

República de Colombia



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá
Sala Penal

Magistrado Ponente
LEONEL ROGELES MORENO

Lectura: Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Radicado:	11001-6000-013-2019-11286-01
Referencia:	Ordinaria Ley 906 de 2004
Procesada:	Darwin Ovidio Almanza Mora
Delito:	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Decisión:	Confirma
Aprobado Acta N°	91 del 13 de julio de 2021

ASUNTO

El tribunal resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2020, mediante la cual el Juzgado Doce Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá condenó a Darwin Ovidio Almanza Mora, como autor del punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

HECHOS

El 16 de septiembre de 2019, a las 23:42 horas, aproximadamente, uniformados de la Policía Nacional que realizaban labores de patrullaje por

el sector de la Calle 1ª con Carrera 25 barrio Santa Isabel de Bogotá, observaron a un sujeto, quien al notar la presencia policial se mostró nervioso, por lo que le solicitaron un registro.

En ese procedimiento, le hallaron, a quien se identificó como Darwin Ovidio Almanza Mora, una bolsa plástica transparente, en cuyo interior tenía 90 papeletas, las cuales contenían una sustancia pulverulenta que, por sus características de olor y color, se asemejaba al bazuco. También le fueron encontrados 50 billetes de \$2000.

Al ser sometida a prueba de identificación preliminar –PIPH- dicha materia arrojó positivo para cocaína con peso neto de 36 gramos.

ACTUACIÓN

El 18 de septiembre de 2019, ante el Juzgado Ochenta y Uno Penal de Garantías de esta ciudad se legalizó la captura de Almanza Mora, a quien la fiscalía le imputó el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, tipificado en el artículo 376 inciso 2º del Código Penal, verbo rector “llevar consigo”, cuyo cargo no aceptó. El ente acusador no solicitó imposición de medida de aseguramiento.

El 6 de diciembre siguiente la fiscalía radicó escrito de acusación y, en la audiencia del 21 de enero de 2020, ante el Juzgado 12 Penal del Circuito de Conocimiento, le endilgó la misma conducta.

La preparatoria se llevó a cabo el 27 de febrero siguiente y el juicio oral se desarrolló en los días 12 de julio y 2 de septiembre 2020. Clausurada esta etapa y escuchados los alegatos de conclusión, el juzgado emitió sentido fallo condenatorio y corrió el traslado de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

El 18 de septiembre siguiente el despacho profirió sentencia la cual fue apelada por la defensa.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado, luego de efectuar el análisis de las pruebas recopiladas en el juicio oral, concluyó que la materialidad de la conducta y la responsabilidad del procesado estaban probadas con los elementos suasorios allí recaudados.

Señaló que el policial Adriano José Hernández Correa dio cuenta de las circunstancias que rodearon la captura de Almanza Mora y de la incautación de la sustancia que portaba, la cual, por medio de estipulación probatoria, se estableció que correspondía a cocaína con peso neto de 36 gramos.

Adujo que, de acuerdo con los medios de pruebas allegados, no existió duda que la cantidad de sustancia incautada al procesado dejaba ver un actuar doloso y un indicio grave de responsabilidad, dado que en manera alguna los 36 gramos de estupefacientes podrían justificarse en un consumo personal, aunado a la desproporcionada cantidad de papeletas -90- lo cual es utilizado por los expendedores de droga para facilitar su comercialización y el dinero encontrado en denominación que permitía inferir dicha actividad.

Agregó que de ningún medio de prueba se infiere que Almanza Mora es consumidor, según lo pretendió justificar la defensa.

Recordó que el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes ha sido catalogado como un delito de peligro abstracto y la cantidad de la

sustancia es uno de los "*determinantes*" en el estudio de la antijuricidad.

En consecuencia, lo declaró responsable y lo condenó a 64 meses de prisión, multa de 2 s.m.l.m.v. e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso.

como se trata de un delito previsto en el artículo 68A del Código Penal, negó los mecanismos sustitutivos de la pena y ordenó librar la correspondiente orden de captura.

IMPUGNACIÓN

El defensor solicitó la revocatoria de la condena, para lo cual arguyó que la Corte Suprema de Justicia ha señalado que cuando se imputa el verbo rector "*llevar consigo*", de que trata el artículo 376 del Estatuto Penal, la fiscalía debe probar la intención de comercialización o distribución del alcaloide, de lo contrario, se torna en una conducta "*atípica por ausencia del dolo*".

Indicó que el ente acusador no probó "*la finalidad de distribución*" que debe tener quien porta la sustancia para ser sancionado, ni se acreditó el ánimo con el cual Almanza Mora llevaba consigo el estupefaciente.

Señaló que con la declaración del policial Hernández Correa solo se demostró el "*acto de llevar consigo*" la sustancia y el dinero que portaba el acusado. Sin embargo, no fue suficiente para probar que la materia estuviera destinada a un fin ilícito de venta o de distribución y que el dinero fuera asociado con la misma.

Aseveró que el despacho pasó por alto que aquel es consumidor habitual de sustancias estupefacientes, tal como lo dio a conocer Wilkel Almanza Mora en el juico oral.

El procesado fue imputado y acusado por el verbo rector llevar consigo; sin embargo, fue condenado con la presunción de que la materia incautada era para la venta y distribución.¹

TRASLADO DEL NO RECURRENTE

El representante de la fiscalía, tras estar de acuerdo con el fallo de primer grado, solicitó su confirmación.

CONSIDERACIONES

En virtud de que el fallo objeto de la presente alzada fue proferido por un juzgado penal del circuito de este Distrito Judicial, la corporación es competente para resolver la apelación, de acuerdo con el numeral 1º del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

Como las discrepancias planteadas por el recurrente se centraron exclusivamente en el análisis probatorio acerca de la responsabilidad del enjuiciado, corresponde a la sala realizar el respectivo estudio, a efecto de verificar lo atinado de la sentencia censurada.

El delito consagrado en el artículo 376 del Código Penal se estructura, cuando la persona, sin permiso de autoridad competente introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas, en cantidad superior a lo dispuesto sobre dosis personal².

En punto de la materialidad de la conducta, el recurrente no presentó

¹ Citó la sentencia con radicado 51204 del 23 de enero de 2019

² Para esta materia el literal J del artículo 2º de la Ley 30 de 1986 la fijó en un (1) gramo. Y cuando exceda de cien (100) gramos se incrementa la sanción.

objeción en cuanto a que Almanza Mora fue capturado en flagrancia, cuando se encontraba en vía pública en esta ciudad, llevando consigo 90 papeletas contentivas de una sustancia pulverulenta que resultó positiva para cocaína, con un peso neto de 36 gramos³.

En virtud de que el disenso con el fallo de primer nivel se concretó en que la fiscalía no acreditó el ánimo con el que su representado portaba el alucinógeno, es necesario recordar que el mismo se infiere del material probatorio legal y oportunamente aportado, tal como lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia:

"4.3 Regla jurisprudencial aplicable: el porte de estupefacientes demanda un elemento subjetivo especial.

Desde la sentencia SP2940-2016, mar. 9, rad. 41760; la Sala de Casación Penal consideró que el Acto Legislativo 02/2009 y los parámetros interpretativos fijados por la Corte Constitucional en la decisión C-574/2011, entre otras razones, imponen tratar al consumidor de sustancias estupefacientes, con mayor razón si es adicto, como sujeto de especial protección que, por ende, debe ser destinatario de medidas administrativas de orden pedagógico, terapéutico y profiláctico, no de sanciones jurídico-penales.

*En esa perspectiva, se advirtió que la tipicidad de la conducta de portar o "llevar consigo" estupefacientes está supeditada a una finalidad o ánimo especial del agente: **la de tráfico o distribución**, porque si tal comportamiento persigue el consumo o uso personal escapa de la prohibición típica. (...)*

Por ello, se aclaró, «la demostración de los hechos o circunstancias atinentes al ánimo del porte de los estupefacientes, como componentes de los ingredientes subjetivos relativos al tráfico o distribución de las sustancias, incumbe siempre al acusador, quien tiene la carga de probar toda la estructura de la conducta punible». En esa tarea, se advirtió, «si bien es cierto que el peso de la sustancia por sí solo no es un factor que determina la tipicidad de la conducta, sí puede ser relevante, junto con otros datos demostrados en el juicio (p. ej., instrumentos o materiales para la elaboración, pesaje, empaque o distribución; existencia de cantidades de dinero injustificadas; etc.), para inferir de manera razonable el propósito que alentaba al portador».

En la sentencia SP497-2018, feb. 28, rad. 50512, en postura seguida también por la SP732-2018, mar. 14, rad. 46848, la SP025-2019, ene. 23, rad. 51204, la

³ La calidad y la cantidad de la sustancia fue objeto de estipulación probatoria en la audiencia del juicio oral del 02 de julio de 2020.

SP4943-2019, nov. 13, rad. 51556, y por la más reciente SP5400-2019, dic. 10, rad. 50748; se reiteró que el porte de estupefacientes requiere de un ingrediente subjetivo adicional al dolo; por lo que, su tipicidad «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», aunque insistiéndose en que el factor cuantitativo no puede menospreciarse, «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.»⁴

En el caso que se analiza, la fiscalía presentó al testigo Adriano José Hernández Correa -policía captor-, el cual manifestó haber interceptado al acusado en la Avenida 1ª con Carrera 25 A barrio Santa Isabel de esta ciudad, con el estupefaciente y con 50 billetes de denominación de \$2000.

Afirmó que, para ese momento, el acusado estaba con varias personas que tenían aspecto de habitantes de calle, unos de los cuales se retiraron al observar la presencia policial y otros fueron registrados. Agregó que, tiempo después de estos hechos, lo judicializó nuevamente portando sustancias estupefacientes.

Bajo ese entendido, contrario a lo argüido por el defensor, una vez analizada la situación fáctica con los elementos probatorios allegados, no se advierte que la intención con la cual Almanza Mora llevaba consigo la aludida sustancia, era para su uso personal y su aprovisionamiento, acorde con sus necesidades de consumo, sino para su distribución.

Lo anterior, se infiere de la manera en que se encontraba fraccionada la materia, esto es, en 90 papeletas, lo cual se presta para su fácil comercialización, de suerte que la portaba no simplemente con la intención de consumirla, ya que, de ser así, no tenía por qué llevar ese número de porciones.

⁴ Radicado 56.574 del 29 de enero de 2020.

De otra parte, no existe medio probatorio que acredite, siquiera sumariamente, que David Ovidio Almanza es adicto o consumidor de ese alcaloide, para argüir una posible dosis de aprovisionamiento, ya que si bien el defensor aseguró que a partir del testimonio de Wilkel Almanza Mora –su hermano- se acreditó dicha condición, este no tiene la contundencia necesaria para desdibujar la conducta ejecutada por el acusado.

En efecto, dicho ciudadano narró que desconocía la actividad a la que se dedicaba su consanguíneo, al que en ocasiones observaba en buenas condiciones y bien vestido y, en otras, muy descuidado, aunado a que desaparecía por temporadas. Refirió su condición de adicto a estupefacientes desde hacía aproximadamente 15 años, para lo cual recibió tratamiento en una fundación, y que no tenía conocimiento de cómo aquel obtenía dinero para su subsistencia, ya que solo lo observó en algunas ocasiones pidiendo monedas con un perro en los semáforos.

Sin embargo, esa eventual condición no se traduce en imposibilidad de distribución, situación por la cual le corresponde a la judicatura verificar las circunstancias modales de cada caso, como también los medios de prueba allegados, con el fin de determinar si la sustancia no solo era para consumo, sino para distribuir a otras personas.

Al respecto, el órgano de cierre en lo penal señaló:

(...) Lo anterior implica que la condición de enfermo de un sujeto por tratarse de un adicto o un consumidor no lo exonera de responsabilidad penal si la cantidad portada a pesar de tener la finalidad del consumo es exagerada, o es acompañada de otros propósitos ilícitos como los ya citados.

En asuntos como este en el que pueden coexistir las dos calidades tanto la de adicto como de distribuidor o comerciante de la droga, la Corte y la justicia no pueden cohonestar que precisamente la enfermedad se utilice como mampara o pretexto para delinquir, esto es, que bajo el supuesto de portar dosis compatibles con el propósito o necesidad de consumo, también

queden amparadas cantidades destinadas con fines de comercialización, porque éstos últimos proceder es han de ser perseguidos penalmente con la consecuente sanción, dada la efectiva lesión de los bienes jurídicos protegidos.

En este sentido, la Corte avala la consideración del fallador que no es lo mismo una cantidad de sustancia estupefacientes así sea mínima en manos de un consumidor o fármaco dependiente para su propio uso, que esa sustancia en la misma cantidad y proporción en poder de una persona que la conserva o porta con fines de venta, ámbito último que se demostró ante el hallazgo de elementos propios utilizados para su distribución, como las bolsas plásticas pequeñas, así como el dinero hallado en la cama del procesado.”⁵

En ese orden, con la declaración del policía captor se acreditó que el día de los hechos se encontró al procesado junto a varios habitantes de calle, lo cual le llamó la atención por cuanto era el único que estaba en buenas condiciones, limpio y con su ropa en buen estado y también era el único que portaba la sustancia estupefacientes; además, tenía en su poder bastantes billetes de baja denominación, circunstancia que, aunada a las referidas, permiten establecer que aquella estaba destinada a terceras personas.

Por lo tanto, si bien el uniformado adujo que no observó al acusado vendiendo el estupefaciente, eso no significa que no lo estuviera haciendo; precisamente debido al número de individuos que se encontraban junto a él y a los cuales no les fue hallada sustancia.

La atipicidad de la conducta para los consumidores o adictos dependerá de la finalidad cierta -no supuesta o fingida- de su consumo personal, lo cual puede desvirtuarse en cada caso según las circunstancias modales, como cuando la cantidad supera exageradamente la requerida por el individuo, o si la intención es transportarla, suministrarla o portarla con ánimo diverso al consumo personal.⁶

⁵ Radicación No. 43512 del 6 de abril de 2016.

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

Aquí es importante recordar que el procesado portaba 90 papeletas, las cuales arrojaron positivo para cocaína con peso neto de 36 gramos, cantidad que supera no “*mínimamente*” el límite autorizado por la ley para el consumo personal, sino que rebaza en treinta y cinco (35) veces la mencionada cantidad, por cuanto el literal J del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, fija la dosis personal para este tipo de sustancia en un gramo, lo cual descarta la pregonada ausencia de antijuridicidad material.

Por lo tanto, no le asistió razón al recurrente cuando aseguró que el acusado portaba la materia para su consumo personal, lo cual se traduciría en atipicidad, toda vez que, además de tratarse de una considerable cantidad, la situación de consumidor debe ser debidamente acredita y aquí no lo fue; y la sola manifestación del hermano del aquel no es suficiente para ello, entre otras razones, porque no fue claro y coherente en sus afirmaciones.

En todo caso, de haberse contado con la prueba científica, tampoco sería de mucha utilidad frente a la cantidad de materia incautada, toda vez que como se anotó, llevaba una superior en treinta y cinco (35) veces a la legalmente prevista como dosis para uso personal, incluso para considerar razonablemente que se trataba de la porción que podía necesitar para su consumo, conocida como dosis de aprovisionamiento.

En este contexto, ningún error se advierte en la valoración probatoria realizada por el juzgado, lo cual impone la ratificación del fallo censurado.

DECISIÓN

Por lo expuesto, **el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala de Decisión Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de origen, fecha y contenido relacionados en precedencia, en cuanto fue materia de apelación.

SEGUNDO: Anunciar que la presente sentencia se notifica en estrados y en su contra procede el recurso de casación. (Artículo 183 del C.P.P. modificado por el 98 de la Ley 1395 de 2010).

TERCERO: DEVOLVER el expediente al juzgado de origen, una vez quede en firme el presente fallo, para lo de su competencia.

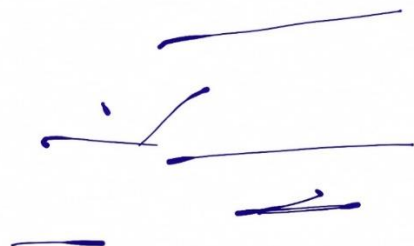
Notifíquese y Cúmplase



Leonel Rogeles Moreno
Magistrado



José Joaquín Urbano Martínez
Magistrado



Jairo José Agudelo Parra
Magistrado