

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
PEREIRA – RISARALDA
SALA DE DECISIÓN PENAL
Magistrado Ponente: JULIÁN RIVERA LOAIZA¹

Pereira, Risaralda, veinte (20) de febrero de dos mil veintitrés (2023).
Acta No. 145
Hora: 11:00 AM

Radicación	666826000048 2018 00401 01
Sentenciado	John Jairo Mazo Paniagua
Delito	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Juzgado de conocimiento	Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal
Asunto a decidir	Recurso de apelación contra Sentencia del 2 de septiembre de 2019.

1- ASUNTO A DECIDIR

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la abogada defensora², contra la sentencia del 2 de septiembre de 2019, emitida por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, Risaralda, por medio de la cual se condenó al ciudadano **John Jairo Mazo Paniagua** a la pena de 64 meses de prisión y multa de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. HECHOS

2.1 Fueron sintetizados por el Juez de primera instancia de la siguiente manera:

“El 27 de agosto del 2018 siendo aproximadamente las 23:12 horas, en el sector el Guayabito de esta localidad, fue sorprendido por la policía de carreteras el señor John Jairo Mazo Paniagua, cuando llevaba en el vehículo que conducía una bolsa de marihuana y sus derivados, la cual tuvo un peso neto de 337.3 gramos”.

¹ Nombrado en propiedad ante esta Corporación por la H. Corte Suprema de Justicia, mediante Acuerdo No. 1544 del 18 de febrero de 2021, tomando posesión del cargo el nueve (09) de abril de dos mil veintiuno (2021) suscribiendo el Acta No. 094, dentro de los términos establecidos por la Ley.

² Dr. María Torcoroma Prince Navarro.

3-. IDENTIDAD DEL ACUSADO

John Jairo Mazo Paniagua, identificado con la cédula de ciudadanía número 71.317.552 expedida en Medellín (A), nació en la misma ciudad el 9 de octubre de 1980.

4-. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

4.1 El 28 de agosto de 2018, ante el Juzgado Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Santa Rosa de Cabal, se adelantaron las audiencias concentradas de legalización de captura y elementos incautados, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento. En ese sentido, pese a que los capturados se trataban de 4 personas, la Fiscalía imputó solamente cargos contra **John Jairo Mazo Paniagua**, como autor del delito tipificado en el inciso 2° del artículo 376 del CP *-modalidad transportar-* aduciendo que éste se había declarado consumidor desde los 12 años de edad y la sustanciada hallada era para su provisión. Así mismo, a este ciudadano se le impuso medida de aseguramiento de las no privativas de la libertad.

4.2 Presentado el escrito de acusación, correspondió el conocimiento del asunto al Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, Risaralda, adelantándose la audiencia de formulación de acusación el 3 de abril de 2019. Posteriormente, el 17 de mayo de 2019, se llevó a cabo la audiencia preparatoria. El juicio oral se desarrolló el 1° de agosto de 2019, fecha en la que emitió el sentido de fallo de carácter condenatorio. La sentencia se emitió por escrito el 2 de septiembre de la misma anualidad.

4.3 La defensa dentro del término legal, interpuso y sustentó el recurso de apelación contra el fallo condenatorio.

5. LA SENTENCIA APELADA

Los fundamentos del fallo de primer grado refieren que, la materialidad de la conducta se encontró acreditada con las estipulaciones presentadas por las partes, en las cuales dieron por probado que lo encontrado al procesado era cannabis sativa y que la cantidad era de 337.3 gramos netos.

En cuanto a la responsabilidad del mismo, se contó con las declaraciones de los policías de carreteras quienes realizaron la detención del vehículo y al percatarse que este olía a marihuana le preguntaron al indilgado si había fumado, este respondió que no, que

simplemente llevaba para su consumo; posterior a esto les muestra a los dos policías en donde llevaba el estupefaciente que fue llevado para la prueba de PIPH arrojando positivo para marihuana sativa, por lo cual concluyó que eran declaraciones coherentes, claras, precisas y sin haber sido refutada con otra prueba de la defensa.

No es suficiente con demostrar la calidad de consumidor del procesado en tanto el verbo rector imputado fue el de transportar ya que la sustancia no se llevaba en sus objetos personales o en el equipaje sino oculto en un lugar del vehículo ubicado entre el radio y los pedales, por lo cual no era observable a simple vista.

La cantidad transportada era alta para tratarse de una dosis para el propio consumo, más si se tiene en cuenta que iba de regreso desde Cali hacia la ciudad de Medellín donde el procesado reside, de modo que, de tratarse de un aprovisionamiento, en ese momento debería tener poca cantidad porque iba a llegar a la ciudad en la que sabía dónde podía adquirir el estupefaciente.

Ahora que, el hecho de llevar la sustancia oculta revela que conocía que cometía un delito porque el fin era transportarla para entregarla a otra persona, afectando así la salud pública mediante la venta o distribución a otras personas. Tuvo en cuenta la hora a la cual se viajó, porque al ser de madrugada no había muchos retenes de policía y al llevar un menor de edad y el cupo lleno pretendió no despertar sospecha, pero lo delató el olor a estupefaciente y su actitud.

Luego, consideró tener mérito suficiente para declarar la responsabilidad del procesado.

6. DEL RECURSO PROPUESTO

La defensora señaló como argumento de disenso que, las pruebas adosadas al juicio no llevan al convencimiento de la responsabilidad del procesado teniendo en cuenta que se logró probar por la defensa que aquel es consumidor de la misma sustancia estupefaciente hallada al interior del vehículo.

Se trataba de un vehículo particular en el cual se transportaba a su ciudad de origen, porque se encontraban en Cali y regresaban a Medellín, después de haber hecho diferentes compras necesarias para su negocio y estar en un paseo familiar, por lo cual se aprovisionó de la sustancia ya que en Cali no sabía dónde podía conseguirla.

Luego, adujo que la Fiscalía no probó que el fin de la sustancia encontrada fuera diferente al del propio consumo del procesado, pues este es consumidor desde los 14 años, por lo tanto el verbo rector no era el de transportar sino el de portar, debido a que el vehículo no fue un medio para camuflar o esconder la sustancia, sino el medio de transporte del procesado y los otros viajeros para su partida desde Medellín a Cali y el regreso.

El verbo rector utilizado no puede servir para fortalecer una condena, puesto que se debe probar que el fin de la sustancia encontrada es diferente al propio consumo, lo cual no hizo la Fiscalía y tampoco podía presumirse. Al contrario, las entrevistas estipuladas y las declaraciones de los testigos de cargos dan cuenta que el procesado manifestó desde un principio que la sustancia la llevaba para su propio consumo y fue este quien indicó el lugar donde la llevaba en el vehículo.

Consideró que no se probó el elemento de la responsabilidad por duda que favorece al procesado, en tanto solo fueron supuestos las conclusiones de un fin de suministro o distribución de la sustancia estupefaciente.

Así las cosas, solicitó revocar la sentencia de condena y en su lugar absolver al procesado de los cargos por los cuales fue acusado y llamado a juicio.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1. Competencia.

Esta Sala es competente para conocer la apelación propuesta, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

7.2. Principio de Limitación.

En su labor, la Sala se limitará a estudiar los aspectos objetivos planteados por los recurrentes en su alzada y aquellos que se encuentren estrictamente relacionados con tales postulados, sin desconocer lo preceptuado en el artículo 31 de la carta fundamental y el 20 de la Ley 906 de 2004.

7.3. Problema jurídico a resolver.

De acuerdo con las circunstancias fácticas, la Sala deberá analizar:

Si dentro de lo probado se estableció de manera suficiente la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. a efectos de proferir una sentencia condenatoria en contra de Jhon Jairo Mazo Paniagua por el delito de tráfico de estupefacientes.

7.4 Decisión de la Sala

Un principio esencial del sistema es aquel según el cual para proferir sentencia condenatoria *“se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio”*. Para llegar a una conclusión de responsabilidad o inocencia es indispensable la **apreciación conjunta de la prueba**, luego de realizar la respectiva crítica individual a cada uno de los medios de prueba, tal como lo establece el artículo 380 de la ley 906 de 2004.

En este caso la Fiscalía y la defensa, según los registros del juicio, presentaron un acuerdo de estipulaciones para considerar demostrado los siguientes hechos o circunstancias relevantes:

- 1- Informe de investigador de campo del 28 de agosto de 2018 relacionado con la prueba de PIPH a la sustancia incautada, con resultado positivo para cannabis sativa y derivados en un peso neto de 337,3 gramos.
- 2- Prueba de certeza de la sustancia incautada por el perito químico.
- 3- La declaración de Astrid Carolina Agudelo Vallejo, quien manifestó que el día de los hechos salieron de Medellín a Cali en un vehículo particular, fueron requeridos por la policía quienes encontraron que el conductor, señor Mazo Paniagua, llevaba una sustancia estupefaciente, que aceptó que era de su propiedad y era el único que sabía dónde iba la misma, además de ser el único que consume ese estupefaciente entre las personas que se movilizaban en el vehículo.
- 4- La manifestación de Milton Jennis Montoya Gómez, quien refirió que el 27 de agosto de 2018 fueron detenidos por la policía mientras se movilizaban en un vehículo particular conducido por Jhon Jairo Mazo, que este admitió llevar estupefaciente con fines de consumo y que lo conoce desde hace cinco años, por lo cual sabe que es consumidor de marihuana, lo cual el propio Mazo Paniagua les manifestó a los policiales; y
- 5- Lo referido por Natalia Ospina Paniagua quien dijo que el vehículo era de su propiedad y lo conducía Jhon Jairo Mazo, que se movilizaron a Cali para hacer unas compras y de regreso fueron requeridos por la policía, conoce que Mazo Paniagua consume marihuana desde los 14 años, pero no ha estado en centros de rehabilitación porque controla su vicio.

Una vez expuesta la teoría del caso por la Fiscalía se pasó a la presentación de la prueba testimonial de cargo que consistió en la declaración de **Duver Arley Mira Meneses y Fabián de Jesús Ríos Vanegas**.

Se admitió el desistimiento de la Fiscalía frente al testimonio de Bisman de Jesús Gómez Gómez. Por su lado, ante la no comparecencia del acusado la defensa no presentó ninguna prueba a practicar en el juicio. De esta forma se dio por concluido el debate probatorio.

7.1 La responsabilidad de John Jairo Mazo Paniagua.

Se tiene entonces que, conforme la acusación formulada por la Fiscalía se le enrostraron cargos al señor Mazo Paniagua como autor responsable de la conducta punible descrita en el inciso 2º del artículo 376 del Código Penal que establece:

“Artículo 376. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. El que 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 que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de droga sintética, sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de ketamina y GHB, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)”

En ese sentido, atendiendo las estipulaciones probatorias y las pruebas practicadas en el juicio se puede comprender diáfananamente la ocurrencia de los hechos, de como aquel 27 de agosto de 2018, aproximadamente a las 23:12 horas en la vía Dosquebras Chinchiná, la policía de carreteras en un procedimiento de prevención vial dio pare a un vehículo donde se transportaban cuatro personas, entre ellas el acusado, quien manifestó a las autoridades ser consumidor habitual de estupefacientes, entregando de manera voluntaria una sustancia de tipo vegetal con características a marihuana, la que llevaba en un empaque plástico al interior del vehículo, en la parte central donde se encuentra la radio y la caja de cambios. Dicha sustancia fue verificada a través de la prueba preliminar homologada y la prueba de certeza como marihuana, con un peso neto de 337,3 gramos.

En ese contexto, resulta necesario traer a colación que, sobre la aprehensión y sus motivos se cumplen los parámetros objetivos del tipo penal, pues la Fiscalía enfiló su acusación en contra del señor Mazo Paniagua al reconocerse de su parte que la sustancia estupefaciente incautada era de su propiedad, amén que la misma superaba el peso permitido para la dosis personal en un grado inferior a mil (1000) gramos de marihuana³, circunstancias sobre las que debe resaltarse no se ha centrado el debate.

Ahora, conforme lo anterior y al analizarse detenidamente las apreciaciones probatorias de la jueza de instancia, no se vislumbra la acreditación del componente subjetivo del tipo penal descrito que se aviene a la **finalidad o animo especial de tráfico o distribución**.

Recordemos que, la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-574 de 2011, estableció entre otros fundamentos el trato que se debe proporcionar al consumidor de sustancias estupefacientes, con un mayor énfasis si se trata de una persona adicta o enferma, circunstancia especial que impone un trato diferencial positivo como sujeto de especial protección al ser destinatario de medidas administrativas de *orden pedagógico, terapéutico y profiláctico, más no de sanciones jurídico penales*. Ese cambio de visión, fue aterrizado por la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, quien comprendió que en materia de sanción penal por este tipo de comportamientos perdía relevancia el disvalor de la acción a través del análisis objetivo o material de la antijuridicidad, para entender que el exceso en el cantidad de estupefaciente que lleve consigo el agente, por sí sola, no es un parámetro definitivo para entender acreditado el comportamiento delictivo, pues desde la concepción finalista del delito y más desde un aspecto funcional en virtud de la política criminal del Estado, se debe analizar precisamente el fin o motivo personal (*ingrediente subjetivo diferente al dolo en sede de tipicidad*) para superar los límites permitidos en la conservación, obtención, transporte o porte de aquellas sustancias prohibidas. De ahí que, el concepto de dosis personal adquiere el carácter de presunción legal al admitir prueba en contrario, partiendo del supuesto de la necesidad para el consumo del procesado dada su situación personal en el caso concreto.

Bajo esos postulados, se concibió la “*dosis de aprovisionamiento*” como la posibilidad de que el sujeto en virtud de su dependencia a la sustancia estupefaciente recaudara una cantidad superior a la permitida, a efectos de realizar la ingesta de la misma con

³ **Ley 30 de 1986 - literal J artículo 2º. Dosis para uso personal:** Es la cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo. Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o de cualquier sustancia a base de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos.

posterioridad o inclusive, de manera inmediata. En ese sentido, la H. Corte Suprema de justicia, a través de la Sentencia SP- 2940-2016, radicación 41760, de marzo 9 de 2016, M.P. Eugenio Fernández Carlier, señaló que:

“Para 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 (...)”

Es claro y, así se sentó por la línea jurisprudencial de esa Alta Corporación en la materia, partiendo del pronunciamiento citado anteriormente (*ver entre otras sentencias SP497-2018, feb. 28, rad. 50512; SP732-2018, mar. 14, rad. 46848; SP025-2019, ene. 23, rad. 51204; SP4943-2019, nov. 13, rad. 51556; SP5400-2019, dic. 10, rad. 50748*) “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». En resumen, según la jurisprudencia de casación desarrollada a partir de la SP2940-2016, mar. 9, rad. 41760, y vigente en la actualidad: La tipicidad de la conducta de «llevar consigo» sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas, incluye un elemento subjetivo especial: la finalidad de tráfico o distribución.”.

En este punto, vale traer a colación que en el asunto *sub judice* la jueza de instancia, más allá de sus lacónicas apreciaciones de las pruebas del caso, se limitó a tener en cuenta que el verbo rector objeto de cargo se disponía al de “transportar” por lo cual las aparentes circunstancias subrepticias de cómo se encontró la sustancia implicarían que se trataba de un tráfico de estupefacientes, sin importar que el acusado fuese un consumidor de la misma.

Según los testigos de cargo, patrullero **Duver Arley Mira Meneses**, aportó como información importante que, para el 27 de agosto de 2018, se encontraba en la vía Dosquebradas Chinchiná en el kilómetro 16 sector guayabito, estaba realizando actividades de registro y control a los vehículos que transitan en dicha vía, llevó a cabo un procedimiento con un vehículo, no recordando la hora exacta, solo que fue en horas de la noche. Al parar el vehículo automóvil les solicitaron a los ocupantes que salieran del mismo ya que sintieron un olor a estupefaciente marihuana, les preguntaron y manifestaron que no, decidieron revisarlo, revisó por la parte de adelante del vehículo, el conductor le indicó que llevaba un poquito de marihuana, aduciendo que era para su consumo personal, estaba por la

parte de los pedales y la palanca de cambios, era un paquete grandecito. No recordaba el nombre del conductor del vehículo, por dicho hallazgo detuvieron a los ocupantes del mismo. Supuso que se trataba de un grupo familiar y manifestó no conocer con antelación al conductor del rodante y, no lo volvió a ver. Desconocía el estado anímico del conductor. Señaló que el estupefaciente fue examinado y pesado, le realizaron la prueba del PIPH, arrojando positivo para estupefaciente marihuana. Que el paquete no estorbaba para manejar, estaba por la parte del radio y la palanca de cambio, iba envuelto en bolsas, fue fácil encontrarlo.

Ahora en el contrainterrogatorio agregó que cuando empezó a verificar en la parte de adelante, el conductor le manifestó que llevaba marihuana para su consumo; no recuerda que pasó con el vehículo ni que pasó con los ocupantes; también explicó en el redirecto que los demás ocupantes escucharon cuando el conductor hizo la manifestación que llevaba marihuana y, al despacho de instancia le aclaró que el paquete medía aproximadamente como la mitad de una hoja de block, como venía envuelto en bolsas, eso lo hacía ver muy grande, estuvo presente cuando lo sacaron de las bolsas, no recuerda si era mucha cantidad o poca. El paquete estaba en el radio del vehículo girando hacia el piso del carro, estaba guardado.

Por otro lado, el **IT Fabián de Jesús Ríos Vanegas** refirió en lo esencial que el día de los hechos se encontraba activo de patrullaje de la seccional de tránsito y transporte de Pereira Risaralda, en la vía Dosquebradas - Chichiná 16 sector guayabita, estaba haciendo el primer turno que empezaba de 7 pm a 6 am; ese día realizaron la captura de 4 personas y la incautación de un estupefaciente marihuana, eso fue entre 11 y 12 pm, estaban haciendo una registro de control de vehículos por el sector guayabito, la vía estaba muy sola, iba pasando un vehículo, le hicieron la señal de pare, le solicitaron un registro personal, la requisita de los elementos personales y el vehículo, observó que el conductor iba un poco sonriente, con mucha amabilidad, le pareció extraño y dentro del vehículo iban 3 adultos más, había una menor de edad, sintió un leve olor a marihuana, le preguntó que si había consumido algún alucinógeno, el conductor le respondió que iban de Cali a Medellín de paseo familiar, llamó a su compañero Mira Meneses para que le colaborara con medidas de seguridad para requisar el vehículo, él les solicitó que se bajaran del vehículo, requisaron a los dos hombres y a las señoritas les dijeron que abrieran los bolsos. Supo que su compañero le preguntó al conductor que si llevaba marihuana y este le dijo que llevaba un poco para su consumo, Mira Meneses comenzó a alumbrar y cuando estaba buscando por la parte de los pedales a la altura de la palanca de los cambios debajo del radio, dentro de los protectores plásticos del vehículo su compañero encontró una bolsa plástica, cuando miró era una sustancia color

verde con características y olor a estupefaciente marihuana, era pequeño, el paquete no intervenía en el funcionamiento del vehículo, El conductor se asustó mucho, les comunicaron a los ocupantes que estaban capturados y el conductor manifestó que era consumidor. La sustancia se embaló, se rotuló y se llevó a cadena de custodia y lo entregaron a la SIJIN de Santa Rosa y ellos realizaron la prueba PIPH que arrojó positivo para marihuana; era menos de una libra, le llamó la atención que el conductor iba sonriente, nervioso, demasiado amable.

Durante el contrainterrogatorio el testigo refirió que, el conductor le señaló que la sustancia era para su consumo, no le indicó a su compañero Mira Meneses cuánta era la cantidad; todos estaban muy asustados, especialmente las mujeres. Y aclaró al despacho que la sustancia iba en un paquete envuelto en bolsas plásticas.

Grosso modo esas son las pruebas recaudadas con las cuales la jueza de instancia atendiendo la acusación presentada, consideró acreditado que la sustancia estupefaciente era transportada para ser distribuida a otra persona, lo cual no se circunscribe a un análisis juicioso de la prueba, sino a meras conjeturas y especulaciones como se analizará seguidamente.

La posición de la Sala de Casación Penal frente a la demostración del componente subjetivo del ánimo de distribución o venta sustancias estupefacientes radica en la carga exclusiva de la Fiscalía, el cual, inclusive, como descripción de hecho jurídicamente relevante debe plantearse desde la imputación misma (*SP2411-2020, radicación 54.371, del 15 de julio de 2020, MP. Patricia Salazar Cuellar*) para el debido entendimiento de que la acción del procesado resulte alejada de un aspecto de consumo personal por ser de venta o distribución.

“Es por ello que resulta concluyente frente a la conducta de portar estupefacientes, la determinación del contenido de la voluntad –de consumo propio o de distribución– del sujeto activo como ingrediente subjetivo o finalidad del porte de sustancias alucinógenas, a efectos de excluir su responsabilidad penal o de estimar realizado el tipo de prohibición, lo que significa que aparte del dolo constitutivo de la tipicidad subjetiva de la conducta prevista en el artículo 376 del Código Penal, es necesario constatar la presencia de elementos especiales de ánimo relativos a una peculiar finalidad de consumo personal o de distribución por parte del sujeto realizador del comportamiento descrito en el tipo penal. **En este sentido, la Sala ha subrayado que cuando se lleva consigo sustancias psicotrópicas que exceden los topes de dosis personal previstos en la ley, no se traduce ello en la inversión de la carga de la prueba, la misma que en materia de responsabilidad penal estará siempre en cabeza del Estado, según se desprende de los incisos segundo y tercero del artículo 7° de la Ley 906 de 2004.**

El procesado, como es sabido, no tiene por qué presentar pruebas de su inocencia, siendo función de la Fiscalía demostrar la existencia de los elementos del tipo penal, entre ellos, la acreditación probatoria de los fines del porte de estupefacientes distintos al consumo personal y, con ello, la afectación o la efectiva puesta en peligro

de los bienes jurídicos protegidos. Con todo, ha advertido la Sala que ese ánimo ulterior asociado con el destino de las sustancias que se llevan consigo, distinto al consumo personal, puede ser demostrado a partir de la misma información objetiva recogida en el proceso penal. **Por eso, si bien es cierto que el peso de la sustancia por sí solo no es un factor que determina el injusto típico de la conducta, sí puede ser relevante, junto con otros datos demostrados en el juicio (p. ej., instrumentos o materiales para la elaboración, pesaje, empaqueo o distribución; existencia de cantidades de dinero injustificadas; etc.), para inferir de manera razonable el propósito de distribución que alentaba al portador. (...) En conclusión, el porte de una cantidad de droga compatible exclusivamente con el propósito de consumo inmediato o con fines de aprovisionamiento para futuras ingestas es una conducta penalmente atípica, mientras que si se desvirtúa ese ingrediente subjetivo o finalidad específica contenida en el tipo penal, la acción corresponde a la ilicitud descrita en el artículo 376 del Código Penal**”. (subrayado de esta Sala de decisión)⁴.

En el presente caso, en la enunciación de los hechos jurídicamente relevantes de la imputación no quedó definido puntualmente, cual era el aspecto fáctico del “transporte” de estupefacientes que desvirtuaba esa acción como parte del aprovisionamiento del imputado para su consumo, máxime que desde esa audiencia la Fiscalía tenía clara la posibilidad de estar ante una persona con esa condición o connotación diferencial en el tratamiento jurídico penal. Pese a ello, consideramos que tal omisión no da lugar a la anulación del trámite, pues de lo develado en el juicio la Fiscalía no logró demostrar de manera inequívoca que, el traslado de la sustancia realizado por el procesado, tuviese como fin distinto su consumo personal; empero, sí permite realizar un llamado de atención a la Fiscalía y a los jueces de control de garantías y de conocimiento para que dentro de su rol ejerzan un control debido a la imputación en lo concerniente al aspecto analizado que a la postre, resultaría nugatorio de garantías fundamentales ante una eventual aceptación de cargos.

Ahora, la valoración que al respecto sentó la funcionaria *A quo* sobre la presunta distribución de la sustancia estupefaciente se centró en i) infirió que el aprovisionamiento se hizo en Medellín y que al retornar de Cali debía llevar una cantidad menor de sustancia; ii) la forma camuflada como la transportaba; iii) por movilizarse a altas horas de la noche, a efectos de evadir controles policiales y iv) que la cantidad incautada de estupefaciente era amplia lo cual no permitiría comprender que se trataba de aprovisionamiento. Para esta instancia, esas consideraciones se ciñen a conjeturas sin fundamento, pues de los testimonios recepcionados en juicio o de las estipulaciones probatorias, en primer lugar, nunca se mencionó que el aprovisionamiento de dicha sustancia hubiese ocurrido en la ciudad de Medellín; de ahí que, su elucubración al respecto no cobra sentido.

⁴ Radicación 51617 del 29 de abril de 2020, MP. Patricia Salazar Cuellar.

Tampoco, de la forma de la incautación se puede proponer inequívocamente que la sustancia era portada para un fin distinto al consumo pues, aunque se llevara oculta en un compartimiento del vehículo, como bien lo enunció el PT. **Mira Meneses** fue fácil de encontrar, no se trataba de un compartimiento o “caleta” sofisticado o diseñado con ese fin, amén que el mismo procesado indicó donde se ubicaba.

Contrario al análisis de la jueza de instancia, ese aparente camuflaje de la sustancia nos permite comprender de perogrullo que, la intención de Mazo Paniagua era pasar inadvertido, pues como se acreditó en el proceso, su familia que lo acompañaba en el vehículo no sabía de la existencia de la marihuana. En este punto, no puede soslayarse que la persecución penal al comportamiento de llevar consigo o inclusive transportar estupefacientes así sea para consumo personal, puede desencadenar en el sujeto la intención de ocultar dichas sustancias con el fin de pasar desapercibido, precisamente para evitarse inconvenientes judiciales; sin embargo, ese hecho indicador valorado de manera aislada, no puede estructurar una condena, sobrentendiéndose de que se trata del tráfico o distribución de sustancias estupefacientes. Ese indicio, no es grave, si se tiene o se parte mejor de la base que, estamos ante la presencia de una **persona consumidora**, lo cual se planteó en el juicio y no fue desvirtuado por la Fiscalía.

En este caso, el ente acusador ni la judicatura desconocieron esa posibilidad de consumo del procesado, por el contrario, permitieron la incorporación al debate de información que da cuenta de su condición desde los 14 años de edad; de ahí que, le correspondía a la agencia Fiscal derrotar probatoriamente ese aspecto, para conforme la prueba indiciaria edificar en conjunto la aparente responsabilidad penal del procesado, lo cual no ocurrió.

Ahora, la cantidad encontrada no resultó superlativa, al probarse que se trataba de sustancia vegetal empacada en una bolsa plástica, la cual no superó ni siquiera los 500 gramos, pues recordemos que, según la descripción de uno de los policiales, era la mitad de una hoja de block. Luego, **solo por el incautarse un poco más de 300 gramos de marihuana** no se puede inferir la participación de otras personas en su despacho y transporte a otro punto, como ocurre en el caso de enviarse grandes cantidades utilizando vehículos de amplia capacidad, coligiéndose de esta forma un alto precio de la mercancía ilícita y, por ende, un despliegue extenso para el envío, transporte y recepción de la misma, aspectos intrínsecos al tráfico de estupefacientes.

Por su empaque, la sustancia no estaba distribuida o porcionada de tal forma que llevara a un convencimiento más allá de toda duda razonable de que su destino era para ser distribuida.

Es más, los aspectos precisados de nerviosismo y de una actitud sospechosa del acriminado se perciben inertes de peso probatorio, pues resultan comunes en un procedimiento judicial y más ante un hallazgo efectivo de ese tipo de sustancias. No puede perderse de vista que, más allá de lo incautado y de la circunstancia como operó la captura, los servidores de Policía no proporcionaron otro dato que sirviera de respaldo a la tesis inculpativa de que el transporte de estupefacientes se realizaba con fines de narcotráfico o inclusive del denominado microtráfico.

En ese sentido, considera esta Sala de decisión que en el presente caso, no se acreditó cómo el transporte de la sustancia estupefaciente tenía el fin aprobado por la jueza de instancia, es decir, la distribución del alucinógeno para el consumo de otras personas, por el contrario, consideramos como viable que fuese llevada consigo por el procesado, obviamente al momento de transportarse en el vehículo automotor, pero con el fin exclusivo de aprovisionamiento ante su calidad de consumidor, lo cual no fue desvirtuado por la Fiscalía.

Y es que, para este Tribunal el verbo rector como modalidad de la conducta debe analizarse desde ese ingrediente subjetivo, pues como acciones del sujeto agente tanto transportar, llevar consigo, almacenar, conservar, adquirir e inclusive, elaborar que hacen parte del tipo penal, deben ser probadas por parte de la Fiscalía como un hecho inequívoco de ejecución dentro de la cadena del narcotráfico, pues de lo contrario, si resultan comportamientos naturales que hacen parte del consumo propio, estaríamos ante un comportamiento no penalizable por ausencia de la tipicidad subjetiva.

Veamos lo que el tribunal de cierre en la justicia ordinaria ha decantado frente a este planteamiento:

“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”⁵.

En ese sentido, la misma Corporación precisó que esa línea de pensamiento “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”⁶.

⁵ SP2940-2016, de marzo 9 de 2016, radicación 41760.

⁶ Sentencia SP-4972018, radicación 50512, de febrero 28 de 2018.

En consecuencia, el comportamiento del señor John Jairo Mazo Paniagua se aviene atípico, por lo cual se revocará el fallo recurrido para en su lugar **ABSOLVER** al acusado del cargo objeto de acusación.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 2 de septiembre de 2019, emitida por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, Risaralda, por medio de la cual se condenó al ciudadano **John Jairo Mazo Paniagua**, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes inciso 2° del artículo 376 del CP, conforme lo razonado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ABSOLVER al ciudadano **John Jairo Mazo Paniagua** del cargo objeto de acusación, consistente en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (*inciso 2° del artículo 376 del CP*) atendiendo lo señalado en las consideraciones expuestas.

TERCERO: LÍBRENSE las comunicaciones a las autoridades correspondientes.

CUARTO: Notifíquese el contenido del presente proveído a través de los medios virtuales dispuestos para tal fin, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 163 inc. 3° del Código de Procedimiento Penal y artículos 2 y 8 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022. Contra la misma procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Firma electrónica)
JULIÁN RIVERA LOAIZA
Magistrado

(Firma electrónica)
MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

(Firma electrónica)
CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA
Magistrado

(Firma electrónica)
WILSON FREDY LÓPEZ
Secretario

Firmado Por:

**Julian Rivera Loaiza
Magistrado
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**Carlos Alberto Paz Zuñiga
Magistrado
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**Manuel Antonio Yarzagaray Bandera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **c927e2752036de8b8fa6b2463436f687e08d916ae37531f72f349f1c69e58078**

Documento generado en 21/02/2023 08:11:24 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**