

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO
GACHETÁ (CUNDINAMARCA)

Gachetá, Cundinamarca, marzo (02) de dos mil veintidós (2.022).

C.U.I. No. 252976108008201880008

Acusado: Sebastián Castañeda Pérez.

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Sentencia de Primera Instancia No. 002- 2022

I. OBJETO DE DECISION.

Una vez agotados los trámites procesales previstos en la Ley 906 de 2004 y después de celebrarse la audiencia de juicio oral y de anunciarse el sentido de **FALLO ABSOLUTORIO** a favor de **SEBASTIAN CASTAÑEDA PÉREZ**, por el delito de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**, el Despacho procede a dictar la sentencia que en derecho corresponda.

II. ASPECTO FÁCTICO.

Según escrito de acusación, los hechos fueron relatados de la siguiente forma:

<<Se da inicio a la presente investigación mediante informe de vigilancia en casos de captura en flagrancia, donde se indica que para el día 05 de marzo de 2018 a eso de las 20:18 horas, en momentos en que la policía adscrita a la Inspección de Mámbita jurisdicción del municipio de Ubalá, Cundinamarca, realizaba patrullaje de rutina por el sector de las instalaciones de la sede administrativa de la empresa Emgesa, ubicada en la carrera 8 diagonal al antiguo Pomona, hallando allí a un ciudadano que vestía prendas del Ejército Nacional, quien al notar la presencia policial tomó una actividad evasiva, procediendo a tirar una bolsa plástica que llevaba consigo, por lo que se procedió de manera inmediata a solicitarle su identificación, manifestó que su nombre es SEBASTIÁN CASTAÑEDA PÉREZ, que se desempeña como soldado voluntario del Ejército Nacional, e igualmente se verificó el contenido de la bolsa en comento, encontrando en su interior una sustancia vegetal que por su olor, color y características es similar a la marihuana, motivo por el cual se hizo la incautación de la sustancia y a colocarle de presente los derechos del capturado al señor SEBASTIÁN CASTAÑEDA, por el presunto delito de

Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Realizando la prueba de identificación homologada P.I.P.H., con un peso neto de 201.2 gramos, para marihuana y sus derivados. >> (F. 2 C.O.)

III. IDENTIFICACIÓN DEL ACUSADO.

Se trata de **SEBASTIAN CASTAÑEDA PÉREZ**, identificado con la cédula de ciudadanía **1.032.470.278** de Bogotá, nació el 23 de marzo de 1995, con 26 años de edad, hijo de GUSTAVO CASTAÑEDA y MARTHA PÉREZ, estado civil soltero, grado de instrucción noveno, de ocupación soldado regular (para el momento de los hechos), dirección de residencia calle 50 A No. 47-32 de Itagüí (Antioquia), teléfono 3017284250 y correo electrónico sc166265@gmail.com (F.53, 56, 57 y 61).

IV. ACTUACIÓN PROCESAL.

Ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Ubalá, Cundinamarca, el 6 de marzo de 2018, se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura y formulación de imputación contra **SEBASTIAN CASTAÑEDA PÉREZ** por el delito de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**. En audiencia de medida de aseguramiento, celebrada en la misma fecha, se le impuso a **CASTAÑEDA PÉREZ** medida de aseguramiento no privativa de la libertad de conformidad con el artículo 307, literal B, numeral 4 del C.P.P., suscribiendo diligencia de compromiso.

El 10 de mayo de 2018, la Fiscalía Seccional de Gachetá presentó escrito de acusación ante este Juzgado, celebrándose la audiencia respectiva el 12 de julio de 2018, en la cual la Fiscalía le endilgó a **SEBASTIAN CASTAÑEDA PÉREZ** la conducta punible de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** (art. 376 C.P.), en la modalidad de “llevar consigo”.

La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 20 de abril de 2021, donde las partes solicitaron las pruebas a practicar en la audiencia de juicio oral y estipularon probatoriamente: (i) la no existencia de antecedentes penales del acusado; (ii) el arraigo del procesado; (iii) el hecho de que SEBASTIAN CASTAÑEDA PÉREZ el 5 de marzo de 2018 fue capturado llevando consigo una sustancia estupefaciente con un peso neto de 201 gramos, que arrojó positivo para marihuana, estipulándose lo relativo al resultado de la prueba P.I.P.H; y (iv) la plena identidad del encausado CASTAÑEDA PÉREZ. Posteriormente, este Despacho celebró la audiencia del juicio oral en una sola sesión, esto es, el 22 de febrero de 2022.

V. AUDIENCIA DE JUICIO ORAL.

1. Teoría del caso de las partes:

1.1. Luego que el acusado **SEBASTIAN CASTAÑEDA PÉREZ** manifestara no aceptar los cargos endilgados en su contra (video 1, récord: 21:14), el Fiscal Delegado presentó su teoría del caso, exponiendo que en el caso que nos ocupa, revisada el acta preparatoria se hicieron unas estipulaciones con lo cual quedaría pendiente establecer la posible comercialización de la sustancia incautada, lo que dilucidaría con los testimonios del Intendente RAÚL LADINO TORRES y del Subintendente LUIS ALEXANDER SOLANO, para así en los alegatos de conclusión solicitar lo que en derecho corresponda siguiendo los derroteros de la Corte Suprema de Justicia (video 1, récords: 21:32 a 23:16).

1.2. Por su parte, la señora Defensora manifestó que no presentaría teoría del caso (video 1, récord: 23:26).

2. Pruebas

2.1 Pruebas de la Fiscalía General de la Nación:

Abierta la etapa probatoria, en audiencia de Juicio Oral celebrada el 22 de febrero de 2022, se recibieron las siguientes declaraciones: del Intendente RAÚL LADINO TORRES (video 1, récords: 36:39 a 55:56), con quien se incorporó el Informe de Policía de Vigilancia en Casos de Captura en Flagrancia del 5 de marzo de 2018 (F. 64-65); y del Subintendente LUIS ALEXANDER SOLANO (video 1, récords: 01:17:32 a 01:50:17).

2.2. Pruebas de la defensa:

En la misma fecha, la señora defensora renunció a los testimonios de los policiales RAÚL LADINO TORRES y LUIS ALEXANDER SOLANO, del acusado SEBASTIAN CASTAÑEDA PÉREZ y de CINDY AGUDELO (video 1, récord: 01:13:26; 01:49:43 y 01:53:11).

3. Alegatos de conclusión:

En sesión de audiencia del mismo 22 de febrero de 2022, los intervinientes presentaron sus alegaciones finales del juicio oral, así:

3.1. Por la Fiscalía General de la Nación:

El Fiscal Delegado inició su intervención haciendo un relato de los hechos objeto de investigación en las circunstancias plasmadas en el Informe de captura en flagrancia del 5 de marzo de 2018. Cita la Sentencia SP 025 de la Corte Suprema de Justicia, Magistrada Ponente Patricia Salazar Cuellar del 23 de enero de 2019, donde se absuelve al procesado porque la sustancia en el momento de la captura era para su consumo y no se estableció en el juicio oral que fuera para la comercialización o distribución de la misma. En el mismo sentido, trajo a colación la sentencia SP 497 del 28 de febrero de 2018 que abarca la misma situación que se conoce en este juicio. Destaca una providencia que se refiere al aprovisionamiento para el consumo de estupefacientes por parte de soldados del Ejército Nacional, en razón a la actividad que desempeñan diariamente en patrullajes o lugares alejados o por situaciones de alimentación y desgaste físico; resalta que este pronunciamiento indica en relación con la cantidad hallada, que los soldados se aprovisionan de mayores volúmenes para utilizar la sustancia en los diferentes días de campaña. Señala que la sustancia aquí incautada superó lo permitido por la Ley 30 del 86, ya que no puede ser superior a 20 gramos y que ahora con el criterio de la Corte Suprema, entre otros fallos, desde el 2006 se ha venido haciendo alusión a que el consumidor asume su propio daño a su salud. En este caso, frente a éste ciudadano, quien para el momento de los hechos era soldado, al no haberse demostrado la comercialización, tal y como lo mencionan los testigos escuchados, no se tiene prueba en concreto de la finalidad del tráfico; tan solo se tienen inferencias, dichos o comentarios de que la sustancia llegaba allí en buses de Bogotá u otras ciudades cercanas como Villavicencio. Igualmente, en el momento de la captura no había ningún civil para decir que estaba esperando para la entrega de la sustancia; no participó ningún tercero en el momento de la aprehensión de SEBASTIAN CASTAÑEDA por parte de los uniformados. El lugar donde ocurrieron los hechos, según la descripción que da el Subintendente SOLANO, está alejado de la población civil; se puede inferir que no estaba colocando en riesgo a menores de edad; que estaba allí para ingresar a la base militar con la sustancia, de lo que se infiere, que la usaría para su propio consumo.

Solicitó el Fiscal que se profiriera un fallo absolutorio atendiendo el criterio jurisprudencial, los medios de prueba vertidos dentro del desarrollo del juicio oral y la participación activa del procesado en este caso (video 1, récords: 01:54:33 a 02:09:16).

3.2. Concepto del Ministerio Público:

El Procurador 252 Judicial Penal I argumentó que para proferir una sentencia condenatoria se requiere estar en el estadio del conocimiento que implica la ausencia de dudas objetivas. Indicó que la presente actuación está dentro del ámbito de la duda probatoria frente a la acreditación del aspecto subjetivo del tipo penal, en cuanto refiere a la exigencia jurisprudencial en su desarrollo del campo de la comercialización, distribución o uno de esos elementos dentro de la cadena del tráfico de estupefacientes. Que este tipo de comportamiento sanciona la afectación a un bien jurídicamente tutelado colectivo, la salud pública, más no la injerencia expresa a la afectación de esa individualidad más allá de la relación con un tercero dentro de este aspecto. La conducta debía estar debidamente acreditada frente a ese ámbito de comercialización, lo cual de las pruebas testimoniales recaudadas dentro de la actuación deviene en una probabilidad que se va desvaneciendo hacia el ámbito de la duda y aunado a ello, a la presencia de dos posiciones contrarias, cual es la que se estableció en la teoría del caso de la Fiscalía, esto es, la comercialización de la sustancia, y una emergente, la que presenta la defensa implícitamente de la finalidad de consumo; Ninguna de estas hipótesis fueron acreditadas dentro de la actuación, ambas están dentro del ámbito de una respuesta no definida lo cual favorece al procesado. Consideró el Delegado del Ministerio Público que en este caso se debía dictar sentencia absolutoria, por duda en cuanto concierne al aspecto subjetivo del tipo (video 1, récords: 02:09:31 a 02:14:04).

3.3. Por la Defensa:

La señora Defensora alegó que la Fiscalía no pudo demostrar más allá de toda duda razonable la existencia del hecho del tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, así como la responsabilidad penal de SEBASTIAN CASTAÑEDA; no pudo desvirtuar la presunción de inocencia. Que el artículo 376 del C.P. contiene un ingrediente subjetivo tácito tendiente 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. Aquí la finalidad exclusiva es el uso personal de la sustancia incautada por ser el acusado dependiente, consumidor, adicto, enfermo. La finalidad de la carga le corresponde a la Fiscalía por tratarse de una premisa necesaria; no le corresponde al procesado probar su inocencia, porque se presume. Concluyó que la conducta es atípica toda vez que la Fiscalía no probó que la sustancia incautada a SEBASTIAN CASTAÑEDA, la cual supera la cantidad establecida en la Ley 30 como dosis personal, tuviera un propósito diferente al consumo. Por ello, solicita que el fallo sea de carácter absolutorio. (video 1, récords: 02:14:18 a 02:18:17).

3.4. Sentido del fallo.

El Despacho anunció el sentido del fallo, haciendo inicialmente un relato de los hechos conforme se encuentran consignados en el escrito de acusación. Se citó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de radicado 43725 del 15 de marzo de 2017. Magistrado Ponente Eugenio Fernández Carlier que ratifica el concepto que ha tenido la Corte del aspecto subjetivo de la conducta. Se indicó que de acuerdo a los sustentos probatorios que se han presentado en este caso, de un lado las propias estipulaciones dan soporte al aspecto objetivo de la conducta y efectivamente indican que el aquí acusado SEBASTIAN CASTAÑEDA PÉREZ fue observado cuando tiró al piso una bolsa que contenía marihuana en un peso de 201 gramos aproximadamente, como se corroboró con el informe de P.I.P.H.; sin embargo, ese aspecto subjetivo al que se refiere la jurisprudencia y que hace parte integral del tipo, que no es otra cosa que la finalidad que persigue el porte, debe demostrarse. El tipo exige que la sustancia que se porta esté destinada al tráfico o comercialización y eso debe demostrarse mediante elementos objetivos suficientes. Ello por cuanto el tipo está referido a proteger el perjuicio o daño del bien jurídico tutelado (como lo señaló el delegado del Ministerio Público), que en este caso es un bien jurídico de carácter colectivo: la salud pública. Se indicó que la propia Fiscalía da cuenta que no hay ningún elemento que demuestre esa finalidad en cabeza del acusado al llevar consigo la sustancia, lo que se puede extraer de las afirmaciones que hacen los declarantes RAÚL LADINO TORRES y LUIS ALEXANDER SOLANO MANOSALVA, las cuales no muestran evidencia contundente de que el aquí acusado llevara esa sustancia de marihuana en 201 gramos de peso para traficarla u ofrecérsela a otras personas, pues aparentemente la llevaba para su consumo personal. El Despacho concordó con las manifestaciones que hicieron las partes en relación a que no se pudo demostrar por parte de la Fiscalía que la finalidad del porte o del hecho de llevar consigo la sustancia alucinógena el acusado, era venderla, traficarla o de alguna manera, se itera, afectar el bien jurídico tutelado de la salud pública de otras personas. Se argumentó que en este caso, la posición inicial de la teoría del caso de la Fiscalía era proponer que aquí se llevaba consigo una sustancia para la venta, pero no se logró demostrar esa finalidad que hubiese tenido el procesado para comercializar o para distribuir a otras personas esa sustancia; son dos hipótesis, como lo detalló el delegado del Ministerio Público, de un lado que se trataba de una sustancia con la finalidad de distribuir la droga, lo cual no se logró demostrar de manera objetiva, finalidad reprobada por la ley; y de otro lado, que la llevaba para su propio consumo. Tampoco se pudo probar por parte de la defensa que se trata de una persona consumidora, pero ante la falta de sustento suficiente frente a la finalidad de tráfico, queda duda sobre esta situación, lo que condujo a que se emitiera sentido del fallo absolutorio, en razón, se itera, a la duda que persiste (video 1, récords: 02:18:30 a 02:45:13).

VI. COMPETENCIA.

Conforme lo preceptuado por el artículo 36, numeral 2, de la Ley 906 de 2004, este Despacho es competente para conocer del presente caso, así como también por el factor territorial, dado que los presuntos hechos ocurrieron en la Inspección de Mámbita del municipio de Ubalá Cundinamarca, que hace parte de esta jurisdicción (artículo 43 Ídem).

VII. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO.

El artículo 381 de la Ley 906 de 2004, exige: *“Para condenar 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.*

La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”.

Ahora bien, la Fiscalía Seccional tanto en el escrito de acusación como en audiencia de formulación de acusación, endilgó al procesado **SEBASTIAN CASTAÑEDA PÉREZ** el delito de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**, consagrado en el artículo 376 del Código Penal, modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, que dispone: **“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 para marihuana... 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.” – Negrilla por el Juzgado-

La Fiscalía concretó su acusación en los hechos acaecidos el 5 de marzo de 2018, a las 20:18 horas aproximadamente, cuando policiales adscritos a la Inspección de Mámbita del municipio de Ubalá, Cundinamarca, que realizaban un patrullaje de rutina por el sector de las instalaciones de la sede administrativa de EMGESA, observaron un individuo que vestía prendas del Ejército Nacional, quien al detectar la presencia de la policía tiró una bolsa que llevaba consigo, por lo que le solicitaron su

identificación manifestando ser SEBASTIAN CASTAÑEDA PÉREZ y que era soldado del Ejército Nacional. Al verificar el interior de la mencionada bolsa hallaron una sustancia con olor, color y características similares a la marihuana, por lo que procedieron a incautarla y a ponerle de presente los derechos como persona capturada a CASTAÑEDA PÉREZ, por el presunto delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES. La sustancia incautada fue sometida a prueba preliminar P.I.P.H arrojando resultado positivo para marihuana en un peso neto de 201,2 gramos.

Puesto de presente lo anterior, procede el Despacho a analizar la tipicidad de la conducta punible aludida, de conformidad con los elementos materiales probatorios debatidos en el juicio oral, al ser este el aspecto determinante para que las partes e intervinientes solicitaran la absolución en el presente asunto, así:

1. DE LA TIPICIDAD.

1.1. Materialidad de la conducta.

Como se dejó visto, a **SEBASTIAN CASTAÑEDA PÉREZ** el día de los mencionados hechos, le fue hallada por parte de la policía de vigilancia de la Inspección de Mámbita, jurisdicción del municipio de Ubalá, Cundinamarca, durante labores de patrulla, una sustancia con olor, color y características similares a la marihuana, la cual le fue incautada, situación, que dio origen a la presente investigación por el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES previsto en el artículo 376 del Código Penal.

Lo anterior, se pudo constatar a partir del "INFORME DE POLICÍA DE VIGILANCIA EN CASOS DE CAPTURA EN FLAGRANCIA- FPJ-5, datado marzo 5 de 2018 (F. 64), el cual fue incorporado a la actuación por medio del declarante Intendente RAÚL LADINO TORRES, quien participó, con el Subintendente LUIS ALEXANDER SOLANO, en el procedimiento de captura del aquí procesado por llevar consigo la sustancia estupefaciente. Sustancia que fue objeto de incautación tal y como se desprende del formato "ACTA DE INCAUTACIÓN DE ELEMENTOS", incorporado también en juicio por este testigo, el cual está suscrito por Intendente LADINO TORRES y el capturado **SEBASTIAN CASTAÑEDA PÉREZ**; acta que describe: "01 una bolsa plástica la cual contiene en su interior una sustancia vegetal que por su olor, color y características se asemeja a la marihuana." (F. 65)

Aunado a lo anterior, la materialidad de la conducta objeto de estudio se encuentra acreditada, con la estipulación probatoria No. 3 efectuada por la Fiscalía y la

Defensa, en el sentido de dar como cierto el hecho de que SEBASTIAN CASTAÑEDA PÉREZ el 5 de marzo de 2018, fue capturado llevando consigo una sustancia estupefaciente con un peso neto de 201 gramos que arrojó positivo para marihuana. Veamos:

El Informe de "INVESTIGADOR DE CAMPO- FPJ-11"- de fecha marzo 5 de 2018, que da cuenta de la Prueba de Identificación Preliminar Homologada (P.I.P.H.) realizada a una sustancia vegetal de color verde, registra en el acápite "**7. Resultados de la actividad investigativa (Descripción clara y precisa de los resultados**", lo siguiente: << Una vez realizada la presente prueba de identificación preliminar homologada, se establece que los reactivos utilizados indican prueba preliminar POSITIVA para MARIHUANA (CANNABIS)>> (F. 60 vuelto), documento suscrito por el Patrullero OSCAR JOSÉ LEYTON CAMPO, perito PIPH.

Así las cosas, sin discusión alguna, la tipicidad objetiva del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, se encuentra plenamente acreditada dentro de este asunto, con fundamento en las pruebas arriba reseñadas, en el entendido, que la sustancia que portaba **SEBASTIAN CASTAÑEDA PÉREZ**, el día de su captura, corresponde efectivamente a MARIHUANA (CANNABIS), conforme a la Prueba de Identificación Preliminar Homologada practicada al alucinógeno incautado.

1.2. Elementos subjetivos del injusto penal.

En reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de justicia se ha dicho que el porte de estupefacientes demanda un elemento subjetivo implícito especial; debe mediar la demostración del componente anímico relacionado con la finalidad dirigida al tráfico; carga que recae en cabeza de la Fiscalía. En otras palabras, para el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes se requiere la demostración de ingredientes de carácter intencional distintos al dolo, como lo es el componente anímico relacionado con la finalidad del sujeto activo del injusto de destinar la sustancia estupefaciente a la venta, distribución o comercio.

Sobre el particular, es pertinente tomar como referente jurisprudencial el radicado 56574 del 29 de enero de 2020, que recoge varias sentencias de Casación Penal, del que se extraen los siguientes apartes:

<< {...} 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. En la sentencia de casación al inicio citada, reproducida por la SP4131-2016, abr. 6, rad. 43512, así se explicó:

... a partir de las modificaciones introducidas al ordenamiento jurídico por el Acto Legislativo 02 de 2009 ha de sopesarse en todo caso el ánimo de ingesta de las sustancias, como ingrediente subjetivo o finalidad, de ahí que el porte de una cantidad de droga compatible exclusivamente con ese propósito de consumo será una conducta atípica,...

(...).

Si la cantidad de dosis personal puede constituir ilícito cuando no está destinada para el uso personal, *mutatis mutandi* cuando es palpable esa finalidad no debe entenderse comprendida dentro de la descripción del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes sin que dependa de la cantidad de la droga que les sea hallada.

(...).

... 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,...

<< {...} En la sentencia SP3605-2017, mar. 15, rad. 43725, se indicó con mayor precisión y claridad que *«lo importante es que la tipicidad de toda acción [de llevar consigo estupefacientes] que se ajuste a la descripción objetiva del artículo 376 del Código Penal dependa del fin exteriorizado por el autor. Pero no tanto de un propósito de consumo propio como criterio excluyente de responsabilidad, sino de la verificación por parte de la Fiscalía de una conducta pre-ordenada al tráfico de estupefacientes»*.

En la misma línea, se inserta la sentencia de casación SP9916-2017, jul. 11, rad. 44997, en la que se indicó que:

..., la Corte está reconociendo la existencia en el tipo penal del artículo 376 del Código Penal lo que se conoce en la doctrina como *elementos subjetivos distintos del dolo, elementos subjetivos del tipo o elementos subjetivos del injusto*, que son aquellos ingredientes de carácter intencional distintos del dolo que en ocasiones se emplean para describir los tipos penales y que poseen un componente de carácter anímico relacionado con una peculiar finalidad del sujeto realizador de la conducta descrita.

(...).

De esa manera, en relación con el delito de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, el recurso a los elementos subjetivos diferentes del dolo, tiene el propósito de efectuar una restricción teleológica del tipo penal, pues no obstante que el contenido objetivo del verbo rector *llevar consigo* remite a la realización de la conducta penalmente relevante con el solo acto de portar las sustancias estupefacientes, psicotrópicas o drogas sintéticas, el desarrollo jurisprudencial atrás relacionado ha reducido el contenido del injusto a la demostración del ánimo por parte del portador de destinarla a su distribución o comercio, como fin o *telos* de la norma.

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 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».

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 consecuencia, la inexistencia de este ánimo, como ocurre cuando se porta droga para el consumo personal, genera atipicidad. Tal postura apareja dos precisiones de orden probatorio:

(i) La cantidad de alucinógenos no es el factor determinante del juicio de tipicidad de la modalidad conductual «llevar consigo», pero ese dato sí debe valorarse como un indicador, junto a los otros que se encuentren demostrados, de la finalidad del agente. Así, por ejemplo, una cuantía exagerada o superlativa hace razonable la inferencia de direccionamiento de la conducta al tráfico o distribución.

(ii) La carga de la prueba del referido ingrediente subjetivo, al igual que ocurre frente a los demás presupuestos de la tipicidad y de la responsabilidad penal en general, corresponde a la Fiscalía General de la Nación, según lo establecido en el inciso 2 del artículo 7 del C.P.P. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP106-2020, radicado No. 56574 del 29 de enero de 2020, Magistrada Ponente PATRICIA SALAZAR CUELLAR).

Visto lo anterior, para establecer si existe la demostración de los elementos subjetivos del delito, se pasa a revisar las pruebas debatidas en el juicio oral, haciendo alusión a las partes más relevantes, así:

El Intendente RAÚL LADINO TORRES manifestó en preguntas realizadas por la Fiscalía, que estuvo asignado a la Subestación de Mámbita, que corresponde al municipio de Ubalá, Cundinamarca desde el 2016 al 2019, donde conoció el 5 de marzo de 2018 un caso por tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, exposición que hace con base en el Informe de Captura en Casos de Flagrancia suscrito por el mismo declarante. Señaló que el soldado observado se identificó como SEBASTIAN CASTAÑEDA PÉREZ, el cual se encontró evasivo al percatarse de la presencia de la Policía, porque estaba cometiendo al parecer un ilícito, tirando así una bolsa al piso. Que al abrir la bolsa con el compañero, tenía un olor fuerte que se asemejaba a una sustancia alucinógena y procedieron a llevar al señor a la estación de policía. Mencionó que en el momento de los hechos el soldado SEBASTIAN CASTAÑEDA se encontraba solo, no había ningún civil o miembro de la comunidad cerca, y que al momento de la captura no les manifestó nada. Indicó que con anterioridad había trabajado con el soldado en algunos patrullajes en tropas, pero nunca observó que fuera consumidor, porque guardaban una distancia prudencial en técnicas de patrullaje. En cuanto a la sustancia precisó que ésta se encontraba en una bolsa grande con sello hermético, que la sustancia era de color verde, semi compactada, que no estaba en bichas sino en un solo paquete. También dijo que no tenía indicios que el acusado estuviera

comercializando este tipo de sustancia. Ante preguntas realizadas por la Defensa, ratificó que no había indicios que SEBASTIAN CASTAÑEDA comercializara sustancias estupefacientes. Aludió a que sí tenían indicios de que se estaba enviando estupefacientes al batallón de ese lugar, pero nunca se pudo constatar si era para la venta, consumo o distribución, que en alguna ocasión incautaron una sustancia que había llegado por la empresa de transporte Valle de Tenza, pero no se pudo identificar a nadie como remitente. Que dentro de la labor de patrullaje no se pudo establecer un sitio donde se distribuyera la sustancia. Finalmente, ante preguntas complementarias hechas por el agente del Ministerio Público, confirmó que el elemento visualmente estaba como en grumos, suelto y no empaquetado en mínimas cuantías y que todo estaba en una sola paca, que no estaba dividido o prensado (video 1, récords: 43:03 a 01:13:08).

Otro de los declarantes, el Subintendente LUIS ALEXANDER SOLANO MANOSALVA, manifestó en el juicio oral, que trabajó en patrulla de vigilancia en la Inspección de Mámbita desde el año 2.016 hasta el 2.021. Recuerda que hizo un procedimiento de captura en flagrancia en el año 2.018 por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes; que fue un caso en el que se encontraba de patrulla con el compañero Intendente RAÚL LADINO por un sector aledaño al antiguo Pomona, cerca de la sede administrativa de la empresa EMGESA; ahí visualizaron a un joven con una actitud algo inquieta, quien arroja una bolsa al piso, se acercaron y le requirieron los documentos y se identificó como un integrante de la fuerza pública, más exactamente del Ejército Nacional; que procedieron a mirar lo que había tirado y encontraron la sustancia con características similares a la marihuana, por lo que procedieron a leerle los derechos como persona capturada y lo llevaron para la estación de policía. Refiere que la persona identificada era SEBASTIAN CASTAÑEDA, soldado regular. Aseveró que no se constató que el soldado CASTAÑEDA tuviera contacto en ese momento con algún civil o algún compañero del Ejército Nacional. Señaló que la sustancia incautada estaba en un solo paquete dentro de una bolsa negra. Que no se estableció labores de comercialización o venta de esta sustancia por parte del soldado. Frente a preguntas realizadas por la señora defensora ratificó que no pudieron detectar o no tenían la certeza que esa bolsa que le encontraron a SEBASTIAN CASTAÑEDA era para la comercialización o para el consumo. Reitera que al momento de captura SEBASTIÁN se encontraba sólo y que no pudieron detectar que esta persona llevara dinero, ni identificaron un sitio especial donde se expendieran sustancias alucinógenas (video 1, récords: 01:23:24 a 01:49:42).

Pues bien, de las declaraciones rendidas por los dos policiales que realizaron el procedimiento de captura en flagrancia e incautación de la sustancia estupefaciente, se

puede extraer que sus manifestaciones son contestes en indicar que el aquí procesado SEBASTIAN CASTAÑEDA PÉREZ para el momento de la captura, era soldado regular del Ejército Nacional, que no había personas cerca de él, que no tenían conocimiento que esta persona fuera consumidora o que se dedicara al comercio o distribución de la sustancia incautada, ni sabían de sitios concretos donde se expendiera estupefacientes y que la sustancia que arrojó al piso el acusado no se encontraba en empaques individuales sino estaba en un solo paquete, la cual por su color, olor y características era similar a la marihuana; todo esto indica que no se pudo establecer que el capturado tuviera un propósito diferente, al parecer, de consumir la sustancia que tiró al piso cuando se percató de la presencia de los policiales en el lugar.

La manera en que fue encontrada la sustancia, según versión de los policiales, en un solo paquete, que no estaba empaquetada en mínimas cuantías que dieran cuenta de estar lista eventualmente para su distribución, es indicativo de que se trataba de una cantidad de sustancia destinada al aprovisionamiento de su propio consumo. Si bien es cierto la cantidad sobrepasaba la dosis personal (pues se le incautaron 201 gramos), también lo es, que por reglas de la experiencia, se puede inferir que un soldado consumidor de estupefacientes lleva para su aprovisionamiento una cantidad necesaria para su consumo durante varios días, debido a que la permanencia dentro de las bases militares puede llegar a ser por un tiempo prologado. Es conocido que algunos soldados acuden a la marihuana para sobrellevar las condiciones y dificultades en el servicio, lo cual en este caso se refuerza con las manifestaciones de los declarantes cuando indican que la captura se realiza por cuanto la Policía vigilaba el sector, en razón del conocimiento previo que tenían de sustancia alucinógena que por diferentes medios ingresaba a la base militar.

El aspecto subjetivo al que refiere la jurisprudencia y que hace parte integral del tipo, que no es otra cosa que la finalidad que se persigue con el porte de sustancias estupefacientes, debió demostrarse mediante elementos objetivos suficientes. Era menester que la Fiscalía presentara prueba que evidenciara que la sustancia que portaba SEBASTIAN CASTAÑEDA PÉREZ estaba destinada para el tráfico o comercialización, generando con ello una afectación, un daño al bien jurídico tutelado de carácter colectivo de la salud pública. Es dicha finalidad lo que la ley reprocha, pues de acuerdo a los preceptos constitucionales y la interpretación que la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han enseñado, no se puede reprobar la conducta de consumo personal del alucinógeno, por cuanto ello hace parte del libre desarrollo de la personalidad, y las autoridades dentro del Estado Social y democrático de derecho no están autorizadas para intervenir en las decisiones personales que no

afecten a otros; si el Estado interfiere las decisiones del individuo que únicamente lo afectan a él, vulnera el principio de la dignidad humana.

Cabe destacar, como se hizo al momento de anunciar el sentido del fallo, que en este caso, aparecen dos hipótesis, de un lado la que presentó el Fiscal al iniciar el Juicio señalando que el acusado tenía la finalidad de distribuir, vender o comercializar la marihuana incautada, lo cual no logró demostrar de manera objetiva el ente acusador; y de otro lado, persiste la hipótesis insinuada por la defensa al contrainterrogar a los testigos dirigida a demostrar que su prohijado es una persona consumidora de marihuana. Sobre ésta tesis quedan tan solo inferencias contingentes, pero ante la ausencia de elementos objetivos claros que sustenten la finalidad del tráfico de la sustancia incautada al acusado, persiste una duda insalvable dentro de este caso, la cual debe resolverse en favor del encartado.

En síntesis, en el presente caso el ente acusador no logró demostrar el componente anímico relacionado con la finalidad de la venta, distribución o comercialización de la sustancia estupefaciente que llevaba consigo el sujeto activo, siendo una carga que le compete exclusivamente a la Fiscalía, lo que lleva a este Juez a absolver al procesado en este asunto, por existir duda fundada acerca de la tipicidad imputada.

El ente acusador no pudo desvirtuar la presunción de inocencia del acusado con los medios de prueba que se practicaron y se incorporaron en el debate probatorio; la convicción o el conocimiento más allá de toda duda acerca de la responsabilidad del aquí acusado, no fue satisfecha en este caso, puesto que la Fiscalía no pudo demostrar, con pruebas objetivas, el elemento subjetivo especial implícito en el tipo en cuestión. De modo que se presenta una duda en este asunto, sin que en esta etapa procesal exista forma de dilucidarla; duda que debe ser tenida en favor del acusado, por lo que se impone su **ABSOLUCIÓN**, como se precisó al anunciar el sentido del fallo y, por ende, para tal efecto se debe aplicar el **artículo 7° del Código Penal** que consagra la **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA** e **IN DUBIO PRO REO**, acogiendo así lo solicitado por el Agente del Ministerio Público en ese sentido.

Sobre la carga de la prueba y la presunción de inocencia la Corte, en la misma sentencia arriba citada, ha dicho:

Indudablemente que la Constitución Política y la ley amparan la presunción de inocencia de quien es sometido a la incriminación penal, postulado que se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba, tal y como aparece consagrado en numerosos tratados internacionales de derechos humanos.

Ese principio fundamental se sustenta porque en un Estado Social de Derecho corresponde, en principio, al ente estatal competente la carga de probar que una persona es responsable de un delito o participó en la comisión del mismo, principio que se conoce como onus probandi incumbit actori, y que conlleva a que la actividad probatoria que tiene a su cargo el organismo investigador se encamine a derruir esa presunción de inocencia de que goza el acusado, mediante el acopiamiento de pruebas que respeten las exigencias legales para su producción e incorporación.

Bajo esa lógica, no es obligación del procesado desplegar actividades encaminadas a acreditar su inocencia, pues ello conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, ya que, se reitera, es el ente acusador el que debe demostrarle su culpabilidad. Ello significa, a la luz del principio del in dubio pro reo, que si no se logra desvirtuar la presunción de inocencia hay que absolver al implicado, pues toda duda debe resolverse a su favor.

Pero si bien es cierto que el principio de presunción de inocencia demanda del Estado la demostración de los elementos suficientes para sustentar una solicitud de condena, ha de admitirse al mismo tiempo que en eventos en los cuales la Fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando las evidencias suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, si lo buscado es controvertir la validez o capacidad suasoria de esa evidencia, es a la contraparte, dígase defensa o procesado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 56574 del 29 de enero de 2020, Magistrada Ponente Patricia Salazar Cuellar)

Como consecuencia de lo anterior, se dispondrá **CANCELAR** todos los aspectos pendientes que se hayan generado con ocasión de este proceso contra el enjuiciado **SEBASTIAN CASTAÑEDA PÉREZ**, en especial comunicar a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Gachetá, para que se sirva **CANCELAR** o **LEVANTAR** la prohibición de enajenar bienes sujetos a registro, conforme lo prevé el **artículo 97 de la Ley 906 de 2004** impuesta a **CASTAÑEDA PÉREZ**, como lo informó el **JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE UBALÁ, CUNDINAMARCA**, con función de control de garantías, mediante oficio No. 0114 del 4 de abril de 2018 (F. 25 carpeta de garantías), como consecuencia de la anterior determinación, una vez en firme esta sentencia.

Finalmente, se ordenará a la policía judicial que tiene bajo cadena de custodia la sustancia incautada, su **DESTRUCCIÓN** en presencia del Fiscal y del Agente del Ministerio Público, de conformidad a lo establecido en el artículo 87 de la Ley 906 de 2004.

Por lo expuesto, el **JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE GACHETÁ** (Cundinamarca), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ABSOLVER al encausado **SEBASTIAN CASTAÑEDA PÉREZ**, identificado con la cédula de ciudadanía **1.032.470.278** de Bogotá, del delito de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**, por el cual fue acusado por la Fiscalía Seccional de Gachetá, conforme se dejó consignado en precedencia.

SEGUNDO: CANCELAR todos los aspectos pendientes que se hayan generado con ocasión de este proceso contra el enjuiciado **SEBASTIAN CASTAÑEDA PÉREZ**, en especial **COMUNICAR** a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Gachetá, para que se sirva **CANCELAR** o **LEVANTAR** la prohibición de enajenar bienes sujetos a registro, que le fue impuesta conforme lo prevé el **artículo 97** de la **Ley 906 de 2004**, mediante oficio No. 0114 del 4 de abril de 2018 (F. 25 carpeta de garantías), librado por el **JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE UBALÁ, CUNDINAMARCA** en ejercicio de la función de control de garantías, una vez en firme esta sentencia.

TERCERO: ORDENAR a la policía judicial que tiene bajo cadena de custodia la sustancia incautada, su **DESTRUCCIÓN** en presencia del Fiscal y del Agente del Ministerio Público, de conformidad a lo establecido en el artículo 87 de la Ley 906 de 2004.

CUARTO: ARCHIVAR DEFINITIVAMENTE este proceso, previas las constancias en los libros radiadores, después de ejecutoriado este fallo.

QUINTO: La presente sentencia queda notificada en estrados a las partes e intervinientes y contra la misma procede el recurso de **APELACIÓN** para ante la **Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca**, el cual deberá ser interpuesto en el acto de esta audiencia y sustentado en la misma o por escrito dentro de los cinco días siguientes, conforme a lo dispuesto en el artículo 179 de la Ley 906 de 2004.

CÓPIESE Y CÚMPLASE.

El Juez,



JOSÉ MANUEL ALJURE ECHEVERRY