con carácter “irrefutable” que la sustancia que le fue encontrada “no se relacionaba con el propio consumo”.

Esta censura, que se aborda a partir de la disparidad de criterio valorativo de las pruebas, en la solución del presente caso merece una perspectiva distinta, aun cuando, como se verá, conduce a la decisión pretendida por la demandante en casación.

Tipicidad del punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes objeto de imputación

10. Fijados estos antecedentes, ciertamente se hace necesario recordar, que al estudiar el alcance típico que en su aspecto subjetivo tiene el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes descrito por el art. 376 del C.P., la Corte, a través de la decantación de su pensamiento hoy dominante, ha restringido el ámbito del mismo al hecho de su distribución, haciendo consiguientemente salvedad de aquellos supuestos en que una valoración racional de la cantidad hallada en su poder permita colegir en relación con consumidores, que la misma está destinada a su posterior uso; máxime cuando no solamente esto es lo afirmado por el sujeto de la acción penal, como sucede en este caso, sino que carezca el proceso de la prueba determinante de que tal tenencia obedece a otra motivación, esto es, que la droga se posee para su partija o compartimiento a cualquier título.

Sobre el particular, bien se ha advertido que si, a pesar de estarse frente a un consumidor, la prueba evidencia que la tenencia del estupefaciente tiene por finalidad su partición, repartición o disposición, concurre el delito en cuestión, mas no así cuando se ha librado al azar acreditar este hecho y con mayor razón quien ostentaba la droga acusa ser usuario de la misma.

A este respecto, no es exigible prueba técnica y/o científica sobre la ingesta de estupefacientes, pues no obra tarifa legal en relación con la constatación de la condición de consumidor de estas sustancias.

Tampoco son relevantes desde luego, las motivaciones que han determinado el consumo o su corroboración, para hacer derivar del mismo alguna consecuencia adversa al procesado.

En resumidas cuentas, no es aceptable invertir la carga de la prueba en orden a la concreta tipicidad subjetiva de la conducta, pues si la Fiscalía no ha acreditado fehacientemente que, desde luego, en supuestos como el presente, el sujeto agente llevaba consigo sustancia estupefaciente con la finalidad de distribuirlo y en cambio se afirma y respalda tal atestación, en que su tenencia lo era para el propio consumo; no se puede simplemente sostener, conforme se ha procedido en estas diligencias por parte del Tribunal, que el escueto hecho de aceptar la tenencia de la droga actualiza plenamente el tipo penal, o que a igual conclusión se llega porque se estime “incoherente” que siendo un consumidor pretendiera evitar a la policía, o deshacerse de la bolsa que la contenía, o que pudiendo comprar el estupefaciente en dosis menores, resolviera en la fecha hacerlo en un mayor volumen, o que, en fin, 217 gramos configuren diez veces la dosis mínima para marihuana y se considere excesiva por el intérprete, pues todas estas apreciaciones no están en camino de probar que, en efecto, el cometido del encausado fuera distribuir a terceros el cannabis.

11. Encaminada en la hermenéutica destacada la postura actual de la jurisprudencia de la Sala, es imperativo en orden a valorar la estricta tipicidad del delito previsto por el art. 376 del C.P., diferenciar a una persona que es consumidora de estupefacientes, de aquella que posee dicha sustancia con fines de tráfico; conforme de ello da cuenta prolija evolución en el pensamiento de la Sala (como se observa, entre otras decisiones, en la sentencia de casación 53446 de 2023), toda vez que sólo en el último supuesto reseñado emerge tolerable una respuesta punitiva por parte del Estado jurisdiccional, bajo el entendido que cualquier otra consecuencia dentro de este ámbito en relación con personas que frecuentan el consumo de drogas debe considerarse lesiva de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, de acuerdo con el sentido y alcance que a estos derechos se ha dado desde la perspectiva de su rango constitucional, máxime cuando por sus características, un consumidor merece una protección reforzada susceptible por tanto de otra suerte de medidas o respuestas de la sociedad, evidentemente distintas de la punitiva.

Por ende, el hecho de llevar consigo estupefacientes, en los términos en que lo valoró en este caso el Tribunal, no ofrece desde luego sino un aspecto meramente objetivo en el análisis del concreto proceso de tipificación de la conducta, toda vez que resulta siempre necesario sopesar el contenido de la voluntad del agente, mismo expresado necesariamente a través de elementos positivos de su conducta (ingrediente o elemento subjetivo que acredita su finalidad) y que debe manifestarse en actos susceptibles de constatación material que, por ende, corresponde a la Fiscalía General de la Nación acopiar al juicio.

Lo anterior no está significando, como fue advertido, que cualquier cantidad de sustancia estupefaciente que se lleve consigo, mientras se sostenga que es para el propio consumo, o no se acredite probatoriamente el propósito de su distribución, inexorablemente merezca el análisis, consecuencia, o solución en los términos indicados. Ya se observó que el tema referido a la cantidad de sustancia y circunstancias concretas del hecho permiten esta justipreciación racional y en ello también la jurisprudencia ha recabado, así:

“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” (Sentencia 43725 de 2017).

También que:

“(i) La cantidad de alucinógenos no es el factor determinante del juicio de tipicidad de la modalidad conductual “llevar consigo”, pero ese dato sí debe valorarse como un indicador, junto a los otros que se encuentren demostrados, de la finalidad del agente. Así, por

ejemplo, una cuantía exagerada o superlativa hace razonable la inferencia de direccionamiento de la conducta al tráfico o distribución.

(ii) La carga de la prueba del referido ingrediente subjetivo, al igual que ocurre frente a los demás presupuestos de la tipicidad y de la responsabilidad penal en general, corresponde a la Fiscalía General de la Nación, según lo establecido en el inciso 2 del artículo 7 del C.P.P.” (Sentencia 56574 de 2020. Resaltado original).

Para la Sala, cuando el Tribunal en algunos de los apartes de la sentencia, admite que de acuerdo con las propias afirmaciones del procesado, éste reconoció en el juicio haber adquirido la marihuana por tratarse de un consumidor de dicha sustancia, pero al propio tiempo anota que los agentes de la policía no revelaron que aquél estuviera realizando conducta diversa de caminar en compañía de un adolescente y así mismo deja constancia que la Fiscalía no acreditó la existencia de pruebas indicativas de que Páez García conservaba ese estupefaciente con ánimo de distribuirlo o comercializarlo y por el contrario, que dada su envoltura, se trataba de un manojo de tal hierva con semillas, no puede válidamente concluir en que tales circunstancias descartan su versión de ser un consumidor y no un expendedor de esas sustancias.

Por ello, no es aceptable que pese a este panorama, sostenga la sentencia que se puede inferir que el “ánimo del señor Páez García, para llevar consigo la sustancia estupefaciente incautada no se relaciona con el propio consumo”, derivado solamente de la cantidad que portaba (que para un frecuente usuario de las mismas tampoco es, en modo alguno, exorbitante) y menos aún recrear esa conclusión a partir de la conducta asumida en presencia de la autoridad (pretender huir y deshacerse del envoltorio), pues tal circunstancia que asume lo vincula con alguien que posee la droga con otra finalidad, así como no entraña ninguna regla de experiencia, crea una situación paradójica y es que pese a afirmar en el juicio ser consumidor y no obrar prueba de que se tratase de un distribuidor, hoy en día pesa en su contra una decisión de condena; menos aun cuando es el propio ad quem

quien sostiene como inexplicable que actuara de esa manera a sabiendas de que para alguien en sus circunstancias “la conducta ejecutada no acarrea sanción penal”.

12. Recabando en la vigencia de la tesis actual de la Sala, reiterada en el último lustro sin salvedades, pertinente es glosar la sentencia 60332 del 21 de junio de 2023, de acuerdo con la cual:

“32.- Entrando en materia de los aspectos sustanciales de la demanda, debe recordarse que ha sido pacífica la jurisprudencia actual de la Corte, respecto del delito de Fabricación, tráfico o porte de estupefacientes del artículo 376 del Código Penal, en cuanto a que el verbo rector «llevar consigo» exige para la configuración del hecho punible de un elemento subjetivo especial o finalidad específica, diversa del dolo, relativa a que el porte tenga como propósito la venta, distribución o suministro a cualquier título, de suerte que la sola conducta de llevar consigo es por sí misma atípica, mientras la Fiscalía no demuestre alguna de aquellas finalidades. Además, en virtud de la misma estructura del proceso penal, la carga de probar ese propósito especial del porte del estupefaciente recae sobre la Fiscalía.

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

Si bien podría pensarse preliminarmente que media una contradicción entre lo dispuesto en la reforma constitucional (Acto Legislativo 02 de 2009), y las cantidades determinadas como dosis personal por el literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986, lo cierto es que la exposición de motivos de la aludida reforma constitucional fue clara en determinar que prohibir el porte de sustancias estupefacientes o psicotrópicas era «parte de una filosofía preventiva y rehabilitadora», por eso facultó al legislador para establecer medidas

pedagógicas, profilácticas o terapéuticas destinadas a los consumidores, excluyendo la posibilidad de imponer penas de reclusión en establecimientos carcelarios.

En ese Acto Legislativo, como ya se reseñó, se distingue al consumidor y la conducta del delincuente que fabrica, trafica y distribuye las drogas ilícitas, garantizando a los primeros la protección del derecho a la salud pública.

Al reglamentar el consumo, la adicción o la situación del enfermo dependiente y establecer que su conducta ha de entenderse como un problema de salud y que únicamente admite como medidas de control por parte del Estado tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, se está partiendo del supuesto que tales personas están autorizadas a portar y consumir una cantidad de droga, sin que esa acción y porción corresponda a la descripción típica del artículo 376 del C.P.1”

34.- En esa medida, la Sala ha consolidado la tesis de que en aquellos casos en los cuales el porte de estupefacientes este destinado al consumo personal, la conducta es atípica, pues de la Constitución (particularmente, de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana) se deriva un permiso al respecto, razón por la cual, el tipo penal no puede cobijar el uso individual de alcaloides2.

35.- Al tiempo, la Sala ha fijado en estos términos su posición en torno a la realización del tipo penal:

[L]legados a este punto, debe destacarse que la evolución del tema relacionado con el porte de estupefacientes –alusivo al verbo rector llevar consigo-, ha consolidado las siguientes tesis:

a. Tratándose de delitos de peligro abstracto –el previsto en el artículo 376 del Código Penal, lo es-, si bien en el momento de creación legislativa se deja implícita una presunción de peligro, esta es legal y no de derecho, por lo que el juez debe llevar a cabo un juicio de antijuridicidad a fin de determinar si se creó un riesgo efectivo, verificable empíricamente, para el bien jurídico protegido.

b. En todos los casos, el consumidor ocasional, recreativo o adicto, no puede ser considerado como sujeto pasible del derecho penal, cuando la conducta que realiza carece de cualquier connotación afín al tráfico o distribución de sustancias estupefacientes o psicotrópicas o drogas sintéticas, con independencia de la cantidad de sustancia prohibida que se lleve consigo, pues en tales eventos no se produce un efectivo menoscabo o peligro concreto para los bienes jurídicos que pueden ser objeto de tutela por el legislador.

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

Ahora bien, la Sala estima necesario subrayar que la consideración atinente a que es una presunción de antijuridicidad iuris tantum, susceptible de desvirtuar, la que opera sobre la puesta en riesgo de los bienes jurídicos en el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, no se traduce en la inversión de la carga de la prueba, la misma que en materia de responsabilidad penal estará siempre en cabeza del Estado.

Lo anterior, por cuanto las presunciones constituyen reglas probatorias y no reglas sobre la carga de la prueba³. Por eso, en ningún evento, la carga de la prueba de su inocencia le corresponde al procesado, ella se presume.⁴

38.- Así, la Corte ha reconocido la existencia en el tipo penal del artículo 376 del Código

Penal de lo que se conoce como elementos subjetivos distintos del dolo, elementos subjetivos del tipo o elementos subjetivos del injusto⁷, que se relaciona con 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, con lo que se completa su tipicidad del comportamiento en el plano material.

39.- En suma, ha dicho la Sala, en relación con el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, que 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, se ha reducido el contenido del injusto a la demostración del ánimo por parte del portador de destinarlas a su distribución o comercio, como fin de la norma.

40.- Igualmente, se ha recalcado que ese ánimo ulterior asociado con el destino de las sustancias que se llevan consigo, distinto al consumo personal, puede ser demostrado, dentro del principio de la libertad probatoria, a partir de la misma información objetiva recogida en el proceso penal⁸.”.

13. Así las cosas y derivado de lo expuesto, revocará la Corte la sentencia impugnada, cobrando vigencia la decisión absolutoria de primera instancia emitida en favor de Rafael Augusto Páez García por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes –artículo 376 del Código Penal, modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011-.

Por lo anterior, se dispondrá su libertad inmediata e incondicional por razón de este proceso, con la advertencia que cumplirá efectos si no es requerido por otra autoridad.

A su vez, el juez de primer grado procederá a cancelar los registros y anotaciones a que

haya lugar.

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

1°. Revocar la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, el 5 de octubre de 2018 y en su lugar dejar en firme la absolución dispuesta en favor de Rafael Augusto Páez García por el Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad.

2°. Ordenar la libertad inmediata e incondicional en favor del procesado, la que se hará efectiva en caso de no ser requerido por otra autoridad.

3°. Disponer que el juez de primer grado cancele los registros y anotaciones que se hayan originado en contra del acusado en razón de este proceso.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

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

HUGO QUINTERO BERNATE

Presidente

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

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

2 Íbidem.

3 ALEJANDRO KISS, El delito de peligro abstracto, Buenos Aires, Ad-hoc, 2011, p. 96.

4 CSJ SP-9916-2017, 11 jul. 2017, rad. 44997. En el mismo sentido, CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760. En el mismo sentido, entre otras, CSJ SP-4131, 6 abr. 2016, rad. 43512; CSJ SP-3605, 15 mar. 2017, rad. 43725.

5 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.

6 DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Valencia, Tirant lo blanch, 2016, p. 319 y ss.

7 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.

8 CSJ SP-9916-2017, 11 jul. 2017, rad. 44997.