



Bogotá, D.C., 22 de abril de 2021

Honorables Magistrados
SALA DE CASACION PENAL
Magistrado Ponente Dr. JOSE FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Ciudad.

REF. Radicado casación – 51359

Contra: Iván Andrés Rodríguez

Delitos: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Honorables Magistrados,

En mi condición de Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal y en cumplimiento de la función constitucional atribuida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política, presento el concepto en defensa del orden jurídico, los derechos y garantías de los intervinientes, dentro de la sustentación de la demanda de casación interpuesta por la defensa del procesado contra de la sentencia del 26 de julio de 2017. Lo anterior, en virtud de la cual, el Tribunal Superior de Bogotá revocó la decisión absolutoria de primera instancia y lo condenó por primera vez a 66 meses de prisión, multa de 2.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

1. HECHOS

Fueron resumidos por el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la siguiente manera: “...De acuerdo a lo referido por la Fiscalía en la audiencia de formulación de acusación, tuvieron su génesis el 26 de octubre de 2015, a eso de las 4:40 p.m., cuando miembros de la Policía Nacional, que realizaban plan de antecedentes eran la localidad de Usaquén, aprehenden un sujeto, tras hallarle una bolsa plástica transparente, contentiva de una sustancia vegetal,] que; sometida a la prueba preliminar homologada PIPH arrojó positivo para cannabis y sus derivados, con un peso neto de 499 gramos...”.



2. DEMANDA.

2.1. UNICO CARGO

La apoderada judicial acusó la sentencia condenatoria, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de haber trasgredido indirectamente la ley sustancial mediante error de hecho por falso juicio de existencia, según dice la recurrente, por haber omitido el Tribunal considerar las pruebas que acreditan la condición de adicto del acusado.

Adujo la accionante que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al revocar la sentencia absolutoria, presumió de derecho la antijuridicidad material de la conducta realizada por el procesado, a consideración de la defensa el *ad quem*, concluyo que no se acreditó la calidad de consumidor de este, y en segundo lugar, señaló que aunque se hubiera acreditado dicha calidad, el solo peso neto incautado de la sustancia, era suficiente para estimar que la finalidad de la conducta era de manera automática la actividad de distribución y comercialización de la misma, lesionándose en su sentir el bien jurídico de la salud pública, invirtiendo la carga de la prueba a la defensa, quien sí demostró que la finalidad real era el consumo personal de Iván Andrés Rodríguez, quien es adicto a dicha sustancia, y que la cantidad de marihuana incautada correspondía a su dosis de consumo personal mensual y de aprovisionamiento, siendo este el propósito de su ingesta, sin analizar este elemento subjetivo del tipo penal.

Para la accionante el yerro del Tribunal, consistió en omitir apreciar la prueba presentada por la defensa, desconociendo el testimonio del procesado IVÁN ANDRÉS RODRÍGUEZ, pues le restó credibilidad al mismo en una línea, argumentando que la sola afirmación de ser consumidor no bastaba para acreditar dicha calidad, pero obsérvese Honorables Magistrados que no hay soporte argumental o probatorio que lo desmerite. Así mismo, tampoco le dio valor probatorio a las pruebas testimoniales presentadas por la defensa, entre ellos el de la progenitora del acusado GLORIA JANNETH RODRÍGUEZ CARDOZO y del perito Psicólogo GERMÁN DUARTE RODRÍGUEZ, quienes en forma unánime acreditaban la condición de consumidor de Iván Andrés Rodríguez, siendo ignorada dicha prueba por el sentenciador de segunda instancia, imponiéndole una carga a la defensa que no le correspondía, máxime cuando el *ad quem* tenía el deber no



solo de apreciarla sino de indicar que poder demostrativo que les otorgaba, señalando en caso dado porque motivo no les daba credibilidad o le restaba mérito a la narración del procesado, lo cual condujo a negar la duda, y la aplicación del principio de presunción de inocencia

3. CONCEPTO PROCURADURIA TERCERA DELEGADA PARA LA CASACION PENAL.

Una vez realizada la revisión de las sentencias de primera y segunda instancia, la demanda de casación presentada por el accionante, esta delegada del Ministerio Público se encuentra que la pretensión de la defensa esta llamada a prosperar atendiendo las apreciaciones plasmadas en el libelo de casación, ello en razón a las siguientes consideraciones:

Al efectuar un análisis del tipo penal por el cual fue condenado el procesado: “Artículo 376 ley 599 de 2000. El que, sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, 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 droga que produzca dependencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a veinte (20) años y multa de (1.000) 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 metacualona o droga sintética, la pena será de cuatro (4) a seis (6) años de prisión y multa de dos (2) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de metacualona o droga sintética, la pena será de seis (6) a ocho (8) años de prisión y multa de cien (100) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”



Nos encontramos frente a un tipo penal que es de mera conducta, mono ofensivo y conducta instantánea, cuyo bien jurídico tutelado es la salud pública, este tipo delictual por su estructura admite la coautoría, la determinación y la complicidad, es normativa y materialmente doloso, las finalidades específicas son indeterminadas.

Respecto a la postulación elevada por la defensa, considero que la postulación tiene vocación de prosperidad ello en atención a las siguientes consideraciones: esa Honorable Corporación en sentencia del 25 de marzo de 2017 en proceso bajo radicado 43725 estableció: En principio se ajusta al tipo contemplado en el artículo 376 del Código Penal (tráfico, fabricación o porte de estupefacientes), carecerá de relevancia solo si concurren los siguientes supuestos:

(i) Que, la cantidad de droga ilícita llevada por el agente corresponda a la dosis personal prevista en el artículo 2 de la Ley 30 de 1986. En el caso de la cocaína, que esta no sea superior a un (1) gramo.

ii) Que, si lo portado sobrepasa tal mínimo, el excedente no pueda ir más allá de lo "ligeramente superior", Por ejemplo, que la cocaína pese entre (1) y dos (2) gramos. De no ser así, siempre se presumirá la afectación del bien jurídico.

(iii) Que, se haya probado en el juicio la dependencia al consumo de drogas (es decir, la adicción) por parte del sujeto activo. Y

iv) que la cocaína llevada por el procesado haya tenido como único fin el consumo personal

(...) la discusión debe resolverse de conformidad con la línea jurisprudencial trazada desde la decisión CSP SP, 9 mar. de 2016, rad. 41760, ratificada en CSJ SP, 6 abr. 2016, rad. 43512, que insta a precisar en cada caso si se está juzgando a un enfermo o a un infractor de la ley, esto es, un consumidor o adicto frente a un distribuidor o comerciante de estupefacientes, porque la justicia penal sólo debe ocuparse de éstos últimos.

El criterio hermenéutico se basó en los antecedentes legislativos del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, desde los artículos 33 de la Ley 30 de 1986 y 17 de la Ley 365 de 1997 y la definición que aquella ley hace de lo que es considerado como dosis para uso personal, con el matiz introducido por la Corte Constitucional en la sentencia C-221 de 1994 cuando despenalizó el porte para el



consumo en proporciones iguales a la dosis personal al declarar inexecutable el artículo 51 de la Ley 30 de 1986 reivindicando así el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

De igual manera, se estudió el artículo 376 de la Ley 599 de 2000 y la sentencia C-689 de 2002 de la Corte Constitucional que lo declaró ajustado al texto superior en el entendido que para la despenalización allí dispuesta debía distinguirse entre el porte, conservación o consumo en las cantidades consideradas dosis de uso personal y el narcotráfico como actividad ilícita alentada por el afán de lucro.

El examen abarcó la modificación del artículo 49 de la Constitución Política que a iniciativa del Gobierno se hizo a través del Acto Legislativo 2 de 2009, para destacar que desde la presentación del proyecto era patente que el ánimo no era penalizar al consumidor, sino el de ubicarlo en una filosofía preventiva y rehabilitadora. Y se resaltó que lo que busca esa reforma constitucional es no tratar al adicto como delincuente, sino como enfermo que demanda medidas pedagógicas, profilácticas y terapéuticas, carácter teleológico que debe ser atendido en los ámbitos legislativo, ejecutivo y judicial, siempre bajo la salvedad de distinguir a quienes portan las sustancias estupefacientes con fines ilícitos como por ejemplo para fabricarlas, traficarlas o comercializarlas.

A su turno, se analizó la Ley 1453 de 2011 que modificó el artículo 376 del Código Penal, así como la sentencia C-491 de 2012 que la encontró executable en el sentido que no incluye la penalización del porte o conservación de dosis exclusivamente destinada al consumo personal de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética. ...”

Ahora bien, para el caso que ocupa nuestra atención, el aspecto objetivo del tipo penal se encuentra acreditado, acertadamente lo concluyó el fallador de primer grado, a través de la declaración del patrullero Javier González Montenegro, agente captor del procesado, quien encontró una bolsa transparente contentiva de una sustancia vegetal con un peso neto de 499 gramos, circunstancia que fue estipulada.

De la declaración del agente González Montenegro, queda suficientemente demostrado que el comportamiento del acusado se ajusta al comportamiento regulado por el legislador en el numeral 2 del artículo 376, ello por cuanto fue capturado llevando consigo una cantidad de sustancia estupefaciente no permitida.



La tipicidad esta completamente demostrada, no obra elemento material o evidencia física que pudiese generar discusión alguna, máxime cuando lo incautado supera lo permitido para la dosis personal que para el psicoactivo incautado es de 20 gramos. Tal como se estableció al inicio de este concepto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia quien en múltiples decisiones ha establecido todo lo que respecta frente a la ausencia de antijuridicidad material, debe analizarse cada caso de manera individual, con el fin de establecerse si la sustancia incautada afecta únicamente la integridad personal o trasciende al ámbito de la salubridad publica.

Para ello, se cuenta con la declaración del acusado, quien renuncio a su derecho de guardar silencio y en diligencia del 17 de enero de 2017 manifestó:¹ "... desde los 14 o 15 años, en el Colegio por la curiosidad de la marihuana, que un amigo llevo al Colegio, de ahí salimos y probé por primero vez la marihuana con mis compañeros del Colegio cuando tenía más o menos 15 años, entre 14 y 15 años (...) claro, si señora, apenas empecé en esta actividad, también al poco tiempo fui expulsado, por inasistencia"... "Record 13:24" (...) ya entrada la época del Colegio, pues yo seguía con mayor frecuencia consumiendo, ya conocía otras drogas pues porque yo ya había entrado o incursionado en el consumo de otras sustancias psicoactivas, y pues ya empecé con mi madurez, mi vida laboral, de pronto también tuve problemas en mi vida laboral por el consumo de drogas, conozco a la mama de mi hija, y pues tengo a mi hija, que es el motivo que me frena un poco durante un tiempo. (...) yo he tenido dos procesos en centros de rehabilitación, el primero fue en la Fundación Remar, esto es una fundación de Teoterapia, es todo basado en Dios, en que Dios lo cura y lo sana a uno, esto era una fundación de caridad, porque yo no tenía en ese momento para pagar, y allí estuve tres meses. (...) ese día como habitualmente yo lo hacía, en el momento que tenía que comprar mi marihuana para el consumo, me levante y ese día no tuve que ir a trabajar recuerdo, llame a la persona que me proveía el producto, la marihuana en este caso, la llame, le puse una cita, porque pues ellos siempre le ponían a uno una cita, me dirigí a la calle 183 con carrera 13 o 15, más o menos, para encontrarme con la persona para comprar la marihuana que yo utilizaba para mi consumo mensual, más o menos, ya cuando me encuentro con la persona pues yo le paso el dinero, el me pasa la marihuana, y pues yo siempre por seguridad apenas hacía esto tomaba un taxi, porque creía que era la forma más segura para dirigirme a mi casa, este día recuerdo que cogí el taxi, y a la cuadra siguiente salió un señor Policía, me paró, me bajó del taxi, pues ya bajo esta situación no había nada más que hacer, que

¹ Texto, tomado de la transliteración allegada en la demanda paginas 21 y 22.



reconocer el error que estaba teniendo, el señor policía me captura, me pregunta que llevo en la bolsa, yo le digo que es marihuana, le digo que por favor no me vaya a perjudicar. ...”

De lo referido por el procesado, tenemos elementos importantes contrarios a los relacionados en la sentencia de segundo grado, ello por cuanto, de los dichos del acusado se tienen elementos que demuestran la condición de adicto a las sustancias psicotrópicas, el error radica en que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá desestimó sus dichos sin soporte probatorio alguno, mas cuando dentro de la evidencia allegada al expediente se encuentra la declaración de la señora GLORIA JANNETH RODRIGUEZ CARDOZO, progenitora del procesado y quien indicó:²

... fue en el momento en que él me pidió ayuda, cuando un día me dijo, por qué usted sabe que a los hijos, uno les pregunta si están consumiendo y ellos le niegan, entonces estaba en un estado de, porque él se separó y todo, de depresión y ansiedad, y me llamó, que me necesitaba que yo lo ayudara, porque él estaba ansioso, que él estaba consumiendo, y que él necesitaba que yo le prestara ayuda, fue cuando acudí a llevarlo a la fundación Maza, allá lo tuve interno un año, en ese año acudí a las reuniones que nos toca, y fue cuando realmente yo descubrí que venía con una dependencia como desde los 14 años ...”.

Tenemos que la declaración de la madre, otorga credibilidad frente a la condición de adicción que tenía el procesado, aunado a ello que la cantidad encontrada en posesión de Iván Andrés Rodríguez se debía a un aprovisionamiento por el nivel de drogadicción que posee. Elementos suficientes que conllevan a concluir que la actividad desplegada por el sujeto activo no transgrede la salubridad pública, elemento necesario para que la conducta pueda ser considerada antijurídica.

Por último, está el informe pericial aportado por la defensa del procesado, el perito psicólogo German Duarte Rodríguez, quien luego de la valoración psicológica realizada el 12 de enero de 2017, ratificó la condición de dependencia a las sustancias psicotrópicas, pero puntualizó que la cantidad de consumo diario giraba alrededor de los 30 a 40 gramos. Lo cual, por el mismo relato del procesado y lo consignado por el psicólogo es indicativo de ser un consumidor compulsivo, que requería de muchas dosis de aprovisionamiento, para satisfacer su ansiedad de consumo.

² Transliteración tomada de la demanda de casación páginas 24 y 25 del libelo.



Del análisis de la sentencia de segunda instancia, se tiene que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, evidentemente no tuvo en cuenta los anteriores elementos materiales probatorios descritos, su poder suasorio y el grado de credibilidad, el cual se obtiene de un perito quien por medio de instrumentos puede determinar con grado de certeza la veracidad del dicho del procesado.

De todo lo anteriormente referido, se destaca que el fallador de segundo grado, al momento de revocar la sentencia absolutoria presumió de derecho la antijuridicidad material de la conducta, al concluir que dentro del expediente no se probó la calidad de consumidor, omitiendo la valoración en conjunto de las pruebas allegadas al juicio. Por otra parte, el fallador de segundo no tuvo en cuenta que el ente acusador no demostró ni aportó un elemento que conllevara a deducir que la sustancia iba a ser comercializada.

El Tribunal Superior de Bogotá omitió los reiterados pronunciamientos de la corte - tal como se translitero al comienzo del concepto- y la sentencia del 11 de julio de 2017, por medio del cual para el tipo penal de porte ilegal de estupefacientes no es posible concluir a priori la lesión del bien jurídico tutelado únicamente con la base exclusiva de la cantidad incautada, la diferencia de cada asunto lo hace el fundamento probatorio de la condición de adicto o no del capturado.

El de omitir en la valoración probatoria las declaraciones de Iván Andrés Rodríguez, el de su progenitora Gloria Janneth Rodríguez Cardozo y el del perito Psicólogo Forense German Duarte Rodríguez, con el demás material probatorio que reposaba en el expediente, conllevo al Tribunal a desconocer que estos elementos materiales probatorios, acreditaban, que el procesado es un consumidor habitual de sustancias psicotrópicas, que el acusado no era un distribuidor, sino por el contrario padece de una enfermedad, y que la cantidad de sustancia incautada no era mas que para el aprovisionamiento mensual.

Sin duda, la cantidad de sustancia alucinógena incautada al procesado supera ampliamente la dosis personal, pero lo cierto, es que para justificar esa tenencia la defensa allegó los testimonios del mismo encartado y la progenitora de este junto con el concepto técnico de un psicólogo que testificó que en efecto Iván Andrés Rodríguez, tiene la condición de adicto.



Puede predicarse que la cantidad de droga en si misma puede suponer que tenía una finalidad adicional al consumo personal del implicado. Sin embargo, esta hipótesis no tiene respaldo adicional probatorio distinto a la cantidad, por cuanto el procesado no se dice que haya sido visto en plan de venta o distribución a terceros del alucinógeno. Tal hipótesis queda en el mero campo subjetivo, por cuanto ni siquiera la forma en que era llevada hace presumir su distribución al menudeo, por cuanto estaba embalada en un solo sobre contentivo de la sustancia en su totalidad, más no en papeletas como se acostumbra por los autores del micro tráfico.

La condición de dependiente o consumidor del procesado no descarta que igualmente se dedique al comercio o distribución de la sustancia, pero por la forma en que la transportaba para el momento de la captura. No hay un hecho indicativo que ello pueda suponer tal teoría, por cuanto iba en un vehículo sin que se indicara hacia donde, no tenía consigo dinero que hiciese pensar que estaba haciendo entregas de la droga y tampoco estaba lista para distribuir en sobres.

Ciertamente, como señala la defensa por parte del tribunal no se hizo mención a los testigos de descargo ni al concepto del profesional de psicología que atestiguo sobre la condición de consumidor que tenía el procesado. De igual forma, el profesional idóneo para valorar la adicción a las drogas o dependencia a las mismas es el psiquiatra; no obstante, igual no se valoro por parte del Tribunal tal situación, quedando la duda en favor del procesado.

Por ello, el cargo formulado por la defensa tiene vocación de prosperar al encontrarse que el Tribunal Superior de Bogotá incurrió en indebida aplicación de las normas sustanciales, además de la falta de aplicación del artículo 29-4 de la Constitución Política de Colombia y artículo 7 de la ley 906 de 2004, en protección del orden jurídico y de los derechos fundamentales del procesado se requiere de esta Honorable Sala Penal case la sentencia del 26 de junio de 2017, y dejar incólume la decisión adoptada por el juzgado octavo penal del circuito con funciones de conocimiento.

Cordialmente,

PAULA ANDREA RAMIREZ BARBOSA



Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal