



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Secretaría Sala Penal

Neiva – Huila

Neiva, 23 de Julio de 2020

Oficio N° 5441
Rad. N°: 2016-00605-01

Señor

HERNAN MAURICIO ALARCON ANDRADE

Procesado

Calle 2 No. 32-89 barrio la Paz Cel. 312 3130549 - 314 2421420 - 321 9221478
Neiva – Huila

REFERENCIA: Proceso Penal seguido contra **HERNAN MAURICIO ALARCON ANDRADE** por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Comendidamente me permito comunicarle que, mediante Providencia proferida de manera virtual de la fecha de 15 de julio de 2020, proferida dentro de la causa de la referencia, la Sala Primera de Decisión Penal de esta Corporación, dispuso lo siguiente:

“...**Primero.- REVOCAR** la sentencia condenatoria de fecha y procedencia anotadas, y como consecuencia de esa determinación, **ABSOLVER** a HERNÁN MAURICIO ALARCÓN HERNÁNDEZ, por el delito de tráfico fabricación o porte de estupefacientes, en razón del cual fue llamado a responder en juicio dentro de la presente actuación procesal, de conformidad y por las razones expuestas en precedencia. **Segundo.- ORDENAR** la cancelación de los compromisos adquiridos por el procesado en razón de este diligenciamiento, los registros o anotaciones originados por el mismo, así como levantará las medidas privativas de la libertad, órdenes de captura y determinaciones cautelares que hayan sido impuestas en contra del procesado. **Tercero.-** Contra este fallo procede el recurso de casación que podrá ser interpuesto dentro de los cinco (5) días siguientes a la última notificación, conforme lo establece el artículo 98 de la ley 1395 de 2010 que modificó el artículo 183 de la ley 906 de 2004. **Cuarto.-** La providencia se notificará de conformidad con el artículo 169 de la Ley 906 de 2004, atendiendo a las razones expresadas en la motivación. **Cúmplase,.....”**

Fdo. Magistrado Ponente **Álvaro Arce Tovar.**

Atentamente,


DIANA MARCELA SIERRA ANDRADE
Escribiente



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA PRIMERA DE DECISIÓN PENAL

MAG. PONENTE:	ÁLVARO ARCE TOVAR
RADICACIÓN:	41001-60-00-716-2016-00605-01
ASUNTO:	Sentencia condenatoria
PROCESADO:	HERNÁN MAURICIO ALARCÓN HERNÁNDEZ
DELITO:	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
ORIGEN:	Juzgado 1º Penal del Circuito de Neiva – H.-
APROBADO:	Acta N° 692
DECISIÓN:	Revoca

Neiva, quince (15) julio de dos mil veinte (2020)

I. ASUNTO

Resuelve el Tribunal la apelación interpuesta por la defensa del acusado HERNÁN MAURICIO ALARCÓN HERNÁNDEZ, contra la sentencia proferida el pasado quince (15) de mayo por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento Neiva – H.- que lo condenó a la pena principal de SESENTA Y CUATRO (64) meses de prisión y multa equivalente a DOS (2) S.M.L.M.V., más la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual a la sanción principal, al responsabilizarlo

del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, negándole los mecanismos sustitutivos de la pena de prisión impuesta.

II. LOS HECHOS

De acuerdo con los elementos materiales de pruebas recaudados en el juicio, el 11 de marzo de 2016, siendo las 20:40 horas, en la calle 2 No. 52 – 89 del barrio La Paz de Neiva –H-, fue avistado en el sector por miembros de la Policía Nacional que realizaban labores de patrullaje, un sujeto que vestía bermuda color azul, camisa blanca y chancas verdes, a quien al asumir actitud sospechosa le fue requerido un registro personal, encontrándole debajo de su camisa, una bolsa plástica transparente contentiva de una sustancia vegetal con características similares a la marihuana. Por ese motivo, previa imposición de sus derechos, procedieron a capturarlo e identificándose como HERNÁN MAURICIO ALARCÓN HERNÁNDEZ, a quien pusieron a disposición de la autoridad competente para su judicialización junto con la sustancia incautada.

Realizada la prueba de identificación preliminar PIPH a la sustancia incautada, la misma dio resultado positivo para CANABIS SATIVA, con peso neto de 72.8 gramos.

III. LA ACTUACIÓN PROCESAL

- EL 12 de marzo siguiente, ante el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Hobo –H.-, con Funciones de Control de Garantías, se

llevaron a cabo audiencias preliminares de legalización de captura; formulación de imputación, en la que el indiciado HERNÁN MAURICIO ALARCÓN HERNÁNDEZ no se allanó a los cargos formulados de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 inciso 2º C. Penal) bajo el verbo rector de llevar consigo; imponiéndole seguidamente medida de aseguramiento consistente en detención domiciliaria.

- El 27 de abril de ese mismo año la Fiscalía Sexta Seccional de esta ciudad, radica escrito de acusación en contra de HERNÁN MAURICIO ALARCÓN HERNÁNDEZ por el mismo delito objeto de la imputación en audiencias preliminares, que al corresponder al Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, finalmente el 24 de enero de 2017 realizó la formulación respectiva, llevándose a cabo la audiencia preparatoria el 26 de abril de esta última anualidad, oportunidad en que se ordenaron las pruebas solicitadas por las partes.

- A la audiencia de juicio oral se da inicio el 22 de junio de 2017 y se culmina el 27 de abril del año en curso, oportunidad última en que se emite el sentido condenatorio del fallo, cuya lectura en la forma y condiciones reseñadas se realiza el 15 de mayo siguiente, que al resultar recurrida por la defensa se encuentra en el Tribunal para resolver la alzada.

IV. EL FALLO RECURRIDO

Refiere en principio el *a quo* a los hechos, la acusación formulada, la identificación e individualización del acusado, la teoría

del caso y los alegatos formulados por las partes, tras lo cual amparado en precedentes jurisprudenciales alude a la inexistencia de nulidad ante el cambio del funcionario judicial que precedió el juicio, e igualmente, a la competencia funcional que le asiste al despacho para juzgar la conducta imputada.

Aborda enseguida el estudio de los requisitos consagrados en el art. 381 del C. de Procedimiento Penal, a efecto de impartir condena, refiriendo que la materialidad de la conducta punible se tiene establecida en primer lugar, con las estipulaciones probatorias allegadas por las partes, a través de las cuales se dio por demostrado sin lugar a controversia en el juicio, la plena identificación del acusado; su arraigo personal, familiar y social; e igualmente que la sustancia incautada corresponde a Cannabis Sativa, con peso neto de 72.8 gramos, acorde con lo establecido con la prueba preliminar PIPH.

Así mismo se acredita con los testimonios de los patrulleros de la Policía Nacional Fabio Nelson Viana Chávez y Julio Alfonso Cuervo Herrera, ejecutores del procedimiento de captura del procesado permitiéndoles narrar las circunstancias fácticas descritas de tiempo, modo y lugar, por lo que se acredita que HERNÁN MAURICIO ALARCÓN HERNÁNDEZ, el 11 de marzo de 2016, fue efectivamente sorprendido llevando consigo 72.8 gramos de Cannabis Sativa, cantidad que supera los 20 gramos establecidos en el artículo 2º de la Ley 30 de 1986 como dosis para uso personal.

Atinente a la responsabilidad del acusado, señala el juzgado de instancia existir dos tesis; la primera formulada por la Fiscalía General de la Nación y que es respaldada por el Ministerio Público, en cuanto afirma que el acusado es autor de la conducta punible endilgada; y la

segunda, esbozada por la defensa, quien expone que su prohijado no puede ser condenado, al advertir que la agencia Fiscal no demostró que la cantidad de droga que llevaba consigo el procesado tenía el fin específico de traficar, vender o distribuir.

En ese orden de ideas destaca el despacho contar el plenario con elementos de prueba suficientes para concluir que HERNÁN MAURICIO ALARCÓN HERNÁNDEZ es autor del ilícito contra la salud pública, señalamiento que se desprende de los agentes captores Fabio Nelson Viana Chávez y Julio Alfonso Cuervo Herrera, quienes en términos similares refirieron en el juicio observar al individuo en mención, que al notar la presencia policial asumió una actitud sospechosa de devolverse, pero continúa su camino, motivo por el que se le acercaron y le solicitaron un registro personal, encontrando a la altura de la pantaloneta y la camiseta, una bolsa transparente conteniendo una sustancia vegetal color verde que se asimila a la marihuana, con lo cual queda establecido que fue al acusado ALARCÓN HERNÁNDEZ a quien se le halló en su poder la sustancia estupefaciente.

Precisa de igual manera, contrario a lo alegado por la defensa, que el comportamiento sospechoso observado por los agentes captores, si bien no acredita que la persona sea un delincuente, conforme a las reglas de la experiencia permite inferir un conocimiento sobre la conducta ilícita, puesto que le fue hallada la sustancia estupefaciente que portaba en sitio escondido debajo de la camisa, actitud relacionada con el conocimiento del procesado acerca de las consecuencias penales que ello le acarrearía en caso de ser sorprendido con la hierba, como en efecto aconteció, es decir, gozaba de consciencia de la ilicitud de su conducta, construyéndose el dolo en su actuar, sin que la defensa pretenda hacer creer lo contrario,

esto es, que su defendido no era consciente de hallarse incurso en una conducta delictiva.

Tampoco le resulta de recibo lo aducido por la defensa respecto a que tales circunstancias no resultan suficientes para condenar, cuando la norma es precisa en indicar que incurre en delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, la persona que sin permiso de autoridad competente, lleve consigo sustancia estupefaciente, demostrándose en este caso que HERNÁN MAURICIO ALARCÓN HERNÁNDEZ llevaba consigo la sustancia estupefaciente, que además superaba la dosis personal, sin que entonces pueda ser exculpado de responsabilidad penal, acorde con los lineamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes.

La postura argumentativa de la defensa considera carecer de todo asidero probatorio dentro del presente proceso, puesto que de las manifestaciones de los agentes captadores se puede determinar en primer lugar, que el procesado ALARCÓN HERNÁNDEZ portaba la sustancia estupefaciente en cantidad superior a la permitida por la ley y sin permiso de autoridad competente; en segundo término, que su comportamiento sospechoso y su intención de huir acreditado en el juicio oral, son indicativos del dolo, por el cual surge el reproche penal por la comisión del injusto; y como tercer aspecto, que la conducta del procesado y la forma como llevaba camuflada la sustancia, predica el conocimiento certero que tenía sobre la ilicitud de su comportamiento, sin que el alegato que formula el defensor, en relación con la vestimenta con la que fue encontrado su representado, desvirtúen las circunstancias modales en que se presentó la flagrancia en este hecho y que acreditan su responsabilidad penal.

Si bien por la defensa igualmente se discute el elemento volitivo del comportamiento penal, aduciendo no demostrarse que su representado la llevaba con fines de comercialización y que tendría como destino su propio consumo o dosis de aprovisionamiento, considera que dicha contraposición no refuta la teoría del caso presentada por la Fiscalía, puesto que sin pretender modificar la carga de la prueba, sí estaba en la actitud de acreditar la teoría exculpativa que expone, en cuanto que el procesado podría portar la sustancia con un fin diferente al de su distribución o comercialización, reiterando que los agentes captores señalaron la forma como ALARCÓN HERNÁNDEZ llevaba camuflada la sustancia estupefaciente y además, intentó huir para evitar la requisita.

Además de ello, señala que al momento de la captura el procesado no precisó circunstancia alguna, en cuanto que la sustancia que llevaba consigo lo fuera para su autoconsumo o aprovisionamiento, para predicar esa situación a su favor, como lo pretende la defensa, más cuando ni siquiera dicha situación se acreditó en el juicio oral, puesto que no existe en el plenario prueba alguna que lo exonere de responsabilidad penal sobre la conducta que ejecutó de manera libre, consciente y voluntaria.

En ese sentido, estima que la prueba de cargo resulta contundente para estructurar los elementos del tipo penal por el cual se llamó a juicio a ALARCÓN HERNÁNDEZ y por los cuales debe responder, pues pretender la defensa que se dé por aceptado su planteamiento sería abrirle las puertas a los “Jibaros” a través del microtráfico, desconociéndose el principio de legalidad, toda vez que la conducta se configura cuando se cumpla en cualquiera de los verbos rectores en la misma consagrados, como lo es el “llevar

consigo”, aunque no con fines de autoconsumo, lo cual se encuentra objetivamente demostrado.

Aduce no poder desconocerse que la cantidad de sustancia estupefaciente que portaba el acusado -72.8 gramos-, permite inferir que supera la dosis personal en unas cuantas veces; sin embargo considera que la tenencia del estupefaciente no era para autoconsumo o aprovisionamiento, conforme así lo ha señalado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹ en precedente jurisprudencia que cita en lo pertinente.

Concluye el *a quo* que por el contrario su tenencia era con fines de microtráfico, puesto que decidió transitar con la misma por la calles del barrio La Paz de esta ciudad llevándola consigo, sin que tenga razón la defensa en argüir no demostrarse el dolo en la conducta desplegada por su prohijado, luego es entendible la antijuridicidad de la conducta pues HERNÁN MAURICIO ALARCÓN HERNÁNDEZ lesionó el bien jurídico de la salud pública, al afectar con su actuar la salud de los ciudadanos del sector.

Así mismo, la actuación advierte la sanidad mental del acusado, quien era sabedor de su transgresión al orden jurídico, sin que se advierta en su comportamiento anomalías psíquicas que le impidieran comprender la ilicitud, aspectos que no permiten advertir la presencia de los motivos establecidos por el legislador como eximentes de responsabilidad penal, reuniéndose los requisitos establecidos en el artículo 381 del C. P. Penal, para proferir sentencia condenatoria en contra del acusado ALARCÓN HERNÁNDEZ, en razón del delito por el cual fue acusado.

¹ Sentencia 51.204 del 23 de enero de 2019

V.- LA IMPUGNACIÓN FORMULADA²

Luego de sintetizar la decisión apelada y las respuestas dadas a los alegatos surtidos en la instancia, reclama el recurrente por el desconocimiento de la ley sustancial derivado de la interpretación errónea del artículo 376 del C. Penal, ya que se presumió de derecho la antijuridicidad material de la conducta desplegada por el acusado, atribuyéndole a la norma un alcance que no tiene y tampoco la ha conferido la jurisprudencia y la doctrina, pues la antijuridicidad material o principio de lesividad debe desvirtuarse y para tal efecto probada por la Fiscalía, sin que se traslade la carga de la prueba a la defensa, como lo considera el *a quo*.

Dice la defensa que a la Fiscalía le corresponde probar cada uno de los elementos del tipo, entre estos, acreditar probatoriamente los fines del porte de estupefacientes, relacionado con la distribución o tráfico de los mismos y en consecuencia, la afectación o efectiva puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos; por tanto, en este caso, se está ante una presunción de antijuridicidad que opera en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, cuya carga probatoria está en cabeza del Estado, siendo ésta una regla probatoria y no sobre la carga de la prueba, razón por la que en virtud del principio de presunción de inocencia, no le atañe al procesado demostrarla, con fundamento en el artículo 29 de la Constitución Política, en el artículo 7º de la Ley 906 de 2004 y en las legislaciones internacionales acogidas por Colombia.

Señala así mismo que en nuestro ordenamiento jurídico constan precedentes jurisprudenciales de la Sala de Casación Penal de la

² Fls. 145 y ss. Carpeta Ppal.

Corte Suprema de Justicia, al sostener quien es capturado con sustancia estupefaciente en cantidad ligeramente superior a la dosis personal y no tiene como fin la venta, puede ser eximido de responsabilidad, en virtud del principio de lesividad penal, en tanto que, en las posiciones que conducen a la necesidad de diferenciar, se encuentra también el de verificar si el comportamiento objeto de juzgamiento está relacionado con el tráfico, caso en el cual sí cabe una respuesta punitiva por parte del Estado.

Reclama la defensa ante la presencia de un error de hecho por falso raciocinio, en razón a que la responsabilidad del acusado la dedujo el *a quo* de hechos que no generan el conocimiento más allá de toda duda razonable para condenarlo, puesto que se supuso la probable actividad de distribución y venta de estupefacientes, a partir de una información insuficiente, producto de transitar por las calles del barrio La Paz de la ciudad de Neiva con el elemento. Y para ello razona, si se dispuso llevarlo era responsable no solo del mismo, sino también de lo que la bolsa contenía y que portaba en su cuerpo, basándose en lo expuesto por los patrulleros, señalando que es prueba suficiente para acreditar que el acusado, al ser sorprendido llevando consigo cannabis sativa con un peso neto de 72.8 gramos, superando la establecida como dosis personal, es autor en el ilícito contra la salud pública, puesto que portaba el elemento donde se hallaba el psicotrópico, siendo claro que de lo esbozado por el *a quo*, no son indicativos de que se encontrara dedicado a la venta de estupefacientes.

Discute también que el fin de distribución o de microtráfico no fue un hecho jurídicamente relevante de la Fiscalía y por lo mismo fue ajeno al juicio su tema y probanza, razón por la que los patrulleros testigos de cargo nada refirieron sobre el particular, motivo por el que

no puede entrar a suponerlo el juzgado de instancia; además, el tipo penal imputado contiene un ingrediente subjetivo tácito, atinente al propósito del sujeto agente, por lo que la realización del tipo penal no depende en últimas de la cantidad de sustancia llevaba consigo, sino de la verdadera intención que se persigue a través de la acción descrita, motivo por el que reitera, la Fiscalía no lo trajo como hecho jurídicamente relevante y por lo mismo, no probó en el juicio que el señor ALARCÓN HERNÁNDEZ tuviera como fines la distribución o el microtráfico del estupefaciente, estableciendo tan solo en el juicio que la llevaba consigo.

Aduce luego, la defensa en ningún momento planteó que su defendido no era consciente de que incurría en una conducta delictiva, pues lo que expuso en sus alegatos no demostró el ingrediente subjetivo, dado que la actitud nerviosa o sospechosa y la cantidad de estupefaciente que un ciudadano lleve consigo, no son factores determinantes para la tipicidad del delito, por lo que la carga de la prueba le corresponde a la Fiscalía General de la Nación, toda vez que la tipicidad de llevar consigo estupefaciente, exige para su configuración delictiva de un ánimo específico de quien comete la conducta, donde la finalidad debe ser realmente el tráfico, venta o distribución de la sustancia, lo que para el caso concreto no lo es y por lo mismo, omitió demostrarlo el ente acusador.

No se puede crear una máxima de la experiencia, como que la actitud sospechosa frente a la presencia policial es indicativa o infiere que se está frente a un delincuente consciente de incurrir en una conducta ilícita, por tanto, lo expuesto por el despacho no sirve como fundamento para sustentar un fallo de condena, acorde con lo expresado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de

Justicia, en sentencias SP5028-2019 (54.041) y SP4943-2019 (51.556).

A lo anterior agrega, en el sistema penal acusatorio la atribución de responsabilidad fundada en la hipótesis de la captura en flagrancia, no es suficiente para emitir un fallo condenatorio, puesto que va en contravía de principios y garantías constitucionales como el debido proceso, del *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia, toda vez que se exige para condenar el conocimiento del juez, más allá de duda razonable de los elementos objetivo y subjetivo del delito.

Por otra parte, señala haber planteado en los alegatos que el porte pudo haber estado destinado al consumo personal y a una dosis de aprovisionamiento, por lo que el comportamiento escaparía de la prohibición típica con independencia de la cantidad de droga que haya sido incautada, sin que sea éste el único ni el más importante indicador para establecer el destino de la droga; situación que surge a favor de su representado en las máximas de la experiencia, por cuanto fue encontrado solo, en bermudas, chancas, con una bolsa plástica y sin que se le encontrara dinero, y aún si le hubiera sido hallado, ello no es indicativo estuviera dedicado a la venta de estupefacientes, puesto que su ocupación es la de oficios varios.

Sobre ese aspecto no se realizaron labores de inteligencia e investigación y por lo mismo, no existen pruebas que puedan indicarle al juez la demostración que al llevar el acusado la droga, lo hacía para su comercialización y no para su uso personal; y tampoco la dosis mínima es una camisa de fuerza, ya que existen sentencias judiciales que determinan que dicha dosis depende de cada individuo, por lo que para ser judicializado por drogas es obligación de la autoridad

judicial demostrar que el porte de la sustancia estaba era para su venta o narcotráfico.

Trae a referencia antecedentes constitucionales, para enseguida señalar que no se puede presumir de derecho la antijuridicidad material de la conducta desplegada por el acusado, siendo la carga de la prueba de la Fiscalía, puesto que existen precedentes jurisprudenciales³ para sostener que quien es capturado con sustancia estupefaciente en cantidad superior a la dosis personal y no tiene como fin la venta, puede ser eximido de responsabilidad en razón al principio de lesividad.

Termina diciendo la defensa que no resulta viable un fallo condenatorio, sino uno de carácter absolutorio, toda vez que el conjunto de las probanzas arrojadas a la actuación por la Fiscalía, no permiten llegar al convencimiento, más allá de toda duda razonable, sobre la existencia del punible y la responsabilidad del acusado en el mismo, por lo que al no satisfacer los requisitos establecidos en el artículo 381 del C. P. Penal, se debe absolver a su representado, incluso, al persistir la duda en el señor HERNAN MAURICIO ALARCÓN HERNÁNDEZ.

VI. EL TRASLADO A LOS NO RECURRENTES⁴

Dentro del término legal establecido con tal finalidad en el artículo 179 del C. P. Penal, no se presentó manifestación alguna.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP9916-2017 del 11 de julio de 2017, radicado 44.997, M.P. Dra. Patricia Salazar Cuéllar.

⁴ Ver constancia secretarial. Fl. 144 Carpeta Ppal.

VII. CONSIDERACIONES

A la Sala le asiste competencia para resolver el recurso vertical impetrado por la defensa de HERNÁN MAURICIO ALARCÓN HERNÁNDEZ, en atención a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 del C. P. Penal –Ley 906 de 2004-, que faculta al Tribunal para revisar las sentencias que en primera instancia profieran los jueces del circuito y las dictadas por los municipales del mismo distrito.

Por tanto, dentro de los límites establecidos en el artículo 31 Constitucional y 20 del Código de Procedimiento Penal, se entra a resolver el recurso de apelación incoado, que comprende la ausencia de requisitos para impartir condena conforme lo establece el artículo 381 del C. P. Penal, que a criterio del sujeto procesal recurrente no quedaron evidenciados en las pruebas aportadas al juicio, pues la Fiscalía no demostró que la sustancia estupefaciente que llevaba consigo el acusado lo era para su propio consumo, y menos con fines de distribución, venta o microtráfico.

En esa dirección el impugnante propone la absolución para su representado, invocando el desconocimiento de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 376 del Código Penal, por cuanto la conducta desplegada por HERNÁN MAURICIO ALARCÓN HERNÁNDEZ no es lesiva del bien jurídico de la salud pública protegido, al incautarle sustancia estupefaciente *-marihuana-* en cantidad levemente superior a la permitida como dosis para el propio consumo *-72.8 gramos netos-*, misma que portaba para su aprovisionamiento y exclusivo uso.

Confuta que en el fallo de instancia se adjudique a su prohijado la actividad de venta, distribución o comercialización del estupefaciente, a partir de circunstancias que no comportan suficiencia probatoria y a las cuales hace referencia, invirtiendo con ello la carga de la prueba, presumiendo la conducta ilícita al dar por sentada la existencia del delito y la responsabilidad del acusado, en el solo hecho probado de que HERNÁN MAURICIO ALARCÓN HERNÁNDEZ llevaba consigo estupefaciente en cantidad que en poco superaba la denominada dosis personal establecida legalmente.

Ciertamente la condena que recae sobre el acusado ALARCÓN HERNÁNDEZ, se estructura en el hecho de sorprenderlo con sustancia prohibida por la ley, en cantidad superior al tope previsto para el uso personal, que corresponde a 20 gramos, conforme al literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, sin demostrar la defensa que tuviera como propósito su ingesta o autoconsumo, por tanto se echa de menos su condición de consumidor por lo que queda en una simple afirmación, en tanto que existen elementos de juicio que llevan a inferir la probable actividad de distribución o tráfico tipificado en el inciso 2º del artículo 376 del C. Penal.

Conclusión última traída en la sentencia de instancia basada en el hecho de sorprender a HERNÁN MAURICIO ALARCÓN HERNÁNDEZ, llevando consigo *“sustancia estupefaciente en peso neto de 72.8 gramos, -marihuana cannabis sativa-, la cual fue hallada por patrulleros de la policía cuando le realizaban un registro personal, conforme se acreditó de manera antecedente”*, atentando de esa manera contra el bien jurídico *“Salud Pública”*.

En cuanto al conocimiento de lo ilícito de la sustancia portada, lo deriva el juzgado de instancia de *“la actitud desplegada por ALARCÓN*

HERNÁNDEZ... tal era así que la llevaba en sitio escondido, su hallazgo fue en el registro personal encontrándosele debajo de la camisa la bolsa plástica que contenía la sustancia vegetal similar a la marihuana”, por lo que sabía de “las consecuencias penales que acarrearía en caso de ser sorprendido como aconteció, es decir, sí tenía conocimiento de la ilicitud de su conducta, que construyen el dolo en su actuar”, sin esgrimir al momento de su aprehensión que “la sustancia que llevaba consigo era para su autoconsumo o aprovisionamiento, para predicar esta situación a su favor”, no existiendo en el plenario prueba válida que conduzca a exonerarlo de responsabilidad en la conducta ejecutada de manera libre y voluntaria.

Por tanto, determina que las pruebas aportadas y que se circunscriben a lo declarado por los agentes captores, *“constituyen sin duda, el soporte fundamental para deducir responsabilidad, pues fácilmente se destaca que se procede frente a una persona que al momento de la comisión del hecho conocía que al llevar consigo ese material prohibido, constituía un comportamiento contrario a derecho, el cual de manera consciente y voluntaria guardaba dentro de una bolsa junto a su cuerpo...”*⁵

De los apartes del fallo de primera instancia traídos en precedencia, se advierte que la carga de la prueba tendiente a demostrar la condición de adicto o consumidor del acusado, se desplaza a la defensa, sin reparar que la línea jurisprudencial actual, por demás vigente al momento de dictarse la providencia recurrida, con fundamento en el derecho penal de autor de que trata el artículo 9 del C. Penal, enseña que la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado, incidiendo en ese cambio progresivo en la percepción del fenómeno del narcotráfico, cifrado en la óptica del drogodependiente, en el entendido que el verbo rector *“llevar consigo”*,

⁵ Fls. 131 a 134 Carpeta Ppal.

establecido como una de las acciones alternas del artículo 376 del Código Penal, exige, para su configuración delictiva de un elemento subjetivo o finalidad específica, referidos a la venta o distribución.⁶

Dicho de otra manera, *la conducta aislada de llevar consigo sustancia estupefaciente, “por sí misma es atípica si no se le nutre de esa finalidad específica”⁷*, sumado al hecho de sorprender al autor con volúmenes que no sobrepasan o rebasan en muy poco las cantidades denominadas como “dosis personal”.

Para los solos efectos de reiteración, dadas las condiciones de similitud fáctica y jurídica que, en otros asuntos como el que ahora se examina, ha ameritado la intervención de la Corte, memórese su línea de pensamiento actual (Cfr. CSJ SP497–2018, 28 feb. 2018, rad. 50512):

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

[p]ara la tipicidad de la conducta del porte de sustancias estupefacientes se debe tener en cuenta el ingrediente subjetivo tácito que plasmó el legislador al excluir de la previsión legal la conducta de quien tenga la finalidad exclusiva de su uso personal por razón de la dependencia como consumidor, adicto o enfermo...⁸

⁶ Cfr. entre muchas otras, CSJ SP9916–2017, 11 jul. 2017, rad. 44997.

⁷ Cfr. CSJ SP025–2019, 23 en. 2019, rad. 51204.

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

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

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

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

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

En consecuencia, se torna insuficiente apelar al criterio cuantitativo de dosis para uso personal previsto en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, como factor determinante para la configuración del injusto típico, puesto que en los eventos en que la cantidad llevada consigo no supera aquellos topes previstos por el legislador, la conducta deja de ser relevante para el derecho penal. Mientras, importa subrayarlo, cuando la acción está relacionada con el tráfico, es claro que el comportamiento se estima lesivo del bien jurídico, sin reparar en

que la sustancia desborde o no aquellos rangos regulados en la ley.”⁹

Es necesario confrontar el anterior precedente jurisprudencial con el particular caso que atrae la atención de la Sala, toda vez que, el *a quo* declaró probado que a HERNÁN MAURICIO ALARCÓN HERNÁNDEZ lo sorprendieron agentes de la Policía Nacional llevando consigo y adherida a su cuerpo una bolsa plástica que contenía una sustancia estupefaciente, que correspondía a Cannabis Sativa –Marihuana- con un peso neto de 72.8 gramos, conforme así se estipuló probatoriamente entre las partes, cantidad que supera la dosis personal.

Así mismo, señaló las circunstancias que rodearon la captura en flagrancia del procesado, informadas en el juicio por los patrulleros Fabio Nelson Viana Chávez y Julio Alfonso Cuervo Herrera, quienes participaron en su aprehensión.

De lo vertido por el uniformado Viana Chávez, destaca acerca de los hechos presentados el 11 de marzo de 2016, en el barrio La Paz, cuando realizaban labores de patrullaje en la calle 2 No. 32 – 89, alrededor de las 8:40 de la noche, instante en que es observado el señor ALARCÓN HERNÁNDEZ devolverse ante la presencia policial, al acercársele y pedirle un registro personal accede voluntariamente, encontrando a la altura de la cintura entre la pantaloneta y la camiseta, una bolsa transparente conteniendo una sustancia vegetal color verde que se asimila a la marihuana, la que es incautada y capturado su poseedor, precisando que ese día éste estaba solo.

⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP5028-2019 del 20 de noviembre de 2019, radicación 54041, M.P. Dr. Jaime Humberto Moreno Acero.

En relación con el policial Cuervo Herrera que asume la participación en el procedimiento de captura del acusado, indica que encontrándose patrullado en el barrio La Paz con su compañero Nelson Fabio, concretamente en la calle 2 No. 32-89, procedieron a realizarle una requisita que no sabía si correr o detenerse, demostrando nerviosismo, le hallaron una sustancia vegetal que se asemejaba a la marihuana, que *“el procesado no realizó ninguna manifestación frente a la incautación”*. Y de igual manera, que este testigo en el contrainterrogatorio señaló que *“la sospecha se dio, porque en el sector se ve este tipo de sustancias.”*

Con fundamento en esas declaraciones, concluye el *a quo* que la defensa no logró demostrar la condición de adicto del acusado, tampoco que la sustancia incautada tuviera como propósito el consumo personal de su poseedor, como quiera que, en primer lugar, sobrepasa la dosis mínima permitida, y en segundo término, por la forma en que fue hallada en el cuerpo del procesado, de manera clandestina, debajo de su camisa, su actitud nerviosa y sospechosa, intentando huir para evitar la requisita, es indicativo de que la portaba para su venta o distribución mediante la modalidad de microtráfico.

Razonamiento de la finalidad sobre la tenencia del estupefaciente que sin duda alguna es equívoco, en la medida que es contraria al principio rector de la presunción de inocencia, en los incisos 2º y 3º del artículo 7º de la Ley 906 de 2004, y del canon 29 Superior que lo consagra, ya que se traslada al enjuiciado la carga de demostrar su ausencia de responsabilidad penal, producto de asumir que *llevar consigo* estupefacientes de por sí es delictuoso, desconociendo la exigencia subjetiva necesaria para reputar típica la conducta, acorde con los precedentes jurisprudenciales relacionados en párrafos precedentes.

A este respecto es de precisar que en ningún momento le concierne al procesado probar su inocencia, como lo entiende el *a quo* al afirmar que la defensa de HERNÁN MAURICIO ALARCÓN HERNÁNDEZ, estaba en la necesidad de demostrar su teoría exculpativa, es decir, que llevaba consigo el estupefaciente con el único propósito de consumirlo, circunstancia ésta que es del resorte exclusivo del órgano persecutor de la acción penal, quien además de establecer la naturaleza del vegetal y su peso, de igual manera le imponía la obligación de comprobar su destino, para distribuirla a cualquier título.

A lo anterior debe agregarse que la Fiscalía a lo largo de toda la actuación, nunca contempló dentro de los hechos jurídicamente relevantes, ni dentro de sus hipótesis, probar que la sustancia incautada tenía un fin diferente al del consumo.

Destáquese entonces que este particular asunto, las pruebas practicadas en el juicio solo permitieron conocer y verificar que el procesado llevaba consigo un alijo que arrojó un peso neto de 72.8 gramos de una sustancia con resultado positivo para Cannabis Sativa o Marihuana; por lo que, de contera, su teoría del caso no podía ser acogida en la instancia, al no abordar cada uno de los elementos de la hipótesis fáctica.

De tal manera que la estructuración del tipo penal previsto en el artículo 376 del Código Penal, el fallador de instancia cifró en este evento la responsabilidad del inculpado a partir del exclusivo análisis del aspecto objetivo de la descripción típica, desconociendo con ello que la realización de la conducta delictiva, en últimas, no depende de la cantidad de sustancia llevada consigo, sino de la intención del portador de la misma.

Así, dedujo que el acusado incurrió en tráfico de estupefacientes, por el hecho de portar una cantidad de marihuana que superaba, aunque en poco, la dosis para uso personal; además, porque a su criterio, la forma en que llevaba oculto el alijo debajo de su camisa, su nerviosismo y porque la actitud de pretender huir le pareció sospechosa a los agentes del orden, indicativo que lo portaba para su venta o distribución y que era consciente de estar cometiendo una conducta prohibida.

En esta dirección, la Corte Suprema de justicia en el precedente jurisprudencial ya traído a referencia, mencionó lo siguiente:

“Por último, pareciera que el Tribunal intenta crear una máxima de la experiencia, según la cual, tornarse nervioso frente a la presencia policial, es indicativo de que se habla de un delincuente que es consciente de que comete una conducta prohibida, afirmación hipotética deleznable que deja por fuera otras, igualmente válidas, pero que no comprometen la presunción de inocencia del procesado.

La formulación de esa proposición con estructura de regla, no es apta para ser aplicada con pretensión de universalidad, por lo que de ella no puede inferirse, como lo hizo el Tribunal, que el procesado incurría en un acto delictivo.”¹⁰

Resulta incuestionable que en este preciso asunto le asiste total razón a la parte inconforme con la condena, cuando reprocha la interpretación errónea que se hiciera de la anunciada disposición del código sustantivo de las penas, habida cuenta que tuvo por estructurado el tipo penal allí descrito, con la sola circunstancia de haberse incautado a ALARCÓN HERNÁNDEZ sustancia

¹⁰ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP5028-2019 del 20 de noviembre de 2019, radicación 54041, M.P. Dr. Jaime Humberto Moreno Acero – Ibídem.

estupefaciente en cantidad que rebasó los límites de la dosis personal.

Adicionalmente se valió de deducciones erradas, a partir de las cuales aseguró poder colegir que el acusado no tenía el estupefaciente para su consumo, conclusiones que además de desbordar la hipótesis factual de la fiscalía, parte de elementos indiciarios completamente equívocos pues el hecho que sirve de base a la deducción, contiene circunstancias que pueden favorecer la situación jurídica del acusado, ante una contención con la tesis acusatoria.

Así, la circunstancia de encontrar la sustancia en un solo alijo o paquete que pesó en total 72.8 gramos neto, que no empacada en papeletas o porciones de menor tamaño, no demuestran lo que sucede habitualmente en materia de microtráfico de sustancias prohibidas, esto es, que la droga se vende en dosis menores, resultando de ello obvio comprender que, si esa es la forma que reviste la venta, en cuanto a su presentación, esa es la misma manera en que se adquiere o se distribuye.

Véase que en el informe de investigador de campo de fecha 11 de marzo de 2016, a través del cual se realizaba la prueba preliminar homologada –PIPH-, a la sustancia incautada y que fuera soporte de la estipulación probatoria No. 3 ya relacionada, se precisa: “6.2 *Descripción del embalaje y la sustancia: Se recibe por parte del Coordinador del grupo URI, Una (1) bolsa plástica transparente, con rótulo y con registro de cadena de custodia, que en su interior contiene una sustancia vegetal de color verde, compuesto de hojas, tallos y semillas...*”¹¹

¹¹ Fls. 3 a 7 Cuad. Estipulaciones Probatorias y Evidencias.

Siendo así, tal hallazgo ausente de información adicional, no se puede deducir en grado de certeza racional que HERNÁN MAURICIO ALARCÓN HERNÁNDEZ la tenía para un fin distinto al uso personal, máxime cuando la Fiscalía nunca contempló dentro de sus hipótesis investigativas, la estructuración de una acción de consumo dentro del tipo penal descrito en el artículo 376 del Código Penal, que se ajustara al verbo rector de *“llevar consigo”*.

Frente a la circunstancia mencionada por el policial captor Julio Alfonso Cuervo Herrera, en cuanto que la sospecha sobre el acusado se dio *“... porque en el sector se ve este tipo de sustancias...”*, bajo la cual, sin soporte probatorio alguno lleva al *a quo* a deducir que la droga no tenía un uso exclusivo personal, sino que estaba destinada a la distribución o tráfico, conduce por el contrario a inferir que el procesado posiblemente se abastecía o provisionaba en el sector para su propia satisfacción personal, postura que, por demás, resulta tener mayor probabilidad de acierto, si en cuenta se tiene la forma en que fue hallada la sustancia, que como se dijo, no lo fue el pequeñas porciones, sino un alijo en el que se contenía la totalidad de la misma.

Así las cosas, queda claro que al no estar dentro de sus finalidades investigativas, la fiscalía no probó que ALARCÓN HERNÁNDEZ tuviera un propósito diferente al de consumir la sustancia que le fue incautada; de hecho, no probó ni desvirtuó que el capturado por ser adicto a esta clase de sustancias, la llevaba consigo con el único fin de consumirla, situación que, si bien probatoriamente no fue ventilada interior del proceso, así lo reconoce la defensa en sus alegatos de conclusión, sin que para ello pueda dejarse de lado que en la estipulación de arraigo *soportada* en un informe de fecha 11 de marzo de 2016, en el que se plasmó la ocupación o el oficio de *“cargador de leña”* de ALARCÓN

HERNÁNDEZ, permiten inferir en este particular asunto, que posiblemente es un consumidor habitual de sustancias estupefacientes, situación de la cual nada indagó el ente acusador, como así legalmente le correspondía al tener la carga de la prueba.

Advertidos de esta manera los desaciertos en la decisión refutada, conduce a la mayoría de los integrantes de la Sala a que oscile la realidad de lo acontecido, si nos enfrentamos a un comportamiento de tráfico de estupefacientes tipificado en el artículo 376 del C. Penal, o por el contrario, se trate de un simple acto de consumo del alucinógeno, que lo sustrae de los rigores de legislación penal, duda que conforme al artículo 7° del ordenamiento instrumental debe favorecer al acusado HERNÁN MAURICIO ALARCÓN HERNÁNDEZ, debiendo en consecuencia impartir absolución en su favor, previa revocatoria del fallo condenatorio recurrido.

Se procederá a la cancelación de los compromisos adquiridos por ALARCÓN HERNÁNDEZ en razón de este diligenciamiento, los registros o anotaciones originados por el mismo, así como levantará las medidas privativas de la libertad, órdenes de captura y determinaciones cautelares que hayan sido impuestas en contra del procesado.

Finalmente es de anotar, que en atención a la emergencia sanitaria declarada en todo el territorio nacional por el Presidente de la República a través del Decreto 385 del 12 de marzo de 2020 para contrarrestar los efectos de la pandemia por el Covid-19, el Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo PCSJA20-11517 del pasado 15 de marzo, que suspendió los términos judiciales y ordenó a los servidores judiciales trabajar desde sus casas. Así mismo, el

Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio previó excepciones a esa regla en ciertos asuntos de competencia de los jueces penales de conocimiento, y continuar prestando el servicio desde las residencias de los servidores judiciales con el uso de las tecnologías de la información, precisándose que los memoriales y comunicaciones podrían enviarse o recibirse por correo electrónico.

Ahora, a luz del artículo 169 del Código de Procedimiento Penal, por regla general las providencias deben notificarse en estrados a las partes, pero el inciso 3º de esa norma señala que “de manera excepcional procederá la notificación mediante comunicación escrita dirigida por telegrama, correo certificado, facsímil, correo electrónico o cualquier otro medio idóneo que haya sido indicado por las partes”; además, el pasado 30 de abril la Presidencia de la Sala Penal de esta Corporación expidió el “PROTOCOLO PARA EL TRÁMITE DE PROCESOS PENALES Y CONTABILIZACIÓN DE TÉRMINOS EN LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE NEIVA”, que dispone que la notificación de las providencias dictadas en los procesos penales se realice a través del correo electrónico, razones suficientes para ordenar que por Secretaría se notifique la presente decisión de forma virtual o a través del medio más expedido a su disposición a las partes e intervinientes, siguiendo los lineamientos de la citada norma.

Es por lo anterior, que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en Sala Primera de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

VIII. RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia condenatoria de fecha y procedencia anotadas, y como consecuencia de esa determinación, **ABSOLVER** a HERNÁN MAURICIO ALARCÓN HERNÁNDEZ, por el delito de tráfico fabricación o porte de estupefacientes, en razón del cual fue llamado a responder en juicio dentro de la presente actuación procesal, de conformidad y por las razones expuestas en precedencia.

Segundo.- ORDENAR la cancelación de los compromisos adquiridos por el procesado en razón de este diligenciamiento, los registros o anotaciones originados por el mismo, así como levantará las medidas privativas de la libertad, órdenes de captura y determinaciones cautelares que hayan sido impuestas en contra del procesado.

Tercero.- Contra este fallo procede el recurso de casación que podrá ser interpuesto dentro de los cinco (5) días siguientes a la última notificación, conforme lo establece el artículo 98 de la ley 1395 de 2010 que modificó el artículo 183 de la ley 906 de 2004.

Cuarto.- La providencia se notificará de conformidad con el artículo 169 de la Ley 906 de 2004, atendiendo a las razones expresadas en la motivación.

Cúmplase,

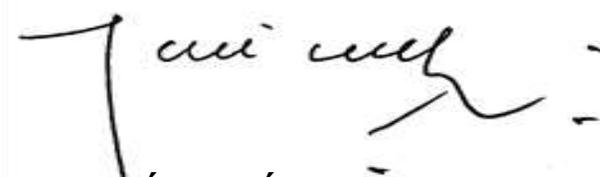


ÁLVARO ARCE TOVAR
(Providencia virtual) ¹²

¹² Se firma de manera virtual, en atención a la emergencia sanitaria.



JOSÉ ENRIQUE JESÚS HERNANDO CABALLERO QUINTERO
(Con Salvamento de voto)



JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS



LUISA FERNANDA TOVAR HERNÁNDEZ
Secretaria

RADICADO AL TOMO: _____ FOLIO: _____ del libro de sentencias penales.