



SALA PENAL

Medellín, primero (01) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

RADICADO	05001-60-00206-2017-09894
PROCESADO	IVÁN DARIO GALEANO ISAZA
DELITO	TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES
ASUNTO	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

MAGISTRADO PONENTE:

DR. OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Proyecto aprobado en Sala del veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018), mediante Acta Nro. 10 y leído en la fecha

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la defensora pública del señor **IVÁN DARÍO GALEANO ISAZA** en contra de la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado 20 Penal del Circuito de Medellín el 16 de noviembre de 2017, por el delito de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**.

2. HECHOS

El 23 de febrero de 2017, siendo las 10:50 horas, en la calle 72 con carrera 46A del barrio Manrique, agentes de Policía Nacional que se encontraban realizando labores de patrullaje le solicitaron una requisa al señor **IVÁN DARÍO GALEANO ISAZA**, quien voluntariamente sacó del bolsillo derecho de su pantalón 60 papeletas que contenían una sustancia

similar a la base de coca. Posteriormente, en prueba preliminar de campo homologada se determinó que la sustancia incautada era positiva para cocaína y sus derivados, arrojando la muestra un peso neto de 9.0 gramos.

3. RECUENTO PROCESAL

El 24 de febrero de 2017, ante el Juzgado 39 Penal Municipal de Medellín se llevó a cabo la legalización de captura del indiciado. Así mismo, la Fiscalía le formuló imputación por el delito de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** en la modalidad de llevar consigo, no obstante, el capturado no se allanó a los cargos; quedando en la misma fecha en libertad, debido a que la fiscalía declinó de la solicitud de imposición de medida de aseguramiento.

El conocimiento de la actuación le correspondió al Juzgado 20 Penal del Circuito de Medellín, donde se llevaron a cabo las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y juicio oral. Finalmente, el 16 de noviembre de 2017 se dictó sentencia condenatoria en contra del procesado, la cual es impugnada por la defensa.

4. DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El juez de primera instancia, luego de hacer un recuento de la filiación del acusado, de los hechos y de las pruebas recaudada en el juicio oral, la cual consistió en su totalidad en estipulaciones probatorias, concluyó que en este caso hay información suficiente para emitir fallo de condena, por la violación del artículo 376 del Código Penal en la modalidad de llevar consigo, influenciado por la circunstancia de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema.

Dice el *A quo* que no comparte el argumento de la defensa, referido a que el procesado llevaba el estupefaciente para satisfacer su adicción, pues en su sentir, al aceptar esa postura se llegaría al absurdo de tener que traer

prueba del expendio incluso en personas que lleven consigo toneladas o cantidades industriales, lo cual se sale de toda lógica.

Expresa que, en este caso, el acusado fue sorprendido llevando consigo 9 gramos de cocaína, que, según el mundo de la lógica, no es acertado lo que dice la Corte Suprema de que es la Fiscalía la que tiene que demostrar independientemente de la cantidad, que la persona iba a vender, cuando el artículo 376 trae más de 10 verbos rectores.

Refiere que aquí se probó que la conducta es típica, que no hay ninguna razón justificativa que explique porque el individuo llevaba semejante cantidad. Luego de hacer un recuento sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema y las diferentes posturas adoptadas desde el año 2005 hasta la sentencia 44997 proferida en julio de 2017 llega a la conclusión de que la Fiscalía solo tiene que probar que la persona obró conforme lo dispuesto en el artículo 376 en tanto que las causales que excluyen la responsabilidad deben ser probadas por la defensa.

En ese orden, el acusado debe responder por el delito contenido en el artículo 376, además porque su comportamiento sí contiene antijuricidad material, al poner efectivamente en riesgo el bien jurídico, al ser sorprendido llevando consigo estupefacientes. De ahí que deba dictar sentencia condenatoria en su contra, por considerar su actuar típico, antijurídico y culpable, declarando que este último, lo hizo con conocimiento y capacidad de auto determinarse, aunque bajo circunstancias de marginalidad.

Luego de los alegatos del art. 447, le impuso al sentenciado una pena de 12 meses de prisión, multa de 0.33 SMLMV y la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso que la pena principal. Por último, le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por considerar cumplidos los

requisitos objetivos y subjetivos por un periodo de prueba de 24 meses previo pago de una caución de \$50.000 pesos.

5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La Dra. Lina María Noreña Castrillón, defensora pública del procesado, apeló el fallo, y tras hacer un recuento de los principales argumentos utilizado por *el A quo* para condenar, concluye que el juez violó principios y normas rectoras del derecho penal, además de ir en contravía de los desarrollos jurisprudenciales sobre el verbo rector portar.

Afirma que el fallador contrarió los postulados de la ley 30 de 1986 y el criterio vigente en la Corte Suprema de Justicia, respecto al deber que le asiste a la Fiscalía de probar la finalidad para la cual se porta la droga incautada, al decir que el alto tribunal está equivocado y que se encuentra legislando sin tener facultades para ello.

Refiere que, en este caso, la Fiscalía no probó el elemento de la conducta punible, es decir, la antijuricidad material y por lo tanto lo pertinente era la emisión de un fallo absolutorio, en especial porque no demostró que el alijo incautado tenía como finalidad su distribución a cualquier tipo, eso sin mencionar que a través de la prueba estipulada y el análisis de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo la captura, se llega a la conclusión de que no hay ninguna actitud que refleje que su defendido tenía como fin la venta del alucinógeno. De ahí que la afirmación del juez de que "*los adictos también venden*" se convierte en una inferencia carente de un medio de prueba que la respalde.

Adicional a ello, dice que el juez está equivocado al trasladarle a la defensa la carga de la prueba, máxime cuando la Fiscalía no cumplió con el deber de probar los elementos estructurales de la conducta punible, lo cual en su criterio constituye una vulneración de los postulados que rigen

el sistema penal acusatorio, en especial, el principio de presunción de inocencia.

De otro lado, el funcionario dejó de lado la estipulación que el mismo acepto, en la cual se deja como un hecho cierto, que el sentenciado es una persona en situación de calle y consumidor de estupefacientes desde hace más de 3 años. En conclusión, no se probó la finalidad del porte de la sustancia que llevaba su defendido consigo, en los términos que refiere la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte, ya que no hay prueba de que ese alijo era para la venta o distribución y en esa medida, debía aplicarse el principio de in dubio pro reo y dictarse un fallo absolutorio en su favor.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Conforme lo reglado por el artículo 34 numeral primero de la Ley 906 de 2004, es competente la Sala para conocer el recurso de alzada en tanto es superior funcional del Juzgado 20 Penal del Circuito de Medellín, despacho que profirió la providencia apelada.

El problema jurídico que corresponde resolver consiste en determinar si la sentencia condenatoria de primera instancia se encuentra ajustada a los cánones legales y constitucionales o si, por el contrario, le asiste razón a la defensa, en punto a que, en este caso, estamos ante un consumidor de estupefacientes, y por ende su conducta es atípica por falta de antijuricidad material.

Para comenzar, tenemos que el apelante sustenta el recurso en el hecho de que su defendido, esto es el señor Galeano Isaza es un consumidor habitual y que lo incautado, estaba destinado a su ingesta personal, lo que genera que el porte de estupefacientes sea atípico por falta de antijuricidad material. Ahora bien, su condición de consumidor, así como de habitante de calle no fue objeto de debate alguno, en la medida en que las partes acordaron dar por cierto estos hechos durante el juicio

oral; adjuntando como soporte de las estipulaciones una entrevista y un informe de arraigo; sin mencionar que este hecho también se encuentra acreditado con la estipulación relacionada con la plena individualización del acusado, donde se dio por probado que es habitante de calle y reciclador.

El Despacho de primera instancia rechaza los argumentos de la defensa, básicamente por considerar que no basta con que se pruebe que estamos frente a un consumidor para predicar la antijuridicidad de la conducta, sino que además debe tratarse de una cantidad que supere mínimamente la dosis personal permitida en la Ley 30 de 1986, y en este evento, se trata de una cantidad que sobrepasa en buena proporción la allí indicada.

Para la Sala, como ha sostenido en reiteradas ocasiones, existe una abierta equivocación en la interpretación efectuada por el juez de primer grado, quien, a pesar de conocer el estado del arte en la jurisprudencia sobre el tema y los criterios vigentes en la Corte Suprema de Justicia, insiste en mantener una postura radical, señalando que es el procesado quien debe demostrar su inocencia ante la existencia de un delito de peligro abstracto y que el Estado debe castigarlo simplemente porque su comportamiento no se aviene a lo que se espera de él en la sociedad (adoptando así una postura netamente funcionalista extrema inaplicable en Colombia), dejando de lado todos los principios y garantías constitucionales que imperan en el proceso penal, entre ellos la presunción de inocencia y el debido proceso, y que constituyen un criterio obligatorio de interpretación para todos los jueces de la república, quienes no pueden relativizarlos, con argumentos falaces como *“un sistema de partes”* o *“la carga dinámica de la prueba”*, los cuales valga resaltar, tienen una aplicación restringida en el proceso penal acusatorio colombiano.

En efecto, una cosa es que el proceso penal por su naturaleza acusatoria, se soporte en un sistema de partes, y otra muy diferente, es que estos

actúen con total desconocimiento de las reglas y principios que gobiernan el sistema. De ahí que se diga que el titular de la acción es la Fiscalía, pero no es el dueño del principio de legalidad, sus actuaciones están limitadas por unos deberes constitucionales, así como los tienen la defensa y la misma judicatura, quienes deben ceñirse a las reglas y parámetros orientadores de la Constitución que, para el caso, imponen como garantías ineludibles el respeto de los principios del debido proceso, la presunción de inocencia y la carga de la prueba, la cual corresponde indefectiblemente al ente acusador.

Así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, al manifestar sobre este tema lo siguiente¹:

“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 humanos².

*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.*

(...)

Así mismo, en relación con el concepto de la carga dinámica de la prueba y su limitada o restrictiva aplicación en materia penal, ha dicho la Corte:

¹ Auto del 31 de julio de 2013 radicado 40.634 MP. Fernando Alberto Castro Caballero.

² “Artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, artículo 8-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 14-2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.”

“El anterior criterio, estrechamente relacionado con el concepto de «carga dinámica de la prueba», que ya ha sido desarrollado por la Sala³ reconociendo su muy limitada aplicación en el campo penal, porque no se trata de variar el principio de que es al Estado, por acción de la Fiscalía General de la Nación, a quien le compete demostrar todas las aristas necesarias para la determinación de la responsabilidad penal, sino posibilitar que procesalmente se exija a la parte que tiene la prueba, que la presente, para que pueda cubrir así los efectos que busca de ella.

Lo anterior, porque dentro de criterios lógicos y racionales no puede desconocerse que la dinámica de los acontecimientos enfrenta a la judicatura en muchas de las veces a situaciones en las cuales se aduce la existencia de elementos de juicio o medios probatorios que sólo se hallan a la mano del procesado o su defensor, que los invocan para demostrar circunstancias que controvierten las pruebas objetivas que en su contra ha recaudado el ente instructor, y que por lo tanto es a ellos a quienes corresponde allegarlos al proceso si quieren obtener los reconocimientos que de los mismos buscan.

*Por eso, dijo la Sala en el antecedente citado, el concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado —**no para que al procesado o a la defensa se le demande probar lo que compete al Estado**, sino para desvirtuar lo ya probado por éste—, de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado. Simplemente pretende entronizar en el derecho procesal penal criterios racionales y eminentemente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer.*

De lo anterior, se desprende con claridad que ni siquiera, en aquellos delitos clasificados como de peligro abstracto, puede hablarse de una inversión de la carga de la prueba, simplemente por presumirse la antijuricidad material de la conducta, pues esto es uno de los tantos elementos que integran la conducta punible, cuya demostración total compete exclusivamente a la Fiscalía, máxime si existe un criterio jurisprudencial reiterado, donde se le exige acreditar la prueba de ese elemento subjetivo, el cual analizado en conjunto con los demás elementos materiales probatorios obrantes en la actuación, da cuenta de la atipicidad del hecho.

³ “Fallo de casación del 9 de abril de 2008, radicado No. 23.754.”

En esa medida, la posición adoptada por la judicatura refulge testaruda y caprichosa, pues no solo insiste en dar prelación a presunciones jurídicas negativas, que van en detrimento de los derechos y garantías del acusado, sino que se vale para ello de sofismas inaplicables, de paso apartándose sin ningún sustento legal o probatorio, de los criterios jurisprudenciales actuales que de por sí constituyen un claro precedente sobre la manera como se debe analizar la prueba en este delito en concreto, cuyo estado actual se explicará a continuación:

6.1. DEL ESTADO DEL PRECEDENTE EN EL DELITO DE PORTE DE ESTUPEFACIENTES CON FINES DISTINTOS AL CONSUMO.

La primera pregunta obligada que debe hacerse la Sala en este caso concreto es ¿si existen los elementos de la conducta punible de porte de estupefacientes con fines distintos al consumo? Para el efecto se tomará como punto de referencia la evolución jurisprudencial y el estado del arte, en especial lo que la Sala Penal de la Corte interpreta respecto a la modificación de la Constitución y la ley, frente a la cual como se puede ver, el Juzgado no acogió, ni manifestó las razones por las cuales se aparta de dichos precedentes, los cuales desde tiempo atrás conforman una sólida línea jurisprudencial.

En el último pronunciamiento de la Corte (sentencia 44997 del 11 de julio de 2017), se hace un muy afortunado y completo análisis de la evolución con respecto al problema del porte de estupefacientes destinados al consumo, incluso, radicaliza el discurso referente a la tipicidad y a la carga de la prueba, y en ese sentido hacemos propios sus argumentos, resaltaremos lo que consideramos pertinente para la solución del caso presente:

“En su permanente revisión sobre el tema alusivo a la adecuación jurídica de las conductas alternativas relacionadas en el tipo penal de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (artículo 376 del Código Penal), la Sala ha venido fijando una posición que conduce a la necesidad de diferenciar si la persona tiene la

condición de mero consumidor de sustancias alucinógenas prohibidas o si el comportamiento objeto de juzgamiento está relacionada con su tráfico, pues solamente en este último evento es tolerable una respuesta punitiva por parte del Estado⁴.

*Lo anterior como consecuencia de la evolución legislativa y jurisprudencial que en materia del tratamiento despenalizador se ha venido ofreciendo en relación con las personas que destinan las sustancias estupefacientes, sicotrópicas o drogas sintéticas al único propósito de su consumo personal, **llegándose a consolidar la tesis de considerar al consumidor como sujeto de protección constitucional reforzada, merecedor por lo tanto de una discriminación positiva, la que riñe con el contenido de injusto de una conducta punible**⁵.*

En realidad, la simple constatación de la interpretación constitucional que se ha surtido en torno al concepto de dosis para uso personal de sustancias estupefacientes, permite advertir el cambio de paradigma en relación con el objeto de prohibición penal.

Así, la Corte Constitucional en la sentencia C-221 de 1994 determinó que la penalización de conductas dirigidas al consumo de la definida legalmente como dosis para el consumo personal –llevar consigo, conservar para su propio uso o consumir-, resultaba lesiva para la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, razón por la cual declaró inexecutable el artículo 51 de la Ley 30 de 1986.

En esta misma línea, en la sentencia C-689 de 2002 la Corte Constitucional declaró ajustado a la Carta Política el contenido del artículo 376 de la Ley 599 de 2000, en el entendido de la necesaria distinción entre el porte, conservación o consumo de sustancias estupefacientes en cantidad considerada como dosis destinada al uso personal y el narcotráfico como actividad ilícita alentada por el afán de lucro, resultando incuestionable la penalización de esta última como criterio político-criminal implícito en la tipificación de las conductas punibles que le son afines.

Así mismo, de cara al Acto Legislativo 02 de 2009, la Corte Constitucional en las sentencias C-574 y C-882 de 2011, precisó por vía interpretativa el alcance y contenido deóntico completo de la reforma constitucional en el sentido que la prohibición del porte y consumo de estupefacientes establecida, en modo alguno conlleva a su penalización, destinando para ello, como consecuencia jurídica, la imposición de medidas administrativas de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, siempre bajo el consentimiento informado del adicto.

⁴ CSJ SP-15519-2014, 12 nov. 2014, rad. 42617; CSJ SP-2940-2016, 9 mar. de 2016, rad. 41760; CSJ SP-4131, 6 abr. 2016, rad. 43512; CSJ SP-3605, 15 mar. 2017, rad. 43725.

⁵ CSJ SP-15519-2014, 12 nov. 2014, rad. 42617.

Finalmente, en la sentencia C-491 de 2012 la Corte Constitucional declaró ajustado al texto superior la Ley 1453 de 2011 que modificó el artículo 376 del Código Penal, razonando de paso que la supresión de la expresión “salvo los dispuesto sobre dosis para uso personal” del tipo penal de “tráfico, fabricación o porte de estupefacientes”, tal como fue descrito por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, no puede interpretarse como una nueva penalización del porte y consumo de sustancias estupefacientes, sicotrópicas o drogas sintéticas, en cantidad considerada como “dosis personal” al tenor del artículo 2º literal j) de la Ley 30 de 1986⁶.

Ahora bien, problemático ha resultado siempre en materia jurisprudencial la determinación del ámbito de lo prohibido en la regulación de la norma del artículo 376 del Código Penal, lo que ha girado alrededor del concepto de dosis permitida para el consumo personal y del principio de lesividad como factor de protección del bien jurídico de la salud pública tutelado por el legislador.

Precisamente, sintetizando la posición sostenida de manera pacífica con posterioridad a la sentencia C-221 de 1994 de la Corte Constitucional, la Sala, en función interpretativa del contenido del Acto Legislativo 02 de 2009, acotó:

[a] pesar de la reforma constitucional a través del Acto Legislativo 02 de 2009 y de la modificación del artículo 376 del Código Penal mediante el artículo 11 de la Ley de Seguridad Ciudadana, es posible tener por impunes las conductas de los individuos dirigidas al consumo de estupefacientes en las dosis fijadas en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, o en cantidades ligeramente superiores a esos topes, esto último de acuerdo con el desarrollo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema.

Lo anterior, en razón al respeto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, y a la ausencia de lesividad de conductas de porte de estupefacientes encaminadas al consumo del adicto dentro de los límites de la dosis personal, pues éstas no trascienden a la afectación, siquiera abstracta, del bien jurídico de la salud pública, el cual es el que principalmente protege el tipo penal descrito en el artículo 376 del Código Penal.⁷

De esa manera, el sentido de la prohibición se mantuvo con fundamento en el concepto de dosis personal, desarrollado en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, precisándose, sin embargo, que cuando la sustancia estupefaciente, atendiendo a cantidades insignificantes, no desproporcionadas, o ligeramente superiores a la dosis personal, está destinada exclusivamente al consumo propio

⁶ La postura legal y hermenéutica que de esa manera propende por la no penalización de los comportamientos relacionados con el consumo de estupefacientes, se encuentra en consonancia con la normatividad internacional sobre la materia: Convención Única sobre Estupefacientes (ONU 1961), enmendada por el Protocolo de 1972 –artículos 36 y 38-, así como en el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas (ONU 1971) –artículos 20 y 22-.

⁷ CSJ SP, 17 ago. 2011, rad. 35978.

de la persona, adicta o sin problema de narcodependencia, no concurre el presupuesto de la antijuridicidad material (principio de lesividad, artículo 11 del Código Penal), en tanto se trata de conductas que no son idóneas para afectar el bien jurídico de la salud pública⁸.

Ligado a lo anterior, hasta entonces se mantuvo la recurrente idea consistente en que el porte de estupefacientes, en tanto delito de peligro abstracto, en cantidad superior a los límites de lo establecido como dosis para el uso personal alberga una presunción de antijuridicidad: iuris tantum, presunción legal que admite prueba en contrario, cuando se trata de cantidades ligeramente superiores a las previstas como dosis para uso personal; y, iuris et de iure, presunción de derecho que no permite su controversia, cuando se supera el tope de lo razonable en relación con los límites de la dosis personal establecidos en la ley⁹.

Sin embargo, precisando aquel concepto, la Sala definió con base en su propia jurisprudencia¹⁰, que no obstante la legitimidad del legislador para configurar delitos de peligro abstracto, estos no pueden contener una presunción iuris et de iure y en todos los casos admite prueba en contrario en el proceso valorativo sobre su lesividad, llevado a cabo por el juez frente a la conducta concreta:

[e]l porte de estupefacientes en una cantidad superior a la establecida legalmente como dosis de uso personal, es una conducta típica que se presume antijurídica. Sin embargo, como quiera que tal presunción ostenta carácter iuris tantum, la prueba de que su destino es el consumo estrictamente personal sin que apareje interferencia en derechos ajenos (orden socio-económico o la seguridad pública), desvirtúa tal suposición legal y, por ende, excluye la responsabilidad penal. En consecuencia, la cantidad de estupefaciente que se lleve consigo no es el único elemento definitorio de la antijuridicidad, sino sólo uno más de los que habrán de valorar los juzgadores a fin de determinar la licitud de la finalidad del porte.¹¹

Con ello quedaba resuelto el problema relacionado con el peso de la sustancia que era objeto de porte, pues la cantidad deja de ser un factor determinante a efectos de establecer la lesividad de la conducta, precisándose la posibilidad de desvirtuarse en el juicio concreto de responsabilidad el carácter antijurídico presunto de las acciones de llevar consigo sustancias estupefacientes que desbordan los límites previstos legalmente para la dosis de uso personal.

⁸ En este sentido, CSJ SP, 8 ago. 2005, rad. 18609; CSJ SP, 8 oct. 2008, rad. 28195; CSJ SP, 18 nov. 2008, rad. 29183; CSJ SP, 8 jul. 2009, rad. 31531; CSJ SP, 17 ago. 2011, rad. 35978; CSJ SP, 18 abr. 2012, rad. 38516; CSJ SP, 3 sep. 2014, rad. 33409.

⁹ CSJ SP, 17 ago. 2011, rad. 35978.

¹⁰ «[f]rente a un delito de peligro debe partirse de la base de que la presunción contenida en la respectiva norma es iuris tantum, es decir, que se admite prueba en contrario acerca de la potencialidad de la conducta para crear un riesgo efectivo al bien jurídico objeto de tutela.»: CSJ SP, 15 sep. 2004, rad. 21064.

¹¹ CSJ SP-15519-2014, 12 nov. 2014, rad. 42617. En el mismo sentido, Corte Constitucional, sentencia C-491 de 2012.

El tema fue retomado, finalmente, en las sentencias CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760; CSJ SP-4131, 6 abr. 2016, rad. 43512; y, CSJ SP-3605, 15 mar. 2017, rad. 43725, en las que se acentuó la vigencia del concepto de dosis mínima para el uso personal, previsto en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, bajo el entendido que la proposición jurídica debe integrarse con el Acto Legislativo 02 de 2009 y las sentencias que se han adoptado en este sentido, bajo la comprensión que el consumidor o adicto puede portar una cantidad diferente a la legalmente establecida, siempre y cuando lo haga con la finalidad de su uso personal y aprovisionamiento, acorde con sus necesidades de consumo.

Así se sostuvo por parte de esta Corporación:

[l]a dosis personal que genera atipicidad de la conducta por la circunstancia de cantidad no es solamente la que determina el literal j) del artículo 2 de la Ley 30 de 1986, como hasta ahora se ha venido entendiendo por la jurisprudencia, sino también la que se demuestre en el proceso en un monto superior a esa regulación pero siempre que sea necesaria para el consumo del sujeto que está siendo procesado dada su situación personal en el caso concreto, pues la presunción establecida por el legislador acerca de lo que se debe entender por dosis personal es legal y admite demostración en contrario.

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.¹²

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

[p]ara la tipicidad de la conducta del porte de sustancias estupefacientes se debe tener en cuenta el ingrediente subjetivo tácito que plasmó el legislador al excluir

¹² CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760.

*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...*¹³

Llegados a este punto, debe destacarse que la evolución del tema relacionado con el porte de estupefacientes –alusivo al verbo rector llevar consigo-, ha consolidado las siguientes tesis:

- a) Tratándose de delitos de peligro abstracto –el previsto en el artículo 376 del Código Penal, lo es-, si bien en el momento de creación legislativa se deja implícita una presunción de peligro, esta es legal y no de derecho, por lo que el juez debe llevar a cabo un juicio de antijuridicidad a fin de determinar si se creó un riesgo efectivo, verificable empíricamente, para el bien jurídico protegido.*
- b) En todos los casos, el consumidor ocasional, recreativo o adicto, no puede ser considerado como sujeto pasible del derecho penal, cuando la conducta que realiza carece de cualquier connotación afín al tráfico o distribución de sustancias estupefacientes o psicotrópicas o drogas sintéticas, con independencia de la cantidad de sustancia prohibida que se lleve consigo, pues en tales eventos no se produce un efectivo menoscabo o peligro concreto para los bienes jurídicos que pueden ser objeto de tutela por el legislador.*
- c) Se reconoce la existencia de un elemento subjetivo implícito en el tipo penal, relacionado con la constatación de la intención del portador de la sustancia estupefaciente, debiéndose establecer si el propósito es el uso personal o si lo es la distribución o tráfico.*

Ahora bien, la Sala estima necesario subrayar que la consideración atinente a que es una presunción de antijuridicidad iuris tantum, susceptible de desvirtuar, la que opera sobre la puesta en riesgo de los bienes jurídicos en el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, no se traduce en la inversión de la carga de la prueba, la misma que en materia de responsabilidad penal estará siempre en cabeza del Estado.

Lo anterior, por cuanto las presunciones constituyen reglas probatorias y no reglas sobre la carga de la prueba¹⁴. Por eso, en ningún evento, la carga de la prueba de su inocencia le corresponde al procesado, ella se presume.

En efecto, los incisos segundo y tercero del artículo 7º de la Ley 906 de 2004, en desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política, con claridad

¹³ CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760.

¹⁴ ALEJANDRO KISS, *El delito de peligro abstracto*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2011, p. 96

precisan que «corresponde al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal», y que «En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria».

Esto significa que la carga de probar tiene que ser asumida por el órgano de persecución penal, pues el procesado no tiene por qué presentar pruebas de su inocencia, siendo función del Estado acreditar la ocurrencia del delito, que el acusado intervino en su realización y que es penalmente responsable. Así lo ratifican la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 11), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14-2) y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (artículo 8-2).

En consecuencia, es a la Fiscalía a quien compete la demostración de cada uno de los elementos del tipo penal, entre ellos, la acreditación probatoria de los fines del porte de estupefacientes relacionados con la distribución o tráfico de los mismos y, con ello, la afectación o la efectiva puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos. Obviamente, también corresponde al órgano de persecución penal, en virtud del principio de objetividad (artículo 115 de la Ley 906 de 2004), establecer situaciones relacionadas con la ausencia de responsabilidad, a efectos de no incoar la pretensión punitiva.

De otro lado, en relación con la acción de llevar consigo, verbo rector alternativo del tipo penal que recoge el artículo 376 del Código Penal, la Corte debe señalar que, aunque eventualmente la cantidad de droga que se porte permitiría inferir conductas relacionadas con el tráfico de estupefacientes, no es ese un elemento que pueda adscribirse a la tipicidad de la conducta.

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

De la misma manera, cuando la cantidad de estupefaciente supera la prevista como dosis para el uso personal, es necesario recurrir a otros factores que puedan determinar el juicio de lesividad de la conducta, de modo que la ilicitud se establezca con fundamento en criterios normativos referidos a la relevancia jurídico penal del comportamiento y a la efectiva afectación del bien jurídico

protegido, en todo caso distintos al arbitrario y vago concepto legal de dosis personal.

Valga decir, en el contexto de la nocividad específica de la sustancia de crear dependencia, que es el concreto cometido de protección a través del bien jurídico de la salud pública, el criterio atinente a los límites cuantitativos impuestos por el legislador al determinar la dosis para el uso personal, con frecuencia riñe con las condiciones personales del individuo, caso en el cual entran en juego otros elementos atinentes, por ejemplo, al grado de dependencia, su tolerancia y necesidad, su condición de consumidor adicto, recreativo o primerizo y la posibilidad de abastecimiento en cantidades superiores o de dosis compartidas, lo que escapa a cualquier previsión legislativa.

Esa misma ambigüedad se ha trasladado en la práctica al juicio de antijuridicidad realizado por jueces y tribunales del país, cuando bajo su arbitrio han recurrido a modificar los topes pretextando la aplicación del principio de insignificancia, introduciendo el discutible criterio de lo ligera o levemente superior a la dosis personal, para concluir en la falta de lesividad de la conducta realizada o, por el contrario, para entender el riesgo real para los bienes jurídicos cuando se supera lo leve o ligero.

Dicha solución, a más de contribuir a la inseguridad jurídica, en tanto dispensa desiguales juicios valorativos frente a situaciones fácticas semejantes dependiendo del capricho del juzgador, conduce a perder de vista que tratándose de bienes jurídicos supraindividuales los protegidos en este caso por el legislador, su afectación no depende de una cantidad concreta de sustancia psicoactiva, cuando el riesgo no trasciende la esfera privada del portador y, por lo tanto, no interfiere en derechos ajenos susceptibles de protección penal.

En realidad, no es ese un criterio que pueda resolver de manera satisfactoria el problema de la lesividad de la conducta, puesto que el principio de insignificancia presupone un auténtico juicio de adecuación típica y una afectación real del bien jurídico –aunque de manera nimia-. En tales casos la conducta del agente carece de relevancia para el derecho penal, aun cuando, prima facie, reúna los elementos contenidos en la figura prevista en el Código Penal.

Por lo tanto, aun cuando se repunte como categoría vigente el concepto de dosis personal¹⁵, aparte de su función reductiva (será impune portar cantidades que no superen ese rango, a excepción de los casos asociados al tráfico o distribución), no es un criterio suficiente para determinar la prohibición inserta en el tipo penal, cuando se admite que independientemente de la cantidad de sustancia estupefaciente que un individuo lleve consigo, lo que en realidad permite establecer la

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-491 de 2012.

conformación del injusto típico es el fin propuesto de traficar o distribuir con el psicotrópico. Por lo mismo, se hace inocuo la apelación a criterios caprichosos empleados en la praxis judicial como el de cantidad ligera o levemente superior a esa dosis personal.

En este sentido, cobra importancia la orientación que frente al delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes ha dado la Sala en las sentencias CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760; CSJ SP-4131, 6 abr. 2016, rad. 43512; y, CSJ SP-3605, 15 mar. 2017, rad. 43725; en el sentido de considerar el ánimo -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.

Con ello, la Corte está reconociendo la existencia en el tipo penal del artículo 376 del Código Penal de lo que se conoce en la doctrina como elementos subjetivos distintos del dolo, elementos subjetivos del tipo o elementos subjetivos del injusto¹⁶, 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.

Como se sabe, en algunas ocasiones es el mismo legislador el que incluye elementos subjetivos en el tipo penal (p. ej. artículo 239 del Código Penal). En otras, sin embargo, es la jurisprudencia la que recurre a elementos especiales de ánimo cuando no se han previsto expresamente en el tipo penal, haciéndose necesarios para identificar con claridad la carga de intencionalidad y, con ello, el sentido de la conducta.

En todo caso, la función de esos ingredientes subjetivos, distintos al dolo, es la de definir el riesgo jurídicamente relevante, esto es, sirven para confirmar o rechazar la tipicidad de la conducta en el plano material dentro del proceso de imputación objetiva.

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

¹⁶ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Derecho Penal – Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 517; GÜNTER STRATENWERTH, *Derecho Penal – Parte General*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, p. 171; EDMUND MEZGER, *Derecho Penal – Parte General*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 135.

ánimo por parte del portador de destinarla a su distribución o comercio, como fin o telos de la norma.

Ahora bien, 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 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, empaqueo o distribución; existencia de cantidades de dinero injustificadas; etc.), para inferir de manera razonable el propósito que alentaba al portador.

Por último, importa reiterar que 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.”¹⁷

Frente a las posiciones contrarias¹⁸, que desconocen el precedente anterior, lo primero a decir es que si se pretende apartarse del mismo se debe hacer un esfuerzo argumentativo para contradecirlo, no es solo manifestar su desacuerdo y basarse en jurisprudencias ya superadas, sino hacer el ejercicio nuevo de manifestar las razones por las cuales no se comparten los fundamentos de esta línea de pensamiento consolidada por el órgano de cierre. Por otro lado, es bueno recabar que la Constitución Nacional es fuente de derecho, es la más importante, mucho más que una ley, en nuestro caso con la existencia del acto legislativo 02 de 2009, se modifica no solo toda la política relacionada con la salud pública, sino también lo consecuente con la política criminal, el consumidor no es tratado ahora como delincuente. Si aceptamos que “solo” el legislador sea el que consagre tipos penales, estaríamos dando más importancia a la ley que a la Carta Política.

Además, la Corte Constitucional emitió la sentencia C-491 del 28 de junio de 2012, en la que condicionó la exequibilidad del artículo 376 del Código Penal, tal como fue modificado por el artículo 11 de la ley 1453 de 2011, a que se entienda **“que no incluye la penalización del porte o conservación de dosis, exclusivamente destinada al consumo personal, de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética, a las que se refiere el precepto acusado”**. Resaltamos que es lo decidido en la parte resolutive de la mencionada sentencia, es decir, es lo obligatorio desde el punto constitucional y legal. Entendemos que estos cambios rompen una tradición interpretativa de décadas, lo que implica un esfuerzo de los interpretes por cambiar la mentalidad anterior, obvio que a varios se les hace muy difícil y tienden a volver con tesis de tiempos pasados. Pero ese es el deber, de

¹⁷ C.S. de J. SP. M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR SP 9916-2017 Radicación n° 44997.

¹⁸ Véase T.S. DE M. SP, sentencia 050016000206201323947, M.P. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO.

evolucionar y ser cada día más justos en la interpretación y aplicación del derecho, no es aceptable, ahora, recluir en las cárceles a consumidores y adictos a los estupefacientes como en pretéritas épocas se hacía.

Las interpretaciones jurisprudenciales antes citadas lo hacen del sistema integral normativo, Constitución y Ley, no es un invento jurisprudencial como se sugiere. Es cierto, por otro lado, que es muy difícil la prueba de la finalidad distinta al consumo, pero no imposible, es hora que las autoridades de policía judicial y de vigilancia se concentren, no en capturar drogadictos para el logro de un pírrico “positivo” y que la judicatura le haga el juego a ello, sino que una verdadera gestión útil a la sociedad será perseguir a todos los demás encargados de la cadena productiva de estupefacientes. La finalidad de tales autoridades no es la de combatir drogadictos, sino la de exterminar toda actividad económica e industrial efectuada con estupefacientes de manera directa o indirecta. En otras palabras, la no distribución de los mencionados enervantes. Por ejemplo, es mucho más útil allanar las “ollas de vicio”, laboratorios, transportadores, etc., decomisar tanto los muebles e inmuebles y sus verdaderos distribuidores y con ello hacer imposible en esos sectores la presencia de las organizaciones criminales dedicadas a esa actividad. No se discute siquiera que ello es mucho más eficiente en salud individual y social, economía, vida, paz social, orden público, etc., que la recurrente captura de consumidores.

Recuérdese, frente al aspecto probatorio que es el Estado quien tiene la carga de probar TODOS los elementos de la conducta punible, es por principio rector, por norma constitucional y de tratados internacionales un imperativo. A más que en sistemas acusatorios la defensa no tiene cargas adicionales, es absurdo que la negligencia de la misma termine en condena, pero siendo inocente el imputado, que se le condene no porque es responsable de una conducta penal, sino porque – como en este caso- no pudo probar su inocencia.

EDUARDO M. JAUCHEN, en su manual LOS DERECHOS DEL IMPUTADO, al respecto manifiesta lo siguiente:

“En ese orden de ideas, se advierte que teniendo el Ministerio Público (Fiscalía) una función objetiva en el proceso penal y que responde no a un interés individual sino al de la comunidad, en verdad no es científicamente solo una carga que tiene sus representantes de demostrar la culpabilidad del imputado, sino un deber procesal y funcional. Ello es así, pues el cumplimiento de tal actividad no lo es en su interés individual (como ocurre en materia civil), y su incumplimiento no trae aparejada una consecuencia desfavorable para él, sino para la comunidad, sin perjuicio, claro está, de las sanciones eventuales por mal ejercicio de sus funciones. Por el contrario, la Fiscalía tiene un DEBER PROCESAL, que consiste en la investigación, persecución, esclarecimiento de los delitos y formulación del requerimiento que corresponda de tal resultado, ya sea a favor o en contra del

imputado. Si se opta por esta última alternativa su deber procesal se transforma en el de demostrar la culpabilidad con eficacia tal que pueda quebrantar su estado de inocencia. Esto no obsta a que siempre se mantenga durante todo el proceso su deber de objetividad, por lo que un giro probatorio contundente en pro de la inocencia en cualquier grado del proceso debe conducirlo a requerir él mismo, según las circunstancias particulares, el sobreseimiento o la absolución.

El imputado, por su lado, no tiene que probar su inocencia, pues ya de antemano es constitucionalmente considerado así. Corresponde al Estado, mediante sus órganos predispuestos, demostrar lo contrario para poder revertir ese estado y obtener condena.

El imputado no tiene, en consecuencia, ni la CARGA, ni el DEBER de probar nada. Es más, su posición estática y pasiva no puede ser tomada como prueba, presunción ni indicio en su contra. No obstante, siempre tiene el DERECHO de aportar toda prueba que estime pertinente para acreditar su inocencia. Pero el incumplimiento de esta facultad –insisto– no le puede acarrear ningún perjuicio, de ahí que no sea técnicamente una carga conforme a los conceptos ya expuestos.”¹⁹(lo resaltado es nuestro).

Obvio que el peso del estupefaciente incautado es relevante, sí; al respecto hay que hacer análisis valorativos en orden a establecer el destino real, pero ello es un problema probatorio y no dogmático. Para nuestra desgracia, la estrategia del “combate” contra los estupefacientes solo se ha concretado en la aprehensión de quienes portan o llevan los alcaloides, es toda una política muy pobre, los grandes “capos” no se “untan” de esos materiales. Los esfuerzos tienen que orientarse en su contra, si verdaderamente estamos en la voluntad seria de acabar con este grave problema.

Insistimos que cuando se habla de “finalidad distinta del consumo” nos referimos como lo expresó la Corte, a un problema de tipicidad no de antijuridicidad, por ello es plenamente pertinente hacer propios los argumentos contenidos en un pie de página de la sentencia de la Sala Penal de la Corte 31531 del 8 de julio de 2009:

“El principio de impunidad del consumidor implica defender la no incriminación de todas las conductas relacionadas con la droga, no sólo la tenencia o posesión, que tengan como exclusivo objeto el autoconsumo de la misma por el agente (...) La impunidad no alcanza sólo al toxicómano o adicto a la droga, que v.gr., cultiva o posea droga para su consumo, sino también al consumidor ocasional, es decir, al que no presenta dependencia física ni síquica y consume esporádicamente droga.

¹⁹ Eduardo M. Jauchen. Derechos del Imputado. ED. RUBINZAR-CULZONI. Buenos Aires. 2005. Pags. 115 y 116.

La no exigibilidad de responsabilidad criminal en estos caso deriva de la falta de tipicidad del consumo, como acto final o fin objetivo en sí mismo considerado.”²⁰

7. CASO CONCRETO

En el asunto sometido a estudio de la magistratura se tiene que el señor GALEANO ISAZA fue sorprendido portando 9.0 gramos de cocaína, distribuidos en 60 papeletas, cantidad moderada, como quiera que es un consumidor habitual de este tipo de sustancias, por tanto, dentro de lo probado y analizado es claro que la cocaína incautada estaba destinada a ser consumida gradualmente, máxime si tenemos en cuenta que se trata de un habitante de la calle, persona que según las reglas de la experiencia, recurre a este tipo de sustancias para evadir su realidad de abandono familia y social y soportar las difíciles condiciones de hambre e inclemencias del clima que enfrenta al vivir a la intemperie.

Sumado a ello, está descartado que la droga estuviera destinada para su distribución gratuita u onerosa, como quiera que nadie acompañaba al imputado en el momento de su captura en flagrancia y tampoco el informe de detención refiere nada al respecto, de hecho, su retención se produjo cerca al medio día, en una vía pública del barrio Manrique, lugar donde al parecer había acudido a comprar el estupefaciente, sector identificado por las autoridades de Policía del área metropolitana como una de las zonas donde más plazas de vicio hay en la ciudad, a la cual acude una alta concentración de ciudadanos en busca de alucinógenos, por lo que no es extraño que un consumidor habitual sea sorprendido llevando consigo estupefacientes.

Por otro lado, no existe evidencia, ni siquiera de carácter indiciario, que demuestre que el señor GALEANO ISAZA esté dedicado al expendio de estupefacientes o que la sustancia tenía esa finalidad, por el contrario, la

²⁰ JAVIER IGNACIO PRIETO RODRIGUEZ, el delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español, Barcelona, Editorial Boch. 1986, pág. 221.

forma como llevaba dispuesto el alucinógeno; su actitud ante la solicitud de requisita (entregó voluntariamente las papeletas), la hora y lugar de la captura (al medio día en plena vía pública), y la falta de un arraigo familiar y social (soltero, indocumentado, reciclador, sin familiares a quienes informarles su captura) son indicativos de que es una persona adicta al consumo de estupefacientes, lo cual es lógico, si se tiene en cuenta que requiere de estos para sobrellevar su vida en la calle. En este orden es claro que la respuesta al problema de consumo del actor no es de carácter penal, pues en este caso, la sanción no cumple con los fines para los que fue establecida, dadas las condiciones subjetivas del sentenciado.

En virtud de lo anterior, observa la Sala, que el Juez de Conocimiento para adoptar su decisión se apartó del contexto real de los hechos y de la situación particular del ciudadano aprehendido para sólo tomar su decisión con base en aspectos de política criminal, tales como la cantidad de droga incautada y en la prohibición del consumo de estupefacientes como política de nuestro país en la lucha contra el tráfico de estupefacientes. Estos factores sin dejar de ser relevantes, no se compadecen con los criterios jurisprudenciales vigentes, ni mucho menos tienen capacidad vinculante para adoptar una decisión en casos como el presente, donde estamos frente a una persona que por razón de su abandono social y familiar, se convirtió en un consumidor de estupefacientes, cuyos efectos aminoran la realidad de vivir en la calle, sin un techo, sin comida, sin afecto y sin los demás elementos que permiten dignificar a un ser humano.

Ante este panorama, no existe duda alguna que el señor Galeano Isaza ostenta la calidad de consumidor y muy posiblemente también la de adicto o drogodependiente, lo cual es compatible con su situación de habitante de calle, y que requiere por parte del Estado no una sanción penal, sino un tratamiento para su rehabilitación y reinserción social, a fin

de combatir su dependencia a los estupefacientes. En gracia a la discusión, lo incautado no puede clasificarse como una cantidad industrial o descomunal, aunque al *A quo* le parezca exuberante, tenemos que comprender que es la dosis habitual de un consumidor, que tiene que hacer uso continuo de ella, según consta en la prueba allegada por vía de estipulación, de donde se desprende con facilidad que su destino era su consumo exclusivo, lo cual torna en atípica su conducta.

Sobre el particular, constituye un acto sumamente reprochable el actuar del fallador, pues no se explica la Sala como plasma todo un argumento sofisticado en la sentencia, para no reconocer la calidad de adicto del señor IVÁN DARÍO, ni que el estupefaciente era de aprovisionamiento para su consumo posterior; cuando desde un principio, no efectuó oposición alguna a las estipulaciones realizadas entre las partes sobre la calidad de consumidor y de marginal del acusado, ni tampoco justifica porque estas no le merecen credibilidad o porque no las tendrá en cuenta. En pocas palabras, es abiertamente contradictorio todo lo expuesto en la sentencia frente a la aceptación de las mencionadas estipulaciones por el mismo juez.

Y es que no tiene presentación que se alleguen a la carpeta entrevistas, documentos y otros elementos que dan cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio la conducta objetivamente atípica del acusado, y luego en la sentencia se le atribuya un valor diverso del allí plasmado; obvio que una cosa es lo que uno como intérprete del derecho pueda sostener y otra lo que los precedentes, la legislación y la misma Constitución imponen, desconocerlos para imponer una particular visión jurídica y con ello condenar y privar de la libertad a un inocente, nos parece una conducta abiertamente contraria a los postulados mínimos que éticamente un juez debe desarrollar en su labor como administrador de justicia, que en casos similares a este ha merecido una sanción disciplinaria por desconocimiento del precedente judicial existente.

En conclusión, para la Sala, a diferencia de lo expuesto por el juez de primer grado, está debidamente justificada la conducta del procesado de llevar consigo el alijo incautado, el cual está destinado a su consumo personal y consecuente provisión, máxime si como afirmó en la entrevista allegada, esa cantidad es para solventar su adicción por varios días. En consecuencia, es equivocada la apreciación del funcionario de instancia en ese punto. Que se debía probar la actividad lícita del imputado y que, al no hacerlo, opera en contra del mismo imputado es una afirmación absurda y repugna con el principio universal de presunción de inocencia, a más que la entrevista que sustentan la estipulación demuestra lo contrario.

Recuérdese además, como criterio democrático y principio rector, dentro de los derechos de defensa, artículo 8 del C.P.P., y, en consecuencia, el acusado no puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo, ni tampoco a auto-incriminarse, y, que se utilice el silencio en su contra, exigir cualquier carga adicional al imputado o a la defensa que si no se hace se convierte en argumento en su contra es derruir todo un sistema de garantías democráticas y procesales a los ciudadanos, es increíble la conclusión que se da en este caso, que se le condena no porque sea responsable penalmente, sino porque no probó su inocencia. Criticamos la manera como se construyeron los indicios de responsabilidad en el caso en estudio, en la jurisprudencia citada en extenso, la Corte hace un duro reproche frente a análisis valorativos similares a los aquí censurados.

Conforme con todo lo anterior, observa la Sala, que la sentencia de condena adoptada por la Juez de Conocimiento, se soporta en argumentos caprichosos e interpretaciones equivocadas de aspectos ya recogidos por la Sala de Casación Penal de una muy superada línea de pensamiento. Podemos concluir que el *A quo* incurrió en un falso juicio de identidad por

distorsión del acervo probatorio, ya que desconoció arbitrariamente los hechos que las partes dieron por ciertos, relativos a la calidad de consumidor del acusado y al destino de ingesta personal y de aprovisionamiento de lo incautado, circunstancias que imponen necesariamente la revocatoria de la sentencia de primer grado.

Obsérvese que ni la Fiscalía - y mucho menos el Juzgado- lograron acreditar probatoriamente el elemento subjetivo que reclama el tipo penal, esto es, la finalidad de comercialización o distribución, y que conforme las evidencias aportadas, se puede inferir razonablemente que el imputado ostenta la calidad de consumidor (y muy posiblemente también la de adicto), lo cual es compatible con la cantidad de droga que llevaba consigo, es claro que el tratamiento que debe recibir el señor **GALEANO ISAZA** debe ser orientado más a la rehabilitación de este, a fin de combatir su dependencia a los estupefacientes, que a la imposición de una sanción penal.

Por último advertimos que este supuesto de hecho encaja perfectamente dentro del precepto establecido en los artículos 1 y 3 de la ley 1566 de 2012, es decir, que al señor **GALEANO ISAZA** se le debe considerar como un enfermo, siendo elemental concluir que la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y la Secretaria de Bienestar Social del Municipio de Medellín, para el caso concreto son quienes están obligadas a dar el tratamiento de rigor y es por ello en este caso no solo se debe **REVOCAR** la decisión y en su lugar, **ABSOLVER** al procesado, sino que además se debe oficiar a dichas entidades, para que procedan a efectuar el tratamiento pertinente en orden a la rehabilitación del acusado.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia objeto de apelación, y en su lugar, **ABSOLVER** al señor **IVÁN DARÍO GALEANO ISAZA** del cargo formulado por la Fiscalía en su contra, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la decisión. Se levantarán todas las medidas restrictivas de sus derechos. Así mismo, se oficiará a las entidades mencionadas en el último párrafo para lo de su competencia.

SEGUNDO: Esta sentencia se notifica en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

TERCERO: Copia de esta providencia será enviada al juez de instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado

ACLARACION DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, en esta ocasión me permito exponer las razones por las cuales si bien es cierto compartó la decisión de absolver al señor **Iván Darío Galeano Isaza**, no así los argumentos utilizados por la Sala Mayoritaria para tomar tal determinación:

La dosis personal de estupefacientes en el ordenamiento jurídico penal colombiano.

La cuestión de la dosis personal de psicoactivos viene planteado desde la expedición de la Ley 30 de 1986, cuando en el numeral J de su artículo segundo la definió como:

Aquella cantidad de estupefaciente 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 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. No es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad...

Empero en el artículo 51 se estableció una serie de sanciones para el portador (multas, arrestos e internamientos en establecimientos de desintoxicación) dependiendo del grado de reincidencia y su estado de drogadicción, asumiéndose que si bien tal comportamiento no era un delito, sí se tipificaba como una contravención policial.

La Corte Constitucional abordó por primera vez el tema en la sentencia C -221 de 1994, con ocasión precisamente de una demanda de inconstitucionalidad en contra de estos dos preceptos normativos. La referida Corporación con fundamento en el principio y derecho fundamental al libre desarrollo de la

personalidad consagrado en el artículo 16 de la Carta Política, declaró constitucional la primera norma; pero inexecutable la segunda aduciendo que dicha preceptiva afectaba de manera desproporcionada la autonomía de las personas para manejar su vida de acuerdo a sus propios designios, incluido ahí el cuidado de su salud.

Según la Corte, el Derecho solo puede tener como objeto de regulación “*el comportamiento interferido*”, esto es, las acciones de una persona que afectan la órbita de otras, en tanto que lo demás, es decir, lo que tiene que ver estrictamente con el fuero interno del sujeto, solo puede quedar a la regulación de la moral. En conclusión la dosis personal tal como está definida en el literal j *idem* quedó despenalizada.

A partir de este momento, y con fundamento en el Decreto 100 de 1980 y la Ley 599 de 2000, tanto la Corte Suprema de Justicia²¹ como la Corte Constitucional²² sentaron sendas líneas jurisprudenciales pacíficas y consolidadas en el sentido de que el porte de estupefacientes en las cantidades establecidas en el literal j del artículo 2 de la Ley 30 de 1986 no constituye delito por vía de la atipicidad, o por vía de la antijuricidad cuando tales montos superan no de manera significativa esos baremos.

Así, por ejemplo, en una de las tantas sentencias, nuestra Corte de Cierre en lo Penal estableció:

En este orden de ideas, considera punible el transporte, porte, venta, adquisición, financiación o suministro, a partir de más de 1 gramo de droga estupefaciente (cocaína), pues este guarismo marca el límite de permisibilidad, si de dosis personal se trata, es decir, para consumidores, trátense de adictos o de no fármaco dependientes. Con todas las consideraciones que desde el punto de vista político criminal se pueden elaborar acerca del mercado de la cocaína, resulta evidente afirmar que las cantidades que se acercan al límite de

²¹ Sentencias 11177 de 1996, 18609 de 2005, 23609 de 2007, 28195 de 2008, 31531 de 2009 y 29183 de 2008 entre otras.

²² Por ejemplo, la sentencia C-420 de 2002

lo permitido para consumidores, se ubica en una sutil franja de lo importante a lo insignificante. Empero, si bien el legislador no le ha otorgado discrecionalidad al juez para modificar las cantidades, en orden a su punibilidad, debe tenerse en cuenta que lo dispuesto para la dosis personal marca una pauta importante para fijar la ponderación del bien jurídico en orden a su protección²³.

No obstante esto, con posterioridad, especialmente en el Gobierno Uribe, se hizo ingentes esfuerzos para penalizar la dosis personal, como una de las estrategias para atacar el narcotráfico²⁴. Así, como tal despenalización tuvo su fundamento en el libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 16 de la Carta Política, los primeros intentos buscaron modificar dicho precepto; pero como ello no fue posible, a lo último se propuso reformar el artículo 49 Constitucional que tiene que ver con el servicio de salud y el saneamiento ambiental, lo cual efectivamente se logró por medio del Acto Legislativo 02 de 2009, que adicionó dos incisos a la norma, con los cuales efectivamente se prohibió el porte y consumo de alucinógenos²⁵, a la vez que se establecieron una serie de medidas de asistencia no solo para el farmacodependiente sino también para su familia, siempre y cuando haya consentimiento de su parte.

De esta manera, el acto legislativo en principio no era para flexibilizar el porte de estupefacientes, **sino para prohibirlo** tal como reza claramente su tenor literal y ello precisamente llevó a la comunidad jurídica a pensar que la dosis personal había desaparecido en Colombia, peor aún con la expedición de la Ley 1453 de 2011, que en su artículo 11²⁶ reformó el 376 penal para, entre otras

²³ Casación 18609 de 2005

²⁴ Una buena síntesis de esto, se puede encontrar en la sentencia C-574 de 2011

²⁵ "El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos."

²⁶ "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 ochenta (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

cosas, eliminar la expresión “*salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal*” que traía dicha preceptiva en claro acatamiento de la sentencia C- 221 de 1994.

Así las cosas, en principio todo parecía indicar que la dosis personal en Colombia había sido penalizada; sin embargo, tanto la Sala de Casación Penal como la Corte Constitucional en pronunciamientos del año 2011²⁷ y del 2012²⁸ respectivamente coincidieron en dictaminar que ello no era así, explicando: 1.) que el literal j del artículo 2 de la Ley 30 de 1986 no ha sido derogado, 2.) que el artículo 16 de la Constitución Política tiene plena vigencia, 3.) que frente a la probable antinomia entre esta norma y el reformado artículo 49 también superior, que aunado al artículo 11 de la Ley 1453 de 2011 anulaban la autodeterminación de la persona, debía privilegiarse el canon que protegía el libre desarrollo de la personalidad y 4.) que a pesar de la prohibición que se estableció en el Acto Legislativo 02 de 2009 ya referido, ello no implicaba penalización sino la adopción de medidas pedagógicas y de salud pública para prevenir el consumo, pues el drogadicto se debe considerar no como un delincuente sino como un enfermo.

Ahora bien, tanto la Sala de Casación Penal como la Corte constitucional conscientes de las difíciles situaciones por las que tienen que pasar las personas farmacodependientes para proveerse de la droga a la que son adictas, desde hace varios años ya vienen flexibilizando el concepto de dosis personal, para no asumirlo con estrictez matemática en cuanto a las cuantías estipuladas en el literal j del artículo 2 de la Ley 30 de 1986, sino más bien desde una perspectiva más amplia y contextualizada para cada caso en concreto, en donde se analice la situación en particular y dependiendo de la cantidad de droga, del estado de farmacodependencia del agente y de su intención de consumo propio o de

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 droga sintética, quinientos (500) gramos de nitrato de amilo, quinientos (500) gramos de ketamina y GHB, la pena será de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de ciento veinte y cuatro (124) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

²⁷ Sentencia 35978 de 2011

²⁸ Sentencia 491 de 2012

expendio a terceros, se establezca si a pesar de que lo incautado supera lo establecido para dosis personal, ello no resulta lesivo de la salud pública, ni de otros bienes jurídicos involucrados como son la seguridad pública, el orden económico y social, la administración pública y la integridad y autonomía personales²⁹.

En esa línea, en principio las dos altas Corporaciones convergieron en establecer que de manera cierta, muchas veces las personas drogadictas por los obstáculos y peligros que les representa el conseguir la droga para su consumo o simplemente por las necesidades de su adicción, tratan de proveerse de una cantidad superior a la permitida por la ley, pero con la clara intención de tenerla para su exclusivo consumo; lo cual puede asumirse como lo que se conoció en su momento como “dosis de aprovisionamiento”.

Sin embargo, para que una tal conducta resulte impune se requería en esencia, bajo la óptica jurisprudencial de ese momento, de la reunión de tres condiciones a saber: 1.) que el portador sea una persona adicta a los estupefacientes o consumidor ocasional, 2.) que la droga portada o conservada sea para exclusivo consumo de aquel y 3.) que la misma sobrepase de una manera mínima o no importante lo establecido en la ley como dosis personal, ya que en estos casos se entiende que la acción del sujeto activo solo afecta su propio entorno y, por tanto, aquella no representa un peligro real o potencial para los bienes jurídicos protegidos por la norma.

Así lo dejó sentado la Sala de Casación Penal de la Corte:

Acerca de la denominada “dosis de aprovisionamiento”, la Corte dijo:

²⁹ Sentencia 35978 del 17 de agosto de 2011

La locución “dosis personal” de por sí fija un significado. No se trata de cantidades considerables sino de porciones mínimas destinadas al uso propio, desechándose como extraña a ésta figura el suministro a tercero, aunque sea gratuito, y, con mayor razón, su tráfico, esto es, su utilización económica. Ese consumo individualizado se enfatiza con la expresión legal de ingerir o injerir (introducir una cosa en otra), por una sola vez, la sustancia o droga pertinente. Pero esto no equivale a que la reducida cantidad destinada a ese uso tenga que aplicarse unilateralmente, de modo integrado o total. No, la ley considera que esa máxima porción, es lo que, de modo usual y por una ocasión, puede satisfacer la necesidad del drogadicto. De ahí que se entienda por “dosis personal” tanto el consumo fraccionado de la misma, cuando no se excede el volumen total que es propio a esta noción. Buscándose conservar este sentido y evitar restricciones inadecuadas (consumo de una vez de la máxima cantidad de droga considerada como dosis personal), se insinúa como más apropiada la locución “dosis de aprovisionamiento para uso personal” (Proyecto de Ley num. 13 de 1978, art. 1º. Anales del Congreso de 9 de agosto de 1978).

Pero no se quiere con ésta última expresión ni ampliar la cantidad de consumo personal ni menos dilatarlo indefinidamente en el tiempo, dando margen a la posesión de mayores cantidades de drogas o sustancias, lo cual propicia su aplicación a otros fines, distintos al consumo personal, actividades éstas verdaderamente delictuosas y sometibles a severas penas.

Tan es esto así que el aludido proyecto precisa el concepto de “dosis personal” como “la cantidad de sustancia, droga o fármaco que una persona porta para su propio consumo” y señala diez gramos para marihuana, cinco gramos para marihuana hachís y un gramo para cocaína, siempre y cuando que ésta última sea de una concentración que no exceda del 10%.

Entonces, se repite, no se pretende una fundamental diferencia entre “dosis personal” y “dosis de aprovisionamiento para uso personal”, ni menos se busca su aplicación a situaciones distintas y encontradas. Refiérense ambas a la misma cuestión y suscitan un idéntico tratamiento del tema. La segunda locución procura evitar interpretación que se utilizan en parte y en parte se reservan para intensificar, prolongar o repetir su inicial aplicación o uso.

En definitiva las dos expresiones se refieren a un porte destinado al consumo personal, directo, de escasa cantidad y ajeno por completo a propósito de suministrarla a terceros gratuitamente, por dinero o cualquier otra utilidad.³⁰ (negrillas fuera de texto)

Y lo reiteró en el año 2009:

Bien puede afirmarse que al concepto de dosis personal se liga el de “aprovisionamiento”, el cual se evidencia en dependientes (habituales, disfuncionales, destructivos) o experimentadores y ocasionales³¹ apenas en proceso de iniciación en ese mundo, a quienes como “consumidores hormiga” se les sorprende llevando consigo marihuana, cocaína (derivados) o cualquier otra droga que produzca dependencia física, psíquica y fenómenos de tolerancia, **en cantidades escasas que sobrepasen los topes legalmente permitidos**, eventos

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Sentencia* del 6 de mayo de 1980, M. P., Dr. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ.

³¹ El principio de impunidad del consumidor implica defender la no incriminación de todas las conductas relacionadas con la droga, no sólo la tenencia o posesión, que tengan como exclusivo objeto el autoconsumo de la misma por el agente. (...) La impunidad no alcanza sólo al toxicómano o adicto a la droga, que v.gr., cultiva o posea droga para su consumo, sino también al consumidor ocasional, es decir, al que no presenta dependencia ni física ni psíquica y consume esporádicamente droga. La no exigibilidad de responsabilidad criminal en estos casos deriva de la falta de tipicidad del consumo, como acto final o fin objetivo en sí mismo considerado. JAVIER IGNACIO PRIETO RODRÍGUEZ, *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*, Barcelona, Editorial Bosch, 1986, página 221.

en los que antes que producir un daño o peligro de menoscabo al bien jurídico socio colectivo de la salud pública de que trata el Título XIII de la Ley 599 de 2000, lo que se pone de presente es un comportamiento “auto-destructivo” o de “auto-lesión” el cual incumbe los ámbitos exclusivos de la libertad de esa persona, es decir, a un fenómeno singular carente de antijuridicidad material (ausencia de lesividad) y que, por ende, no es punible.³² (negritas fuera de texto).

Este desarrollo hermenéutico de la Sala de Casación Penal fue avalado en un todo por la Corte Constitucional en sede de constitucionalidad:

26. En armonía con el anterior planteamiento, a efecto de definir el objeto normativo sobre el cual emitirá su pronunciamiento, esta Corte prohijará la interpretación efectuada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en relación con el artículo 376 del Código Penal, en la versión modificada por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2001, según la cual:

“A pesar de la reforma constitucional a través del Acto Legislativo 02 de 2009 y de la modificación del artículo 376 del Código Penal mediante el artículo 11 de la Ley de Seguridad Ciudadana, es posible tener por impunes las conductas de los individuos dirigidas al consumo de estupefacientes en las dosis fijadas en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, o **en cantidades ligeramente superiores a esos topes**, esto último de acuerdo con el desarrollo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema..³³ (negritas fuera de texto)

Teniendo claro, entonces, que en nuestro actual ordenamiento jurídico, en razón de la clara posición jurisprudencial de las Cortes de Cierre en lo Penal y lo Constitucional, son categorías válidas la de dosis personal y la de dosis de aprovisionamiento, el problema en un momento fue el de determinar cuál era la cantidad tolerada como esta última, ya que la jurisprudencia no tenía un referente exacto al respecto, limitándose a explicar que cada caso en particular se había de analizar dentro de su contexto para determinar si la porción de droga portada era afectatoria de la salud pública y de los demás bienes jurídicos protegidos con el artículo 376 penal.

Para esos momentos cuando los dos Tribunales hablaron de dosis de aprovisionamiento siempre lo hicieron en relación a cantidades que superaban de manera mínima lo establecido como dosis personal, pues lo contrario

³² Sentencia 31531 del 8 de julio de 2009

³³ Sentencia C-491 de 2012. En similar sentido véase la C- 574 de 2011

implicaba una presunción *iuris et de iure* de antijuricidad material al considerarse el delito en comento como uno de peligro abstracto³⁴.

No obstante, la posición de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha venido flexibilizando, al punto que para el año 2014 hizo un importante giro jurisprudencial en el sentido de que la presunción de antijuricidad por portar dosis de estupefacientes superiores a la personal no implicaba una presunción de derecho, sino una legal, que por tanto admitía prueba en contra:

Así las cosas, el porte de estupefacientes en una cantidad superior a la establecida legalmente como dosis de uso personal, es una conducta típica que se presume antijurídica. Sin embargo, como quiera que tal presunción ostenta carácter *iuris tantum*, la prueba de que su destino es el consumo estrictamente personal sin que apareje interferencia en derechos ajenos (orden socio-económico o la seguridad pública), desvirtúa tal suposición legal y, por ende, excluye la responsabilidad penal. En consecuencia, la cantidad de estupefaciente que se lleve consigo no es el único elemento definitorio de la antijuricidad, sino sólo uno más de los que habrán de valorar los juzgadores a fin de determinar la licitud de la finalidad del porte.³⁵

Actualmente, en lo que se puede decir es la última posición de la Corte, la alta Corporación desde el año 2016 ha establecido que como el problema con el porte de estupefacientes por parte de drogadictos o consumidores no es uno de política criminal, sino de salud pública, en tanto no se está tratando con delincuentes sino con enfermos, a la luz del Acto Legislativo 02 de 2009, modificadorio el artículo 49 constitucional, y que en últimas despenalizó el consumo de sustancias psicotrópicas, la cuestión se debe analizar en sede de tipicidad y no de antijuricidad, creando para ello un ingrediente subjetivo al tipo penal del artículo 376 del C. P., bajo el entendido que no tiene relevancia penal el porte si tal conducta no está acompañada de la intención de tráfico o por lo menos de expendio gratuito:

³⁴ La Corte en el proceso 31531 de 2009 absolvió al procesado porque lo llevado consigo eran 1.3 gramos de cocaína, lo mismo que sucedió en el radicado 29183 de 2008 al demostrarse que lo portado era 29 gramos de marihuana; pero condenó en los procesos 23609 de 2007 y 35978 de 2011 porque lo portado fueron 5 gramos de cocaína y 79.9 gramos de marihuana respectivamente.

³⁵ C.S.J. Rad. 42617 del 12 de noviembre de 2014

Para solucionar el presente asunto en el que YESID ALEXANDER ARIAS PINTO, como adicto a sustancias estupefacientes, quien cumplía con el servicio militar y se aprestaba a salir del batallón para realizar patrullajes, llevaba consigo 50.2 gramos de marihuana, superando así más del doble la considerada como dosis personal, la Corte considera que ha de ser resuelto dogmáticamente en el ámbito de la tipicidad y no en el de la antijuridicidad, pues 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, en los términos que se explican en esta providencia.³⁶

Pero la Corte va mucho más allá y partiendo de estas dos últimas posturas, modificó las cargas de la prueba en el proceso, como quiera que estableció que para que la pretensión punitiva de la Fiscalía prospere es en absoluto necesario que esta no solo demuestre, en consecuencia, que el acusado portaba droga en cantidad superior a la permitida por la ley, sino que tal acción tenía como fin el de tráfico oneroso o gratuito, para con ello poder generar la certeza en el juez de que efectivamente la conducta es típica. Es decir, por vía jurisprudencial la Corte le creó al artículo 376 del C.P. un elemento normativo subjetivo.

Al respecto de todo esto, es importante señalar por parte del suscrito que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia vertida en la sentencia 42617 del 12 de noviembre de 2014, constituyó un afortunado avance en el tratamiento penal del porte de estupefacientes, cuando estableció que la presunción de antijuridicidad de tal conducta, anclada en el desbordamiento de lo establecido legalmente como dosis personal, ahora era legal y no derecho, lo que de suyo implicaba que cuando se verifique que dicho porte se hace con fines exclusivos de consumo, así se sobrepase -eso sí de manera razonable- la cantidad permitida por la ley, sea una conducta típica, como debe serlo, pero no antijurídica, bajo el entendido que no es una acción que afecte bienes jurídicos tutelados de terceros o de la sociedad misma.

³⁶ C.S.J. Rad. 41760 del 9 de marzo de 2016. Esta misma posición en Rad. 43725 del 15 de marzo de 2017

Sin embargo, la posterior evolución jurisprudencial, esto es, que el problema del porte de estupefacientes ya no era un problema de antijuricidad sino de tipicidad anclado en la creación del elemento subjetivo del tipo “*con fines de tráfico*”, con la consecuente subregla de que la demostración de tal aspecto le corresponde a la Fiscalía General de la Nación, realmente resulta no solo problemática para la dogmática del delito en cuestión, sino para el régimen probatorio establecido en nuestro sistema procesal penal y que se guía, entre otros, por los principios generales -de pacífica aceptación universal- de presunción de inocencia y de la carga de la prueba en los sistemas acusatorios.

En efecto, el artículo 376 del C. P., por expreso mandato del legislador, pune varias conductas alternativas, pero autónomas que tienen que ver no solo con el tráfico, sino con la fabricación o el simple porte de estupefacientes, así en dicha norma se prohíbe: introducir al país, transportar, almacenar, conservar, elaborar, vender, ofrecer, adquirir, financiar, suministrar e incluso el simple llevar consigo sustancias estupefacientes sin permiso de autoridad competente.

De lo anterior se puede colegir claramente que el solo portar alucinógenos en cantidades que sobrepasen los baremos legales de dosis personal, es efectivamente una acción típica, sin que para tal configuración el legislador exija un ingrediente subjetivo del tipo especial, como por ejemplo el portar con intención de vender o suministrar. No, en este caso por disposición de la propia ley, el dolo exigido es el conocimiento del agente de la ilicitud de portar droga por encima de lo permitido por la ley y su voluntad de hacerlo, porque vuelve y se insiste, el llevar consigo es una conducta alternativa, autónoma prevista en la norma en comento, sin que resulte cierto que el Acto Legislativo 02 de 2009 despenalizó la dosis personal, como lo hace ver la Corte, porque realmente ni esa fue la intención del constituyente ni del texto de dicha norma se puede colegir tal cosa como bien lo comprendido la Corte Constitucional tal como ya se analizó en párrafos precedentes.

De esta simple hermenéutica del referido artículo 376 se pueden extractar varias premisas a manera de conclusiones: 1.) el portar estupefacientes, sin importar la cantidad, para traficarlos en cualquiera de sus modalidades es siempre punible, 2.) portar estupefacientes dentro de los límites de lo que se conoce como dosis personal con fines de consumo, es una conducta atípica, 3.) portar estupefacientes en cantidad que desborde de manera poco significativa o importante lo establecido como dosis personal, con fines de consumo es una conducta típica, pero no antijurídica materialmente, 4.) portar estupefacientes que superen de manera significativa lo establecido como dosis personal, es una conducta típica, pero además que se presume antijurídica, solo que esta presunción por ser *iuris tantum*, admite prueba en contrario; esto es, que si se verifica que la conducta tenía como única finalidad el aprovisionamiento del propio agente, la conducta debe quedar impune, en tanto se entiende que no afecta los bienes jurídicos protegidos por la norma penal en cuestión y 5.) Llevar consigo estupefacientes que sobrepasen de manera exorbitante lo permitido como dosis personal, es una conducta típica y antijurídica.

Ahora bien, las anteriores conclusiones no son de cosecha de quien hoy aclara el voto, sino simplemente la síntesis jurisprudencial de las líneas establecidas por la Corte Constitucional y por la anterior postura de la Corte Suprema de Justicia de cuyos fallos se colige que jamás se ha despenalizado el porte como tal, bajo el entendido que el delito tipificado en el artículo 376 penal, es uno de peligro abstracto, por lo que la antijuricidad se materializa no únicamente con la afectación real y efectiva de los bienes jurídicos que protege la norma, sino con su potencial puesta en peligro. Esto lo tiene muy claro la Corte Constitucional y hasta no hace mucho tiempo también lo tenía la Corte Suprema, pues es una realidad insoslayable que desafortunadamente el micro tráfico de estupefacientes se nutre en buena parte de los propios consumidores que se convierten en expendedores para financiar su adicción y por eso el solo hecho

de portar estupefacientes en cantidades significativas es también una conducta criminalizada por nuestro ordenamiento jurídico.

En consecuencia, si el artículo 376 penal, entre otras conductas, tipifica como delito el solo hecho de portar estupefacientes, la Fiscalía cumple con su cometido, para efectos de la tipicidad, cuando demuestra simplemente tal cuestión. Exigirle que pruebe a más de ello, que el porte era con fines de tráfico es crear una nueva conducta penal dentro del tipo, lo cual resulta inadmisibles desde el punto de vista dogmático, pero sobre todo desde la óptica de división de poderes dentro de un Estado Constitucional de Derecho como se precia de serlo el nuestro, en donde la criminalización de conductas le corresponde con exclusividad al poder legislativo, ello obviamente sin contar con que adicionalmente se afecta de manera dramática el principio de cargas probatorias dentro de un sistema acusatorio, porque en últimas se obliga indebidamente a la Fiscalía a hacerle el trabajo a la defensa, que era a quien le correspondía desvirtuar la presunción de antijuricidad, en el sentido de que el porte de estupefacientes, así sea por encima de la dosis personal, era para consumo propio.

En efecto, principio basilar de nuestro modelo de justicia penal es la presunción de inocencia, lo que implica que a la Fiscalía General de la Nación le corresponde probar con certeza la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad de la conducta y ello no tiene discusión. Para el caso exclusivamente del porte de estupefacientes, en consecuencia, a efectos de demostrar la tipicidad, al Ente Instructor le corresponderá únicamente demostrar que el agente llevaba consigo la droga, y para la culpabilidad, bastará que acredite la imputabilidad de dicho sujeto y que la acción le era exigible

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el aspecto de la antijuricidad, la cuestión es más compleja, por cuanto al operar una presunción legal de antijuricidad por tratarse de un delito de peligro abstracto se pueden presentar las siguientes situaciones:

1.) Que esté demostrado el porte; pero que la cantidad de droga este por debajo de la dosis personal. En este caso la conducta es atípica y para buscar una condena la Fiscalía tendría que demostrar otro de los verbos alternativos del artículo 376 penal.

2.) Que la cantidad de estupefaciente llevado por el agente supere ligeramente la dosis personal. En este caso la conducta es típica, pero no antijurídica, por lo que para buscar una condena la Fiscalía tendría nuevamente que probar que la acción del implicado si afecta los bienes jurídicos tutelados por el art. 376 a través de la demostración de otra de las conductas previstas en esta norma especialmente las que tienen que ver con fabricación o tráfico.

3.) Que el estupefaciente portado supere de manera razonable lo previsto para dosis personal, pero no de una manera desbordada. En este caso, la conducta es típica y si bien es cierto opera la presunción de su antijuricidad, esta tiene que estar respaldada por un contexto circunstancial que indique, sin lugar a dudas, que el estupefaciente llevado consigo por el agente tenía una finalidad diferente al consumo. Aquí es importante advertirlo, en principio, la carga de la prueba para desvirtuar la presunción de antijuricidad le corresponde a la defensa como quiera que es en contra de ella que se erige la misma; sin embargo, no se puede soslayar que como es deber de la Fiscalía demostrar más allá de cualquier duda razonable todos los elementos del delito, incluida por supuesto la antijuricidad, el papel de la Fiscalía, si va en pos de una sentencia condenatoria, no puede ser del todo pasiva, pues es importante que acopie otros elementos de convicción

que refuerzan la certeza de que la conducta del procesado pudo afectar los bienes jurídicos tutelados por la norma, bajo el entendido de que cualquier duda que nazca sobre esta precisa cuestión de la antijuricidad, que ahora admite prueba en contrario, debe ser resuelta a favor del procesado y,

4.) Cuando el porte de estupefacientes supere de manera desbordada lo permitido por la ley, obviamente la conducta es típica y su antijuricidad se fortalece de manera directamente proporcional a la cantidad de la droga incautada, de tal manera que la labor de la defensa en estos casos tiene que ser muy dinámica, al punto que habrá casos en donde sea de tal entidad la cantidad de estupefaciente que el agente llevaba o transportaba consigo, que la presunción referida opere casi a plenitud, por lo que el papel de la Fiscalía casi que se deberá limitar a demostrar el porte para con ello concluir la antijuricidad de la conducta.

De otra parte, también es importante advertirlo, no hay topes aritméticos respecto de los cuales el juez, la Fiscalía o la defensa puedan hacer cálculos exactos de cuándo estamos en presencia de uno u otro caso, pues cada uno de ellos tendrá sus propias peculiaridades, su contexto socio histórico y solo la sindéresis del juez y de las partes podrán permitir llegar a decisiones no solo legales sino justas.

A juicio de la Sala, son estos los criterios que se deben tener en cuenta al momento de determinar la responsabilidad penal de una persona que porta estupefacientes, en donde se debe hacer énfasis que únicamente en casos límites, en donde la cantidad de droga resulte problemática para demostrar por sí misma la antijuricidad de la conducta, es que se le puede exigir a la Fiscalía no que pruebe un delito inexistente en nuestro ordenamiento jurídico como el de *“portar con fines de tráfico”*, que muchas veces implicara una prueba diabólica o

imposible para el Ente Acusador, pues el hecho la más de las veces se circunscribe a sorprender a una persona llevando consigo drogas en cantidades importantes sin que obviamente no haya ningún dato de tráfico, sino el de probar otra conducta alternativa del artículo 376 que de entrada asegure la responsabilidad penal desde la propia sede de la tipicidad.

En síntesis, la dosis personal se sigue manteniendo en nuestro ordenamiento jurídico por lo cual, cuando se trate de casos en donde se juzgue a una persona porque fue sorprendida llevando consigo estupefacientes en cantidades superiores a las autorizadas por la ley, la tipicidad de la conducta en principio se debe dar por demostrada, centrándose el análisis es, en determinar si la misma afectó o tuvo la potencialidad de afectar los bienes jurídicos protegidos por el artículo 376 penal, en donde el papel activo de la defensa es directamente proporcional a la cantidad de droga incautada, si se tiene en cuenta que en este delito, por ser de peligro abstracto, hay una presunción legal de antijuricidad.

La solución propuesta, considera la Sala, no solo es la que mejor consulta la dogmática penal del delito en análisis, sino que también respeta el régimen probatorio de nuestro modelo de justicia penal, pues se pone las cosas en su justo sitio: portar drogas por encima de los topes establecidos en la ley es una conducta típica, que dependiendo de la cantidad de droga incautada se puede presumir antijurídica; pero tal cuestión puede ser desvirtuada por la defensa, como debe ser, cuando se demuestre que tal porte era para fines exclusivos de consumo del agente.

Caso concreto.

Descendiendo que al caso *sub examine*, el cual debe ser estudiado con sujeción al análisis que se hizo en párrafos anteriores en punto a la antijuricidad

material de la conducta de porte de estupefacientes, no le queda duda al suscrito que nos encontramos frente al tercer evento citado, esto es:

3.) Que el estupefaciente portado supere de manera razonable lo previsto para dosis personal, pero no de una manera desbordada.

Ello por cuanto claramente al señor **Iván Darío Galeano Isaza** se le halló en poder de 9 gramos de cocaína que se encontraban distribuidos en 60 papeletas las cuales sacó del bolsillo de su pantalón derecho, es decir, cantidad que si bien supera el límite establecido como dosis mínima para dicha sustancia, lo cual hace que tal conducta sea típica, la misma no constituye un monto desmedido ni desmesurado, por lo que entonces el problema de la responsabilidad se aloja en sede de antijuricidad.

En efecto, en principio la cantidad de alucinógenos incautados al acusado indican que hay una presunción de antijuricidad en su actuar, dado el peligro abstracto que representa esta acción; lo que implicaría que es a la defensa a quien le corresponde desvirtuarla; empero, precisamente en razón de esa exigua cantidad, para el caso de marras si es deber de la Fiscalía no contentarse con demostrar el simple porte, sino que tal droga era para tráfico oneroso o gratuito, por cuanto si nos atenemos a lo primero, esto es el simple llevar consigo el estupefaciente, quedaría una duda sustancial sobre la antijuricidad que necesariamente tiene que resolverse a favor del procesado.

En el juicio oral se estipuló la prueba en su totalidad, esto es, la plena identidad del acusado, la calidad, cantidad y mismidad de la sustancia incautada, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que operó la captura del enjuiciado y su condición de marginalidad pues se trata de un habitante en situación de calle.

Ahora, conforme al informe de policía de vigilancia, la captura se dio a eso de las 10:50 horas del 23 de febrero de 2017, en la calle 72 con carrera 46, en vía pública del barrio Manrique, por cuanto al notar que el acusado asumió una actitud nerviosa los policiales procedieron a realizarle un registro personal, sin embargo aquel voluntariamente sacó del bolsillo de su pantalón, 60 papeletas que contenía la sustancia incautada.

Analizando el caso en concreto, le correspondía a la Fiscalía demostrar más allá de cualquier duda razonable que los alcaloides eran efectivamente para tráfico y con ello que el accionar del acusado si afectó o puso en peligro potencial el bien jurídico de la salud pública, sin embargo, en este caso la actividad del Ente Acusador fue pasiva, pues pese a que sabía que la cantidad portada no era grande y que con ello se podía generar dudas sobre su antijuricidad si se tiene en cuenta que el procesado, como se acreditó a través de las estipulaciones se encuentra en condición de marginalidad por ser habitante en situación de calle, no logró acreditar que los estupefacientes portados tenían un fin diferente a su propio consumo. De hecho nótese que no se hizo referencia alguna a que se encontrara suministrando o expendiendo el alcaloide, sino que se encontraba solo.

Entonces, resultaba de trascendencia que la Fiscalía acopiara otros elementos de convicción que acreditaran que la conducta del procesado pudo afectar los bienes jurídicos tutelados por la norma, bajo el entendido de que lo portado era para su distribución y jamás para su exclusivo consumo.

Y es que, aunque es cierto que los estupefacientes le fueron encontrados repartidos en pequeñas dosis, no lo es menos que no se le halló, al momento de su captura, otras situaciones indicadoras de venta, como por ejemplo dinero;

en consecuencia, de esa circunstancia de ninguna manera se puede inferir con certeza que el acusado estaba traficando con los alcaloides.

Así, para la Sala es claro que estamos en presencia de una conducta típica; pero también lo es que hay gran incertidumbre acerca de la antijuricidad de la misma si se tiene en cuenta que lo único que probó la Fiscalía es la exigua cantidad de droga, por encima de la dosis permitida legalmente, que el acusado llevaba consigo.

Siendo de este talante la cuestión, la Sala no tiene otra alternativa que revocar la sentencia de primera instancia al evidenciarse la presencia de una duda razonable sobre la antijuricidad de la conducta del procesado la cual no fue debidamente esclarecida por la Fiscalía.”

En estos términos dejo sentado mi disentimiento.

Fecha ut supra

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado