

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ
Magistrado Ponente

SP11726-2014

Radicación No. 33409
(Aprobado acta No. 288)

Bogotá, D. C., tres (3) de septiembre de dos mil catorce (2014).

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del acusado **EDGAR ALFONSO MORENO MORENO**, contra la sentencia anticipada de segunda instancia por cuyo medio el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, lo condenó como autor penalmente responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

ANTECEDENTES

1.- La cuestión fáctica –*ocurrida en Bogotá*–, a que se contrae la actuación, fue reseñada por el Tribunal de la manera siguiente:

El 2 de marzo de 2009 aproximadamente a las 8 y 40 de la mañana, ÉDGAR ALFONSO MORENO MORENO fue capturado en la carrera 8ª con calle 14 de esta ciudad por llevar 2,2 gramos de cocaína y 51.8 gramos de marihuana en una bolsa plástica oculta en la pretina del pantalón.

2.- El 3 de marzo de 2009 la Fiscalía presentó el caso ante la Juez 64 Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bogotá, en audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de la imputación en contra del indiciado EDGAR ALFONSO MORENO MORENO y solicitud de medida de aseguramiento.

La imputación se efectuó por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad <<*portar o llevar consigo*>>, descrito y sancionado en el artículo 376, inciso 2º del Código Penal, con la modificación punitiva de que trata el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, cuyos cargos fueron aceptados por el implicado con la asistencia y en presencia

de su defensora. El juez verificó la legalidad de las actuaciones de la fiscalía y que el imputado aceptó los cargos de manera libre, consciente, voluntaria, sin presión ni apremio de ninguna índole, debidamente informado, asesorado por su defensora pública, y sin que se advirtiera la violación de sus derechos fundamentales, después de lo cual declaró legalmente formulada la imputación y la remisión de lo actuado al funcionario competente para la emisión de la sentencia correspondiente, no sin antes disponer la libertad inmediata del indiciado, toda vez que la Fiscalía desistió de la solicitud de imposición de medida de aseguramiento.

3.- En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 293 del estatuto procesal penal (Ley 906 de 2004), el caso fue llevado ante el Juez de conocimiento (Séptimo Penal del Circuito de Bogotá), para la individualización de la pena y el proferimiento de la sentencia.

En audiencia celebrada el 17 de abril de 2009, dicha autoridad, después de verificar que el allanamiento de los cargos endilgados por la Fiscalía obedeció a una decisión informada, consciente, libre y espontánea del imputado, bajo el asesoramiento de la defensa, decidió impartir aceptación al allanamiento.

Sobre el particular indicó el Ad quem:

Constancia del Estrado. En relación con el registro del medio magnético que desde el récord 27:24 y hasta el 32, determina el allanamiento a cargos, aceptación libre, voluntaria y espontánea, con explicación clara de límites, alcances y consecuencias de la figura de terminación premial y por ello preservar garantías constitucionales y legales en el trámite para MORENO MORENO, lo cual posibilita dar alcance al contenido inmediato del artículo 447, merced al bien jurídico protegido que no amerita intervención de víctima propiamente tal.

4.- El 17 de abril de 2009, el Juzgado condenó a EDGAR ALFONSO MORENO MORENO, a las penas principales de treinta y nueve (39) meses y seis (6) días de prisión, y multa en cuantía de 4.48 salarios mínimos legales mensuales vigentes <<los que se amortizan en siete (7) días DE TRABAJO SOCIAL>>, al tiempo que no le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria, a consecuencia de hallarlo autor penalmente responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (definido por el artículo 376, inciso segundo, del Código Penal, con los incrementos punitivos establecidos en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004).

5.- Contra este fallo la defensa recurrió en apelación, tras mostrar inconformidad con el quantum punitivo a partir del cual se individualizó la pena, pues, según argumentó, el Juez de Garantías advirtió que se le impondría la pena mínima de 64 meses de prisión y pese a ello en la sentencia se fijó en 70 meses.

Discutió, asimismo, el porcentaje de rebaja por allanamiento a cargos, toda vez que el juzgador no concedió

el máximo del 50% sino que aplicó el 44% argumentando que fue capturado en situación de flagrancia, y que debido a la contundencia de la evidencia recaudada, aun si no aceptara cargos, de todos modos la sentencia habría de ser condenatoria.

Con fundamento en lo anterior, solicitó la imposición de la pena mínima para su asistido, reconocerle la rebaja del 50% por allanarse a cargos en la audiencia de formulación de imputación y suspenderle condicionalmente la ejecución de la pena, pero el Tribunal, mediante pronunciamiento de 17 de septiembre de 2009, que ahora la defensa impugna en casación, accedió parcialmente a las pretensiones del recurrente, y decidió, en consecuencia, individualizar la pena privativa de la libertad a partir de 68 meses de prisión, la que a su vez rebajó en el 50%.

No le concedió, sin embargo, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pues aunque advirtió el cumplimiento del presupuesto objetivo, no aconteció igual con el de índole subjetiva.

Estimó al respecto que si bien *<<no obra prueba en el expediente que demuestre que el procesado es consumidor de las sustancias estupefacientes que portaba y en caso de ser cierto, esto no excluye que los alucinógenos no tuvieran como fin su comercialización, pues recuérdese que los dos superan en más del doble la dosis personal y la cocaína hallada no estaba guardada en un solo contenedor sino*

empacada en 10 papeletas, de lo que se desprende que estaban destinados a su enajenación>>.

Añadió que <<la conducta punible realizada deja ver que el autor es una persona carente de escrúpulos y evidencia una gran deficiencia de valores y principios necesarios para la convivencia pacífica y las relaciones armoniosas con la sociedad que deben estar caracterizadas por el respeto de los derechos ajenos o colectivos como la salud pública para no anteponer intereses privados indebidos como el egoísmo y la avidez de dinero>>.

Decidió, en consecuencia, después de algunas otras consideraciones, modificar el fallo de primera instancia *<<en el sentido de condenar a EDGAR ALFONSO MORENO MORENO a 34 meses de prisión y 1,45 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa por tráfico de estupefaciente>>* y confirmarlo en lo demás, al resolver la impugnación interpuesta.

6.- Contra la sentencia de segunda instancia, el defensor del acusado EDGAR ALFONSO MORENO MORENO, oportunamente interpuso recurso extraordinario de casación, mediante la presentación de la correspondiente demanda¹, la cual fue admitida por la Corte².

LA DEMANDA

¹Fls. 42 y ss. Cno. Trib.

²Fls. 18 y ss. Cno. Corte.

Después de resumir los hechos e identificar las partes intervinientes en el trámite y la sentencia materia de impugnación, así como de hacer un relato de lo actuado en las instancias, manifiesta que le asiste interés jurídico para acudir a la casación, toda vez que la conducta que realmente cometió su representado, *<<al portar para el propio consumo (insular o acompañado) las dosis de marihuana y cocaína (51.8 y 2.2. gramos, respectivamente) no puso siquiera en peligro el interés jurídicamente protegido: la salud pública, encarándose entonces una ausencia de antijuridicidad material o falta de lesividad que, de cara a la Constitución Nacional y a la ley, obligaba a ABSOLVER>>*.

Sostiene que en ese sentido de exclusión de responsabilidad, la Corte ha venido pronunciándose en varias decisiones que menciona, y agrega que en una de ellas varió la jurisprudencia frente a lo que se puede alegar por el demandante o decidir oficiosamente en relación con las sentencias anticipadas, acordadas o producto de allanamiento a cargos, de modo que si se soslayó el derecho sustancial, también es viable alegarlo en casación, bien en la demanda, o de oficio en el respectivo fallo de mérito.

Seguidamente, con apoyo en las causales primera y tercera, dos cargos postula el recurrente contra la sentencia del Tribunal.

En el **primer cargo**, formulado como principal al amparo de la causal primera, de las previstas por el artículo 181 del

Código de Procedimiento Penal, el casacionista denuncia que el Tribunal incurrió en violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 376, inciso 2º, del Código Penal, a la cual arribó debido a un mal entendimiento del principio de antijuridicidad material previsto en el artículo 11 ejusdem; yerro que, de no haber ocurrido, habría dado lugar a la absolución de su asistido.

Sostiene que su representado portaba 2.2 gramos de cocaína y 51.8 gramos de marihuana, *<<EXCLUSIVAMENTE para consumirla, bien solo, ora acompañado de otras personas como él adictas, evento en el cual se afectaría sólo la “salud individual” y no la “pública”, entendida ésta como la que excede el ámbito del propio consumidor o de los coadictos con los cuales comparte el consumo>>*.

Considera que en el fondo, esa inocencia de su representado por no afectación de la salud pública, *<<la sostuvo la fiscalía desde la primera audiencia en que se legalizaron la aprehensión del indiciado y de la sustancia>>*, y seguidamente transcribe la manifestación de la Fiscalía de desistir de la solicitud de imposición de medida de aseguramiento en contra del imputado.

Asimismo estima equivocado el razonamiento del Tribunal, al sostener que el acusado llevaba una cantidad superior a la denominada dosis de aprovisionamiento aludida por la defensa, y que la misma tenía un destino diverso, por lo que

no era posible imponer el mínimo de la sanción establecida en la ley.

Concluye entonces que el sentenciador entendió erradamente que por el solo hecho de exceder la dosis personal, la sustancia que el acusado llevaba consigo tenía como objeto el tráfico y por ende ponía en peligro la salud pública, lo cual, a su modo de ver, no resulta jurídicamente valedero.

De este modo, si no hubo afectación al bien jurídicamente tutelado, no existe conducta punible, y ello obliga a absolver al acusado, *<<pues mi poderdante al portar el estupefaciente para su CONSUMO desarrollaba “una actividad lícita”, en el sentido de que no lesionó ni puso en peligro ningún bien jurídicamente tutelado por la ley penal>>*, razón por la cual solicita a la Corte casar el fallo ameritado y en su lugar, absolver a su representado de los cargos que le fueron formulados.

En relación con el **segundo cargo**, subsidiario del primero y postulado al amparo de la causal tercera, manifiesta que el Tribunal incurrió en violación indirecta de la ley sustancial, debido a error de hecho por falso juicio de existencia, que dio lugar a la falta de aplicación del artículo 63 del Código Penal, al suponer erradamente *<<que el acusado se proponía vender la sustancia que llevaba consigo, lo cual a su vez lo condujo a predicar de él peligro para la sociedad y a tener la conducta como grave, todo lo cual motivó la no concesión del mencionado sustituto penal>>*.

Afirma que el Tribunal presume en contra del acusado, que no obra prueba de la que se establezca que es consumidor de las sustancias que portaba y que, en caso de ser ello cierto, esto no excluye que los alucinógenos no tuvieran como fin su comercialización, pues las dos sustancias superan en más del doble la dosis para uso personal y además la cocaína hallada estaba distribuida en 10 papeletas, de lo cual concluyó que tenían como destino la venta.

Recuerda que el consumidor, para su exclusivo uso de aprovisionamiento, *<<es perfectamente lógico que adquiera la droga en papeletas, como es igualmente explicable –aquí con mayor facilidad– que la llevara consigo así “separada” para consumirla con otros, evento en el cual reitero que en las sentencias citadas, para sostener la falta de antijuridicidad material, la H. Sala de Casación Penal sostuvo que no existía el tráfico que ahora inventa el Tribunal>>*.

Anota que la realidad procesal, al contrario de lo aseverado por el Tribunal, muestra al acusado como un hombre todavía joven, con 39 años de edad, de estudios universitarios, que vive con su anciana madre, habla varios idiomas, y carece de antecedentes, lo que *<<movió al fiscal, en la primera audiencia preliminar, a poner de presente, además, que exhibía arraigo y que de él debía predicarse que era CONSUMIDOR o un ADICTO, a quien, por tanto, en su oportunidad debería PRECLUÍRSELE este caso>>*, y no se hizo en su momento.

Sin embargo, en la audiencia de individualización de pena, el fiscal puso de presente que, ante la presencia de sólo

circunstancias de menor peligrosidad y todos los valores humanos que ostenta, puestos de presente en la primera audiencia, el acusado merece la máxima rebaja de pena y la concesión del sustituto penal.

Con fundamento en estas y otras consideraciones orientadas hacia el mismo propósito, las cuales dice apoyar en jurisprudencia de la Sala, solicita a la Corte casar la sentencia censurada y concederle a su representado el sustituto penal de que trata el artículo 63 del Código Penal.

Audiencia de sustentación.-

En la audiencia de sustentación oral del recurso extraordinario, se presentaron las siguientes intervenciones:

1.- Del defensor del acusado, señor EDGAR ALFONSO MORENO MORENO.

El profesional del derecho que defiende los intereses del acusado, insistió en los mismos argumentos presentados en la demanda en relación con cada uno de los cargos allí formulados contra la sentencia del Tribunal, y como

consecuencia de ello reiteró su solicitud de casar el fallo ameritado.

2.- Del Fiscal Noveno Delegado ante la Corte.

2.1.- En relación con el **primer cargo** incluido en la demanda, el Fiscal Delegado manifiesta que el mismo no está llamado a prosperar.

Considera al respecto que el principio de lesividad previsto en el artículo 11 del C.P., como sistema de control que es, propende porque, además del desvalor de la conducta, es decir, lo típico, concurra el desvalor del resultado, o sea la injerencia efectiva sobre el bien jurídico al colocarlo en riesgo o al afectarlo materialmente.

Anota que en razón de ello, este principio nació como un postulado de contención al poder punitivo del Estado, pues configura un deber inevitable para las autoridades, el tener que soportar aquellos comportamientos que no conlleven o impliquen las consecuencias antijurídicas.

Por ello es que su relevancia ha de reconocerse en la apreciación judicial de tales eventos, atendiendo la

significación penal que tengan en un determinado momento histórico y social.

En el presente caso, dice, atendiendo el reparo principal del casacionista, el problema a resolver se contrae a establecer si con la conducta desplegada por el acusado se vulneró el bien jurídico de la salud pública al haber sido sorprendido con una cantidad de estupefacientes que supera ampliamente los límites conocidos como dosis personal o de aprovisionamiento, aunque la defensa no aportara prueba alguna que demostrara la condición de adicto o de consumidor del procesado.

Advierte que sobre este tema la línea jurisprudencial de la Sala, ha tenido como referente principal la sentencia C-221 de 1994, mediante la cual se declaró la inexecutable de los artículos 51 y 87 de la Ley 30 de 1986, mientras que se mantuvo el literal *j* del artículo 2º de esa misma normatividad, decisiones que implicaron la despenalización de la dosis personal de estupefacientes bajo consideraciones ya ampliamente conocidas.

No obstante, el carácter pluriofensivo del punible, ha dado lugar a una decantada jurisprudencia penal, como la vertida en la casación 35978 del 17 de agosto de 2012 que se ha consolidado bajo los siguientes parámetros:

- i). Las cantidades de estupefacientes que se porten exclusivamente para consumo dentro de los límites de dosis para uso personal, no implican antijuridicidad.
- ii). En los casos en que la droga, excediendo ligeramente aquellos límites, se siga conservando para consumo, también implican ausencia de antijuridicidad.
- iii). Si se desbordan ampliamente aquellos límites, la conducta debe ser sancionada penalmente, con independencia que su fin sea el consumo o la distribución.

Advierte que en el presente caso, el enjuiciado MORENO MORENO llevaba consigo 2 estupefacientes distintos: un alucinógeno *-marihuana-*, y un narcótico *-cocaína base o "bazuco"-*, en cantidades que superan crecidamente los límites permitidos como que van más allá del doble, pues para la primera, era del orden de 51.8 gramos, y la segunda, 2.2 gramos, conducta que por ello reviste lesividad, a lo que se suma que la defensa no demostró su condición de adicto o consumidor, porque sólo puede inferirse el fin de consumo, cuando las cantidades se encuentran dentro de las fronteras definidas como dosis personal o aprovisionamiento, o aquellas que las desbordan levemente, como lo ha previsto la jurisprudencia de esta

Sala.

Considera que el alto gramaje de los estupefacientes incautados al acusado, y las características de los mismos, por el contrario lleva a la ilación sensata que se estaban utilizando para la comercialización, caso en el cual no sería a la postre relevante la discusión sobre las cantidades en torno al aspecto de la antijuridicidad.

Argumenta que la Corte ha dicho en el fallo que viene de mencionar, que cuando alguien es sorprendido en poder de droga en una cantidad importante la cual es definida por el legislador en el artículo 376, es decir, si es ampliamente superior de lo definido como dosis personal, no es posible concluir que esté destinada al consumo, sino a cualquiera de las conductas consideradas lesivas, y por tanto objeto de sanción penal.

Argumenta que ha sido considerado que el adicto, si bien es una persona enferma, de todas formas debe someterse a las pautas que regulan una situación que la sociedad no puede desconocer como una realidad, cual es la necesidad de despenalizar el consumo y porte de la dosis personal en orden a garantizar el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad del enfermo, empero esa libertad no puede extenderse a permitirle llevar libremente cantidades de

estupefaciente que desborden gravemente lo tolerado, como en este caso, pues una eventualidad como esa, lleva en forma legítima a presumir una destinación ilícita de la droga incautada, ya que sólo puede concluirse un fin de consumo cuando la cantidad se encuentra en los topes definidos como dosis personal, o superados ligeramente.

En tal medida, anota que si el farmacodependiente pretende que su comportamiento sea excusado dada su condición, debe ejercer esa opción que ha elegido de consumir estupefacientes, respetando la regulación que para ese fenómeno ha implementado el Estado, conformándose con portar la dosis en las cantidades permitidas o que la superen mínimamente, pues sólo de esa manera se deriva la falta de afectación a bienes jurídicos de naturaleza abstracta, como es la salud pública.

Por otro lado, dice, el pronunciamiento de la Corte en que el censor finca sus argumentos, que es la casación 31531 del 8 de julio de 2009, no se ajusta o amolda a lo acaecido en este asunto, como quiera que en aquel evento fue sorprendido el procesado con apenas 1.3 gramos de cocaína y se encontró acreditado su estado de consumidor habitual.

Advierte que como se puede observar, la situación de MORENO MORENO es diametralmente opuesta, por lo cual

solicita a la Corte desestimar la censura propuesta por el demandante, toda vez que por parte del Tribunal no se aplicaron indebidamente los preceptos legales enunciados por el actor.

2.2.- En relación con el **segundo cargo** incluido en la demanda, menciona que el casacionista lo plantea subsidiariamente invocando la violación indirecta de la ley por falso juicio de existencia, porque el Tribunal supuso la concurrencia de prueba que demostraba el fin de venta o distribución de las sustancias ilegales que portaba el acusado.

Considera que para oponerse a dichas pretensiones, resulta suficiente reiterar lo expuesto por la Corte en el pronunciamiento traído a colación precedentemente, en el sentido que las cantidades de estupefacientes incautados en este asunto, no hacen deducir o colegir que su destino no era el consumo.

De ahí que el Tribunal, al sopesar la procedencia del mecanismo sustitutivo de la suspensión de la pena, y especialmente el presupuesto subjetivo contenido en el inciso segundo del artículo 63 sustantivo, concluyera en forma razonable que la modalidad y gravedad del punible hacían aconsejable la necesidad de la aplicación efectiva de

la pena privativa de la libertad y para llegar a esa conclusión el Tribunal no supuso la existencia de prueba alguna, pues se fundó, como tenía que hacerlo, por inferencia razonable en la cantidad y variedad de estupefacientes que portaba el acusado, la forma como estaban empacados y la ausencia de evidencia sobre su condición de consumidor.

Con fundamento en lo expuesto, solicita se desatienda también el cargo subsidiario y, en consecuencia, se mantenga incólume el fallo de segundo grado.

2.- Del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal, en uso de la palabra manifiesta que dos cargos formula el demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá: En el primero, como ya ha sido visto, cuestiona que no se hubiere tenido en cuenta la ausencia de antijuridicidad material del comportamiento endilgado a su defendido, por considerar insignificante la cantidad de sustancia estupefaciente incautada y por consiguiente su relevancia desde el punto de vista jurídico-penal por ausencia de lesión al bien jurídico tutelado.

2.1.- En torno a dicho tema, encuentra el Procurador Delegado que el principio de lesividad o de antijuridicidad material no surge expresamente de la Constitución Nacional y sólo se deduce de sus normas y postulados de los cuales se desprende igualmente el margen de discrecionalidad otorgado al legislador para fijar en el derecho penal el contenido material de la antijuridicidad que ha de regir en el modelo de un Estado social y democrático de derecho como el nuestro, siendo éste un aspecto establecido de manera precisa en el artículo 11 de la más reciente codificación penal en el que se indica que para que una conducta típica sea punible, se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro sin justa causa el bien jurídico tutelado por la ley penal.

Considera, en consecuencia, que en términos del actual Código Penal, la antijuridicidad de una conducta punible estriba básicamente en lesionar o poner en peligro sin justa causa el bien jurídicamente tutelado por la ley, precepto que no obstante aparentar idéntica redacción con la anterior norma, introduce un cambio significativo y por eso hace énfasis al leer textualmente el artículo con la expresión “*efectivamente*” para calificar “*puesta en peligro*” con lo cual se acaba la posibilidad de que el juicio acerca de este aspecto quede en mera presunción, en particular cuando se trata de conductas generadoras de peligro abstracto.

Advierte que ya se sabe que los delitos considerados de peligro abstracto, en la doctrina del derecho penal moderno son precisamente los que revisten una mayor discusión, atendiendo precisamente a que el derecho penal moderno solamente protege bienes jurídicos, es decir no otras formas ni expresiones sociológicas, ni filosóficas, ni antropológicas, ni morales, sino simplemente bienes jurídicos.

Considera que en los llamados tipos de peligro abstracto, entonces el legislador describe conductas que amenazan o ponen en riesgo de lesión bienes jurídicos de trascendental importancia para la comunidad, en los que el riesgo radica precisamente en la potencialidad que tiene la acción de producir a aquellos un menoscabo, razón por la cual es necesario salvaguardarlos desde un momento precedente a su efectiva lesión.

Estima que es en ese propósito en que no se puede perder de vista que el derecho penal propende por la protección de bienes jurídicos para evitar los daños o riesgos más graves para aquellos bienes que se estiman fundamentales para la convivencia social, postulados que han llevado a establecer que ante la insignificancia de la agresión o la levedad suma del resultado, sea inútil o innecesaria la presunción de la actividad penal, como cuando se está en presencia de los llamados delitos de bagatela.

Considera que dicho planteamiento se fundamenta en las orientaciones de la llamada intervención mínima, acorde con la cual la administración de justicia en el ámbito penal, sólo ha de intervenir en orden a tutelar aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del ordenamiento jurídico, es decir frente a aquellas afrentas, que de acuerdo con la ponderación del grado de lesión del bien jurídico tutelado, se estimen de especial connotación y además, cuando los restantes instrumentos de regulación resulten infructuosos para prevenir o solucionar los conflictos.

Precisa que de acuerdo con dicha realidad, nada extraño resulta entonces el planteamiento del libelista, pues en verdad se trata de una actividad de simple porte de sustancias estupefacientes que sobrepasa en escaso margen el límite previsto como dosis para uso personal.

Considera que efectivamente el ejercicio lógico deductivo a realizar en aras de establecer la efectiva puesta en peligro de lesión del bien jurídico tutelado, debió encaminarse como acertadamente lo señala el demandante a establecer si concurre algún elemento de juicio que permita afirmar más allá de toda duda que el imputado se dedicaba a la venta de la mencionada sustancia, aspecto que permitiría concluir en la afectación al bien jurídico tutelado. En ese sentido, se aprecia que no obra en la actuación prueba

alguna que conduzca a dicha afirmación o a dicha aseveración.

En conclusión, dice, dado que le asiste razón al demandante en sus críticas a la determinación adoptada por el Tribunal Superior de Bogotá, el Procurador Delegado solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y en su lugar absolver al procesado por ausencia de lesividad del comportamiento que le fuera atribuido.

2.2.- En cuanto se relaciona con el **cargo subsidiario**, de igual manera considera el Procurador Delegado que le asiste razón al libelista, en cuanto a que el argumento utilizado por el Tribunal para negar su concesión, esto es que el imputado se dedicaba a la venta de sustancia estupefaciente, no aparece debidamente acreditado en las diligencias, motivo por el cual la argumentación se encuentra fundada en una apreciación errónea, que en caso de no prosperar el cargo principal correspondería a la Corte entrar a corregir.

En conclusión, para el Procurador Delegado, la Corte debería casar la sentencia en los términos sugeridos por el demandante.

SE CONSIDERA:

La Corte aprehenderá el estudio de los reproches formulados por el casacionista contra el fallo del Tribunal, en el mismo orden observado en el resumen que se hizo del libelo impugnatorio.

1.- PRIMER CARGO. Violación directa de la Ley. Aplicación indebida del artículo 376 del Código Penal. Cuestión Previa. Interés para recurrir.

1.1.- Con la finalidad de responder el primer cargo formulado en la demanda, cabe precisar ab initio, que la jurisprudencia de esta Corte de antaño tiene establecido (Cfr. AP, 10 May 2006, Rad. 25248) que la procedencia de la casación, en el marco del sistema acusatorio, está condicionada al cumplimiento de ciertos presupuestos de carácter procesal, sustancial y formal, que la propia normatividad establece, entre los que se mencionan, de manera expresa, la existencia de interés para recurrir, la indicación de la causal de casación que se invoca, la debida sustentación del cargo planteado, y la demostración de la necesidad de que la Corte asuma su estudio para la realización de los fines de la casación³.

Ha precisado asimismo, que la existencia o inexistencia de interés para recurrir, aspecto que importa destacar ahora, se vincula con el concepto de agravio. Si la parte procesal

³ Artículo 184 de la ley 906 de 2004.

ha sufrido perjuicio con la sentencia de segunda instancia, porque es en todo o en parte desfavorable a sus pretensiones, tendrá en principio derecho para impugnar y, por el contrario, si no recibe daño alguno con la citada decisión, carecería de interés.

1.2.- En aplicación de estas directrices, la doctrina y la jurisprudencia penal han entendido que el sujeto procesal carece de interés para recurrir en casación cuando la sentencia impugnada satisface integralmente sus pretensiones, bien porque acoge sus posturas defensivas, **o porque se dicta en total correspondencia con los acuerdos que ha realizado dentro de los marcos de la justicia consensuada**, y que tampoco tiene interés para hacerlo cuando siendo la decisión desfavorable es consentida por el afectado CSJ AP, 16 Jul 2001, Rad. 15488 y CSJ AP, 20 Oct. 2005, Rad. 24026.

Por esto tiene establecido que la limitación al derecho a controvertir los aspectos aceptados o concertados con la Fiscalía, se erige en garantía de seriedad del acto consensual y expresión del deber de lealtad que debe guiar las actuaciones de quienes intervienen en el proceso penal, única manera de que el sistema pueda ser operable, pues de permitirse que el implicado continúe discutiendo ad infinitum su responsabilidad penal, no obstante haber aceptado libre y voluntariamente los cargos válidamente imputados, el propósito político criminal que justifica el

sistema de lograr una rápida y eficaz administración de justicia a través de los allanamientos, acuerdos y negociaciones con la Fiscalía, y de obtener ahorros en las funciones de investigación y juzgamiento, se tornaría irrealizable.

La Corte ha indicado que la limitación a la posibilidad de discutir o controvertir los términos de las aceptaciones o acuerdos, ha sido normativamente regulada por la ley a través de lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado principio de irrevocabilidad⁴, que comporta, precisamente, la prohibición de desconocer el convenio realizado, ya en forma directa, como cuando se hace expresa manifestación de deshacer el convenio, o de manera indirecta, como cuando a futuro se discuten expresa o veladamente sus términos.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha establecido que *<<una vez realizada la manifestación de voluntad por parte del imputado, en forma libre, espontánea, informada y con la asistencia del defensor, de modo que sean visibles su seriedad y*

⁴ Artículo 37 B numeral 4° del Decreto 2700 de 1991, artículo 40 de la Ley 600 de 2000 y 293 de la ley 906 de 2004. Esta última disposición, modificada por el artículo 69 de la Ley 1453 de 2011, según la cual:

“Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación. La Fiscalía adjuntará el escrito que contiene la imputación o acuerdo que será enviado al juez de conocimiento. Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo **sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes**, y convocará a audiencia para individualización de la pena y sentencia.

Parágrafo. **La retractación por parte de los imputados que acepten los cargos será válida en cualquier momento, siempre y cuando se demuestre por parte de éstos que se vició su consentimiento o que se violaron sus garantías fundamentales**” (negrillas no originales).

credibilidad, no sería razonable que el legislador permitiera que aquel se retractara de la misma, sin justificación válida y con menoscabo de la eficacia del procedimiento aplicable y, más ampliamente, con detrimento de la administración de justicia>> CC SC C-1195-05.

Cabe advertir que la aceptación o el acuerdo no sólo es vinculante para la fiscalía y el implicado. También lo es para el juez, quien debe proceder a dictar la sentencia respectiva, de conformidad con lo convenido por las partes, a menos que advierta que el acto se encuentra afectado de nulidad por vicios del consentimiento, o que desconoce garantías fundamentales, eventos en los cuales debe anular el acto procesal respectivo para que el proceso retome los cauces de la legalidad, bien dentro del marco del procedimiento abreviado, o dentro de los cauces del juzgamiento ordinario.

Y si bien es cierto que por estos mismos motivos, es decir, cuando el fallo anticipado se produce con fundamento en una aceptación o acuerdo ilegal, o con quebrantamiento de las garantías fundamentales, los sujetos procesales están legitimados para pretender su invalidación en las instancias o en casación, también resulta claro que estas nociones difieren sustancialmente del concepto de retractación, que implica, como se ha dejado visto, deshacer el acuerdo, arrepentirse de su realización, desconocer lo pactado, cuestionar sus términos, ejercicio que no es posible efectuar cuando su legalidad ha sido verificada.

1.3.- Sobre este particular, cabe reseñar, conforme ha sido precisado por la Corte (Cfr. CSJ A P, 26 feb. 2014, rad. 38806), que esta situación no cambia con lo dispuesto por el artículo 69 de la Ley 1453 de 2011, por medio de la cual se modificó el artículo 293 del Código de Procedimiento Penal, pues si bien su tenor literal indica que la retractación será válida en cualquier momento, un correcto entendimiento da lugar a sostener que después de la aprobación del allanamiento a cargos o del acuerdo por parte del Juez de Garantías o del de Conocimiento, según sea el caso, no resulta posible la retractación pura y simple en orden a retrotraer el trámite, sino la solicitud de declaratoria de ineficacia de lo aceptado o convenido, previa invocación y demostración -en el incidente que al efecto ha de disponer el funcionario-, que la aceptación de cargos o el acuerdo con la Fiscalía no se llevó a cabo de manera libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y con la asistencia de un defensor, sino que, por el contrario, se presentaron vicios en el consentimiento o hubo violación de garantías fundamentales.

En tal orden de ideas, ha de entenderse que el párrafo a que se alude en el artículo 69 de la Ley 1453 de 2011, lo único que hace es precisar que por excepción, una vez aprobado por el juez de garantías o el de conocimiento, el allanamiento a cargos o el acuerdo celebrado entre Fiscalía e imputado, no procede la retractación sino la solicitud de

nulidad de lo aceptado o acordado con la Fiscalía, y que su prosperidad sería viable, sólo en la medida que el interesado acredite en las instancias ordinarias del trámite procesal, o en sede del recurso extraordinario de casación, que la determinación del imputado o acusado, estuvo viciada o que hubo transgresión de sus derechos fundamentales.

1.5.- En el caso que se estudia, en la audiencia preliminar de imputación el indiciado aceptó libre y voluntariamente los cargos que le formuló la Fiscalía por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de **“llevar consigo”**, definido por el inciso segundo del artículo 376 del Código Penal, modificado por la Ley 890 de 2004.

Esto significa que reconocía la realización de la conducta típicamente antijurídica que le fue imputada, que admitía la responsabilidad por dicho delito, que aceptaba que se le condenara por el mismo, y que renunciaba al derecho de tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado e imparcial; también, a la garantía de no autoincriminarse, a la facultad de presentar pruebas en su favor y a controvertir las evidencias recaudadas y las que eventualmente el órgano acusador pudiera allegar en su contra; así como a discutir el fallo en relación con los aspectos unilateral y voluntariamente admitidos, es decir, su responsabilidad penal por los cargos que le fueron imputados, careciendo, por tanto, de interés jurídico para impugnar las sentencias por estos motivos, pero manteniendo la posibilidad de

controversia, aunque circunscrita eso sí, a las decisiones que tienen que ver con la pena, la forma de su ejecución, y eventualmente, la indemnización de perjuicios.

1.6.- Insiste la Corte en resaltar, que la actuación que culminó con la sentencia cuya casación se pretende, corresponde a un proceso que terminó prematuramente por virtud del allanamiento a los cargos que le fueron formulados por la Fiscalía en la audiencia preliminar respectiva, a cambio de que se le concediera una ostensible rebaja en la pena a la que no tendría derecho si el juicio oral se hubiese tramitado por la vía ordinaria, situación que de suyo implica la imposibilidad de controvertir ahora los aspectos en que se fundamentó el fallo.

Significa esto, que el acusado EDGAR ALFONSO MORENO MORENO, de manera libre, voluntaria y asistida por un defensor, aceptó su responsabilidad penal en el hecho de llevar consigo, sin permiso de autoridad competente, el 2 de marzo de 2009, oculta en la pretina del pantalón, cuando fue requisado por la Policía al pretender ingresar a la estación del servicio de transporte masivo “Transmilenio” ubicada a la altura de la calle 8ª con Avenida Caracas de la Capital de la República, una bolsa que contenía 51.8 gramos de marihuana, y 10 papeletas que contenían 2.2 gramos de cocaína, es decir, en cantidades que **superaban en un ciento veinte por ciento (120 %) y en un ciento cincuenta y nueve por ciento (159%) las cantidades**

sobre dosis para uso personal establecidas en la Ley 30 de 1986 por lo que no puede aducir ahora, en sede de casación, que su conducta no resulta delictiva por falta de antijuridicidad material debido a que la sustancia que portaba era para su exclusivo uso personal dada su adicción a las sustancias estupefacientes o para compartirla con otros coadictos como él, o que las “pequeñas cantidades de droga incautadas” evidencian que con su conducta no alcanzó a lesionar o a poner el peligro el bien jurídico de la salubridad pública, o a sugerir sin fundamento alguno que no fue libre ni voluntario el allanamiento a los cargos que le fueron formulados, pues la oportunidad para hacerlo feneció precisamente con la formal ejecutoria de los fallos de primera y segunda instancia que inopinadamente pretende desquiciar, máxime si tampoco apoya sus asertos en evidencia demostrativa alguna, distinta de las recaudadas por la Fiscalía, en las que fundamentó la formulación de imputación.

Al efecto cabe destacar, además, que ninguno de dichos aspectos fue propuesto ante el Tribunal con ocasión de la apelación interpuesta por la defensa, ya que la alegación se circunscribió a cuestionar el porcentaje de rebaja por allanamiento a cargos, la individualización de la pena y la negativa por parte del Juez Penal del Circuito de concederle al acusado la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por lo cual el asunto relativo a la responsabilidad penal del acusado por el delito imputado que fue materia de

allanamiento a cargos, quedó definitivamente sellado por el juzgador A quo, como sin dificultad se lee en la sentencia de primer grado, a cuya audiencia de lectura comparecieron el acusado y su defensora, sin que expresaran inconformidad alguna sobre dicho particular:

En el presente caso, se tiene diáfano que conforme los parámetros de los artículos 283 y 293 del Código de Procedimiento Penal, el acusado se allanó al cargo de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes a él formulado por ante el Juez 64 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, habiéndose además surtido la examinación pertinente por parte de este Despacho, en la que determinó que en efecto ello lo fue de manera voluntaria, libre y espontánea, al paso que se tiene que al acto concurrió con su defensor y en él se observaron las formalidades garantistas de la inviolabilidad de sus derechos.

Al punto, es preciso anotar en inicio, que de conformidad a lo estipulado en el artículo 381 del Estatuto Procedimental Penal, para emitir fallo condenatorio se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, y en ese orden de ideas, se pasará al análisis de los tópicos referidos, veamos:

Con relación al primero de los elementos es decir el objetivo, que toca con la materialidad del punible investigado, se cuenta con pruebas suficientes y concretas, que trae el compendio probatorio y conducen a la indubitabilidad exigida por la norma en cita.

Sobre el particular, se tiene de lo informado por el Fiscal 322 Seccional ante el Juez 64 Penal Municipal con Funciones de Garantías (récord 2:00), soporte del escrito de acusación, en el que da cuenta del facto en los términos referidos aquí en el acápite de hechos.

Apuntalado lo anterior, y en prueba demostrativa de la materialidad del reato, según se determina en diligencia preliminar, existe acta de incautación de las sustancias alcaloides, e igualmente acta de identificación preliminar

homologada de la sustancia incautada PIP, efectuada por perito experto que arrojó resultados positivos para los estupefacientes conocidos como cocaína en 2.2 gramos y marihuana 51.8 gramos.

La conducta así descrita se adecúa a las previsiones del artículo 376 del Código Penal, disposición que refiere el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, inciso 2º, acorde con la diligencia de identificación preliminar homologada de la sustancia incautada que determinó su calidad y peso neto.

En este orden de ideas y sin lugar a mayores elucubraciones, se puede inferir sin duda alguna la ocurrencia del injusto investigado que no es otro que el de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes habiéndose conjugado en este caso uno de los verbos rectores de la norma en comento, consistente en “llevar consigo” sustancia como la que aquí se ha determinado técnicamente como cocaína y marihuana, contándose inclusive con su aceptación, lo que impone la afectación del bien jurídico tutelado, como es la salud pública.

Ahora bien, adentrándose en la revisión del segundo de los requisitos exigidos por la norma en alusión y que no es otro que aquél que toca con el aspecto subjetivo o de responsabilidad del procesado, tenemos que el vínculo necesario que debe existir entre lo querido conscientemente por el acusado y el resultado obtenido como consecuencia precisamente del comportamiento contrario a derecho, encuentra asidero en el compendio probatorio, el cual brinda suficientes elementos de juicio que comprometen el proceder ilícito de EDGAR ALFONSO MORENO MORENO.

Es así, como esencial y relevante se vislumbra la responsabilidad del prenombrado en el presente diligenciamiento, no pudiendo ser de manera diferente, se tiene el allanamiento a cargos de EDGAR ALFONSO MORENO MORENO, lo que si bien exime a la fiscalía de la búsqueda de evidencia demostrativa de tal responsabilidad, no releva al fallador de revisar aquellas probanzas que corroboran tal aceptación, en la medida en que sin lugar a equívocos se establece su incursión en el punible imputado y aceptado.

En principio, se tiene que EDGAR ALFONSO MORENO MORENO fue aprehendido en clara situación de

flagrancia, vale decir, llevando consigo las sustancias alucinógenas, tal y como se señala en el informe de policía en casos de captura en flagrancia (récord 8:58) suscrito por los agentes del orden, donde señalan las circunstancias temporo modales y espaciales en que fue capturado el mencionado, observándose los agentes del orden ajenos a interés malsano alguno, cuando no existe motivo como para imputar una conducta punible a quien no conocen, máxime cuando actúan en cumplimiento de su deber.

Corroborando lo anterior, lo destacado por el ente Fiscal en audiencia preliminar, el anterior informe se acompaña con el acta de incautación de las sustancias, en la que EDGAR ALFONSO MORENO MORENO, dejó estampada su rúbrica sin cortapisa alguna, en muestra de la verdad que contiene, y quien ante la contundencia de lo ocurrido no tiene otra alternativa que la de aceptar lo informado.

Así pues, sin lugar a dudas se declara a EDGAR ALFONSO MORENO MORENO, responsable del hecho investigado, y ello surge de manera diáfana e indubitable, cuando en efecto se tiene que obró contrario a derecho, no vislumbrándose por parte alguna causal de ausencia de responsabilidad que lo pueda relevar así sea eventualmente del juicio de reproche al que hay lugar, toda vez que, y así ha quedado demostrado, encaminó su voluntad conscientemente en procura del resultado dañino, el que conocía de antemano; hecho del cual se deriva claramente que se trata de persona normal con plena capacidad para comprender la ilicitud de su conducta, siendo como consecuencia destinatario de la Ley Penal.

Concluyendo, se tiene entonces, que el comportamiento desplegado por EDGAR ALFONSO MORENO MORENO, es típico pues se aviene perfectamente en la descripción del supuesto de hecho tráfico, fabricación o porte de estupefacientes que hace el legislador, dentro del estatuto represor, así mismo lo es antijurídico, pues sin justa causa se afectó la salud pública, al igual que culpable, pues de antemano conocía su carácter ilícito, y pese a ello optó por su consecución, de donde se deriva y hace evidente, la existencia de un hecho punible del que habla el artículo 9º del Código Penal.

Como quiera entonces, que en el caso presente, el acusado EDGAR ALFONSO MORENO MORENO, de manera consciente, voluntaria, debidamente informada y asistido por un defensor, decidió la terminación anticipada del proceso, renunciado a sus derechos de no autoincriminarse, y a tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, así como a la posibilidad de interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de testigos y peritos que aclararan los hechos objeto del debate, no puede ahora, por medio de apoderado, acudir a la casación con la finalidad de desconocer las consecuencias jurídicas de dicha aceptación de cargos, pretendiendo acreditar que la conducta realizada no alcanzó a lesionar, menos a poner en peligro, el bien jurídico salud pública, dada la, en su criterio, poca cantidad de sustancias estupefacientes que le fueron incautadas, o que la misma tenía como propósito su propio consumo atendiendo supuestamente la condición de adicto, porque ello implica una inadmisibile e improcedente retractación de la libre y voluntaria aceptación de responsabilidad penal, máxime si sobre lo argumentado, en el curso de la actuación por parte de la defensa no se allegó evidencia demostrativa de ninguna índole, al tiempo que impidió que la Fiscalía lo hiciera, precisamente por haber renunciado a ese derecho, como en tal sentido fue puesto de presente por la juzgadora de instancia en la audiencia de individualización de pena y sentencia.

1.7.- Cabe advertir que no obstante la evidente falta de interés del acusado para acudir en casación, con la velada intención de introducir una inadmisibile y extemporánea retractación de los cargos libre y voluntariamente admitidos, la Corte dispuso abrirle curso a la demanda con el sólo propósito de verificar si eventualmente podía asistirle razón a la defensa en sostener que dada la condición de adicto a los estupefacientes, la cantidad de sustancia incautada debía ser considerada como dosis de aprovisionamiento para consumo personal de EDGAR ALFONSO MORENO MORENO o compartido con otros coadictos, y en tal medida, evaluar la posibilidad de brindar la misma solución adoptada en casos similares, en que se absolvió a los acusados dada la alegada falta de lesividad de la conducta realizada.

Al efecto oportuno resulta señalar que en el presente asunto no solamente no se acreditó, ni siquiera se intentó arrimar prueba alguna sobre la pregonada condición de consumidor habitual de sustancias estupefacientes, menos de adicto a las mismas por parte del señor EDGAR ALFONSO MORENO MORENO, lo que de suyo deja sin sustento la propuesta impugnatoria, sino que los supuestos fácticos de los casos entonces debatidos por la Corte, en los cuales se apoya la demanda, difieren ostensiblemente de éste, toda vez que, al contrario de lo que aquí sucede, las cantidades de sustancia estupefaciente incautadas por entonces, no alcanzaron a

superar siquiera el 50% de la denominada dosis para uso personal, como certeramente es puesto de presente por el Fiscal Delegado en la audiencia de sustentación del recurso extraordinario, cuyo ponderado criterio la Corte no puede menos que prohijar.

1.8.- Lo anterior no obsta para indicar que sobre el tema de la dosis para uso personal, la dosis de aprovisionamiento y la antijuridicidad de la conducta de llevar consigo para el propio consumo, sustancias estupefacientes en cantidades legalmente definidas como de uso personal o ligeramente superiores a éstas, plausible se ofrece señalar, ab initio, que es claro para esta Corporación que existe una estrecha interdependencia entre el modelo de Estado que se acoja constitucionalmente y la concepción del *ius puniendi*. Así, en un Estado Social de Derecho, el ejercicio del derecho a punir se justifica en la medida en que el legislador pretenda amparar el disfrute de los derechos fundamentales (vgr. vida, integridad personal, libertad, etc.), al igual que determinados bienes que se han considerado jurídicamente relevantes (vgr. salud pública, orden económico y social, etc.), de tal suerte que no pueden penalizarse o reprimirse conductas que no lesionen o amenacen aquéllos. A su vez, el carácter social del Estado, legitima la función general de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger

a la sociedad frente a determinados comportamientos extremadamente lesivos⁵.

Al igual que ocurre con la relación de dependencia existente entre el modelo de Estado y la función de punir, acontece con el vínculo entre el modelo estatal y la interpretación de las normas penales. Por ello, la comprensión del elenco normativo, debe ser adaptada continuamente a los valores y principios que orientan al Estado, interpretando y actualizando su contenido permanentemente, a fin de darle coherencia al orden jurídico que nos rige.

En desarrollo de tal labor, y con el propósito de dotar de contenido y alcance a la aplicación de la dosis personal de estupefacientes, esta Sala ha transitado por varias fases interpretativas y ha elaborado una línea jurisprudencial en la materia. Dichos ejercicios judiciales evidencian el carácter evolutivo y dinámico del derecho y lo cierto es que, en no pocas ocasiones, sus desarrollos también han dependido de los cambios constitucionales y legales que han tenido lugar en el país. De igual manera, en la elaboración de esta línea jurisprudencial, como ocurre con todas, concurrieron tribunales de diversas jurisdicciones, influyéndose mutuamente con sus decisiones, en lo que la doctrina europea⁶ y latinoamericana⁷ denomina actualmente como

⁵ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1990, p. 45.

⁶ Sudre, F., *Le dialogue des juges*, Montpellier, Cahiers de l'IDEDH, 2007.

⁷ Noguera Alcalá, H., "Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011", en *Estudios constitucionales*, vol. 10. Santiago, 2012.

“diálogo entre jueces”.

No obstante que la Corte deba declarar la improsperidad de la primera censura propuesta en este particular evento, cabe reconocer que, tal como lo menciona el recurrente, el criterio aplicado por esta Corporación a aquellos supuestos en los cuales el adicto que no tiene la condición de comerciante o expendedor, ha sido sorprendido portando sustancias estupefacientes en cantidades ligeramente superiores a aquellas legalmente permitidas por el literal j) del artículo 2 de la Ley 30 de 1986 como dosis para uso personal, ha consistido en que esas mínimas cantidades en que se excede el porte permitido no alcanzan a lesionar los bienes jurídicamente tutelados por el tipo penal de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, generando en consecuencia su exclusión de responsabilidad criminal, cuestión que obviamente, no es el caso presente.

Pese a no tratarse de eventos similares a este, a la Corte se le ofrece pertinente traer a colación las principales líneas jurisprudenciales que, a lo largo de los años, ha elaborado en materia de porte de sustancias estupefacientes en cantidades definidas como dosis para uso personal. Para tales efectos, se pueden diferenciar las siguientes fases: (i) interpretación de textos legales, sin tomar en consideración argumentos de carácter constitucional; y (ii) la tesis de la ausencia de antijuridicidad material de la conducta.

1.8.1.- Primera fase: la interpretación de los textos legales, sin tomar en consideración argumentos de carácter constitucional.

Una revisión de los pronunciamientos de la Corporación anteriores a la Constitución de 1991, en materia de dosis personal de droga, permite evidenciar, en términos generales, que la jurisprudencia colombiana anterior a 1991 se caracteriza por aplicar los clásicos métodos de interpretación de la ley (*vgl.* exegético, sistemático, histórico, teleológico, etc.), sin que se hubiere estimado como necesario acudir a las técnicas de interpretación propias de los derechos fundamentales, tales como la ponderación entre principios constitucionales, o la interpretación conforme con la Constitución o los tratados internacionales, y, por supuesto, sin analizar el impacto que aquéllas tienen en la comprensión de la teoría del delito.

Tal estado de cosas se explica por la confluencia de diversos fenómenos: (i) el escaso catálogo de derechos fundamentales contemplados por la Constitución de 1886 y la ausencia de vías judiciales efectivas para su protección; (ii) el dualismo jurídico en materia de relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, que conllevaba a que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no hicieran parte de la Constitución; y (iii) la ausencia de una dogmática nacional que propendiera por

asegurar el carácter normativo y vinculante de la Constitución, en especial, en el ámbito de los derechos humanos.

De allí que las importantes líneas jurisprudenciales que creó la Corte en su momento sobre el tema de la dosis personal de sustancias estupefacientes, se hubieran edificado sobre la comprensión del sentido y alcance del articulado del denominado Estatuto Nacional de Estupefacientes de que trata la Ley 30 de 1986, sin que ahora se observe necesario acudir a lo consignado en el hoy derogado Decreto 1188 de 1974.

Así por ejemplo, en la sentencia del 26 de julio de 1988⁸, luego de realizar una interpretación sistemática de los artículos de la Ley 30 de 1986, arribó a las siguientes conclusiones: (i) el legislador diferenciaba entre el consumidor o drogadicto y quien se dedica al cultivo, conservación o financiación de plantaciones, o las transformara «*siendo indiferente el destino que procure de las mismas*»; (ii) en relación con los drogadictos, sin llegar a permitir la dosis personal, se le acordaba un tratamiento punitivo más benigno, ya que se consideraba una contravención; (iii) no era posible entremezclar lo relacionado con el cultivo, el manejo de la droga (considerado delito), y el uso de la dosis personal (contravención), ya que los tratamientos punitivos eran

⁸ CSJ. SP., sentencia del 26 de julio de 1988.

diferentes en cada caso; y (iv) los beneficios que la ley le otorgaba al consumidor de droga no eran extensibles a otras modalidades delictivas.

De igual manera, luego de 1991, la Sala estableció los límites para definir la figura de la dosis personal, instituida en el sistema penal colombiano desde la Ley 30 del año 1986, afirmando que *«no será dosis personal la que ‘exceda’ de la cantidad que de modo expreso se señala, tampoco la que aún por debajo del tope fijado, no se halle destinada al ‘propio consumo’ ni la que tenga por destinación su distribución o venta»*⁹.

En este orden de ideas, con anterioridad a la actual Constitución, y a la sentencia de la Corte Constitucional C- 221 de 1994, referente a la despenalización de la dosis personal de droga estupefaciente, la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia apuntaba a sistematizar y a conferir de coherencia interna a la legislación penal sobre la mencionada dosis. Al respecto, téngase presente que el artículo 51 de la Ley 30 de 1986 estipulaba lo siguiente:

«CAPITULO VI. De las contravenciones.

Artículo 51. El que lleve consigo, conserve para su propio uso o consuma, cocaína, marihuana o cualquier otra droga que produzca dependencia, en cantidad

⁹ CSJ., SP., Casación 4771 de julio de 1991.

considerada como dosis de uso personal, conforme a lo dispuesto en esta Ley, incurrirá en las siguientes sanciones:

a) Por primera vez, en arresto hasta por treinta (30) días y multa en cuantía de medio (1/2) salario mínimo mensual.

b) Por la segunda vez, en arresto de un (1) mes a un (1) año y multa en cuantía de medio (1/2) a un (1) salario mínimo mensual, siempre que el nuevo hecho se realice dentro de los doce (12) meses siguientes a la comisión del primero.

c) El usuario o consumidor que, de acuerdo con dictamen médico legal, se encuentre en estado de drogadicción así haya sido sorprendido por primera vez, será internado en establecimiento psiquiátrico o similar de carácter oficial o privado, por el término necesario para su recuperación. En este caso no se aplicará multa ni arresto. La autoridad correspondiente podrá confiar al drogadicto al cuidado de la familia o remitirlo, bajo la responsabilidad de ésta, a una clínica, hospital o casa de salud, para el tratamiento que corresponda, el cual se prolongará por el tiempo necesario para la recuperación de aquél, que deberá ser certificada por el médico tratante y por la respectiva seccional de medicina legal. La familia del drogadicto deberá responder del cumplimiento de sus obligaciones, mediante caución que fijará el funcionario competente, teniendo en cuenta la capacidad económica de aquélla. El médico tratante informará periódicamente a la autoridad que haya conocido del caso sobre el estado de salud y rehabilitación del drogadicto. Si la familia faltare a las obligaciones que le corresponden, se le hará efectiva la caución y el internamiento del drogadicto tendrá que cumplirse forzosamente».

Como puede advertirse, el legislador de 1986 sancionó como contravención el porte de la dosis personal, y estableció penas que iban desde el arresto y la multa, hasta el internamiento en hospitales psiquiátricos. De allí que, si bien no se tipificaba como delito el uso de la denominada dosis personal de droga, lo cierto es que las penas que se imponían configuraban medidas de intervención severas en el ejercicio de la libertad personal del individuo.

1.8.2.- Fase II. La tesis de la ausencia de antijuridicidad material de la conducta.

Con posterioridad a la sentencia C-221 de 1994 de la Corte Constitucional, la Sala dio inicio a la creación de una nueva línea jurisprudencial en relación con el porte de la dosis personal de alucinógenos. Al respecto, debe ponerse de presente que la Corte Constitucional declaró inexecutable los artículos 51 y 87 de la Ley 30 de 1986, referentes a la tipificación como contravención del porte de la dosis personal de droga, por cuanto a criterio de la Corte, en la expedición de la ley el legislador había desconocido el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.

En tal sentido, en providencia del 1 de marzo de 1996, la Sala constató que el pronunciamiento del Tribunal

Constitucional no excluyó del ordenamiento jurídico colombiano la noción de dosis para uso personal¹⁰.

Concluyó entonces que el literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986, que define este concepto 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 la 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»*, como ahora sucede, se encontraba vigente.

A su turno, la original Ley 599 de 2000, mantuvo la permisión o despenalización en el porte de la denominada dosis personal de estupefaciente, de conformidad con las cantidades fijadas en el mencionado literal j) de artículo 2° de la Ley 30 de 1986¹¹.

¹⁰ CSJ. SP. providencia del 1 de marzo de 1996, Rad. 11177.

¹¹ El artículo 376 original de la Ley 599 de 2000 reza:

ARTICULO 376. TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES. El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a veinte (20) años y multa de (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Posteriormente, la Corte Constitucional, en sentencia C-420 de 2002, de mayo 28, declaró exequibles varias disposiciones de la Ley 30 de 1986, señalando que: (i) existe una amplia gama de bienes jurídicamente afectados por el narcotráfico, tales como la salud pública, la seguridad pública y el orden económico y social, tratándose por tanto de un delito pluriofensivo; y (ii) la penalización del tráfico de estupefacientes no contraría los fundamentos constitucionales de la imputación penal, en cuanto comprende un elenco de conductas que trascienden el fuero interno de la persona y que se proyectan en la afectación de una amplia gama de bienes jurídicos ajenos.

Al mismo tiempo, la Sala comenzó a construir su línea jurisprudencial en relación con la eventual ausencia de antijuridicidad material que tendrían determinados comportamientos de porte de droga estupefaciente *en cantidades ligeramente superiores* a los estipulados por el legislador como dosis personal, cuando su propósito es el propio consumo atendiendo la condición de consumidor o de adicto de quien la lleva consigo, y no con la finalidad de

Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de metacualona o droga sintética, la pena será de cuatro (4) a seis (6) años de prisión y multa de dos (2) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

venta o suministro a terceros, destacando que el asunto debería ser analizado caso por caso, dadas las particularidades que pudiera presentar según la prueba recaudada.

Es así como en la decisión del 18 de febrero de 2003, dentro del radicado 016262, al tratar la necesidad de concurrencia de lesión al bien jurídicamente tutelado para que se configure delito, sostuvo que:

« ... para que un comportamiento típico pueda considerarse base o fundamento del delito es indispensable que de modo efectivo lesione o al menos ponga en peligro un bien jurídico tutelado por la ley; con tal sentido el principio de lesividad, acuñado por la doctrina jurídico penal, aparece recogido en la legislación penal como uno de los elementos esenciales del delito (artículo 11 del código penal).».

Y, bajo la misma cuerda interpretativa, se decidió en la sentencia de 21 de abril de 2004, dentro del radicado 19930, sosteniendo que:

“Esto significa que el derecho penal no existe para sancionar exclusivamente con base en la confrontación que se haga de la acción humana con la norma, sino, más allá, para punir cuando de manera efectiva e injustificada se afecta o somete a peligro un bien jurídicamente tutelado.

Por su parte, en la sentencia del 8 de agosto de 2005, la Corporación llegó a las siguientes conclusiones: (i) la

cantidad de droga portada por el consumidor en ese caso, ligeramente superior a la permitida legalmente, no es punible debido a que su carácter insignificante se ofrece inane en el ámbito de la antijuridicidad material; y (ii) el porte de pequeñas cantidades por un expendedor, traficante o comerciante, vulnera bienes jurídicamente amparados por el ordenamiento jurídico¹², pautas que fueron reiteradas en el auto del 23 de agosto de 2006, dentro del radicado 25745.

Este criterio fue ratificado en la casación 23609 de 2007, en la cual la Sala fue enfática al considerar que el derecho al libre desarrollo de la personalidad no puede ser invocado para desconocer derechos ajenos colectivos o para limitar la capacidad punitiva del Estado, pues no se trata de un derecho de carácter absoluto, y reiteró su criterio de punición cuando el porte de las sustancias alucinógenas por parte del adicto superaba la cantidad legalmente tolerada, por considerarla lesiva de los bienes jurídicos de la salud pública, la seguridad pública y el orden social o económico.

Posteriormente, en sentencia del 8 de octubre de 2008¹³, la Colegiatura precisó que (i) una acción relativa al *porte* de estupefacientes que equivalga a la dosis personal mínima, o que incluso no la supere de manera excesiva, carecerá desde el

¹² CSJ., SP., sentencia del 8 de agosto de 2005, Rad. 18.609..

¹³ CSJ., SP., sentencia del 8 de octubre de 2008, R. 28195.

punto de vista objetivo de relevancia penal, según lo estipulado en el artículo 11 de la ley 599 de 2000 (principio de antijuridicidad material), siempre y cuando se haya demostrado que sólo podía repercutir en el ámbito de la privacidad de quien la consume; y (ii) quien distribuya o venda cantidades incluso menores a la dosis mínima, pone en peligro bienes jurídicamente amparados (salud pública, orden económico y social, seguridad pública etc.), y por ende, no constituye una acción insignificante ajena al derecho penal.

Ese mismo año, se produjo la decisión correspondiente al radicado 29183, en donde la Corporación confirmó el criterio de que la posesión ligeramente superior a la dosis mínima permitida, no siempre amenaza el bien jurídicamente tutelado, pero insistió en la necesidad de que en cada caso sometido a su consideración, los jueces debían analizar las particularidades que el mismo presentara, a efecto de aplicar las correspondientes consecuencias jurídicas.

«Debe, entonces, en cada caso examinarse si la conducta del consumidor trasciende su fuero interno y llega a afectar derechos ajenos, individuales o colectivos, pues sólo así se entenderá superada la exigencia de la afectación, a nivel de lesión o puesta en peligro, del bien jurídico como presupuesto para considerar en estos asuntos, legítimo el ejercicio del poder punitivo del Estado, es decir, para considerar demostrada la antijuridicidad de una conducta susceptible de punibilidad.»

Se pregunta la Corte si la simple posesión de la cantidad aludida por encima de la dosis personal, puede en este caso justificar la intervención del derecho penal y legitimar la imposición de una sanción.».

A continuación, en sentencia del 8 de julio de 2009, dentro del radicado 31531, la Corte avanzó en la definición de las siguientes pautas interpretativas en materia de dosis personal de droga: (i) las normas legales sobre la dosis personal deben aplicarse de conformidad con el principio de lesividad en el Estado constitucional, social y democrático de derecho; (ii) cuando se exceda en *pequeña cantidad* el estupefaciente que alguien porta, debe acreditarse que no tenía como finalidad su distribución, comercialización, venta o suministro, sino su exclusivo consumo personal; (iii) el concepto de dosis personal se extiende a aquel de *aprovisionamiento*, el cual abarca a los consumidores habituales y ocasionales, es decir, a quienes no presentan dependencia física o síquica; (iv) en cada caso concreto deberá examinarse si la conducta del consumidor trasciende su fuero interno y llega a afectar derechos ajenos; (v) resulta admisible la noción de “dosis de aprovisionamiento”, el cual se presenta cuando se reúnen varios adictos o consumidores con el fin de consumir conjuntamente un estupefaciente, caso en el cual alguno de ellos podría aparecer portando cantidades levemente superiores de las legalmente permitidas como dosis para uso personal, circunstancia que eventualmente no sería

lesiva de bienes jurídicos en cuanto no se trataría de una actividad de suministro o de tráfico, sino de tenencia conjunta para el propio uso, dada la condición de adictos o de consumidores que ostentan; y (vi) en estos supuestos en que la conducta no trasciende la propia salud de los adictos o consumidores, podría estimarse que se ofrece carente de lesividad social y, por ende, carente de reproche penal por ausencia de antijuridicidad material.

En el mencionado pronunciamiento, que pese a su extensión, debido a su importancia la Corte se permite traerlo a colación, precisó:

2.- Del principio de lesividad en el Estado constitucional, social y democrático de Derecho.-

*De acuerdo con los elementos materiales de prueba que obran en la actuación, **se tiene establecido que el aquí procesado al momento de su aprehensión llevaba consigo una cantidad de 1.3 gramos de cocaína que iban en dos papeletas** (se destaca), objetividad de la cual se infiere que apenas sobrepasó la dosis personal, comportamiento por el que resultó condenado a la pena principal de sesenta y cuatro (64) meses de prisión, sin que los jueces de instancia hubiesen reparado que el Código Penal dentro de sus normas rectoras tiene consagrado el principio de lesividad así:*

Ley 599 de 2000.- art. 11.- Antijuridicidad.- Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

Sobre éste postulado, la Corte entre otros pronunciamientos ha dicho:

Del concepto así expresado se destaca entonces la trascendencia que tiene la noción de lesividad en el derecho penal, por la cual, como sistema de control lo hace diferente de los de carácter puramente ético o moral, en el sentido de señalar que, además del desvalor de la conducta, que por ello se torna en típica, concurre el desvalor del resultado, entendiendo por tal el impacto en el bien jurídico al exponerlo efectivamente en peligro de lesión o al efectivamente dañarlo, que en ello consiste la llamada antijuridicidad material contemplada en el artículo 11 del Código Penal.

Pero, además, se relaciona este principio con el de la llamada intervención mínima, conforme al cual el derecho penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del ordenamiento jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo, noción en la que se integran los postulados del carácter fragmentario del derecho penal, su consideración de última ratio y su naturaleza subsidiaria o accesoria, conforme a los cuales el derecho penal es respetuoso y garante de la libertad de los ciudadanos, por lo cual sólo ha de intervenir en casos de especial gravedad y relevancia, ante bienes jurídicos importantes y cuando, los demás medios de control resultan inútiles para prevenir o solucionar los conflictos, esto es, reclamando como necesaria la intervención del derecho penal.

Sobre estos postulados, la Corte ha establecido que ante la insignificancia de la agresión, o la levedad suma del resultado, “es inútil o innecesaria la presencia de la actividad penal, como tal es el caso de los llamados delitos de resultado de bagatela”¹⁴.

En igual sentido la Corte dijo:

El principio de lesividad de la conducta punible surgió como un criterio de limitación del poder punitivo dentro del moderno Estado de derecho, en el entendido de que constituye una obligación ineludible para las autoridades tolerar toda actitud o comportamiento que de manera significativa no dañe o ponga en peligro a otras personas, individual o

¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 8 de agosto de 2005, Rad. 18609, citada en la del 26 de abril de 2006, Rad. 24612.

colectivamente consideradas, respecto de los bienes y derechos que el ordenamiento jurídico penal está llamado como última medida a proteger.

Este principio, propio del derecho penal ilustrado, no sólo está íntimamente ligado a otros de la misma índole (como los de necesidad, proporcionalidad, mínima intervención, separación entre derecho y moral, subsidiariedad y naturaleza fragmentaria), sino que también le otorga un sentido crítico a la teoría del bien jurídico, e incluso habilita en el derecho penal la misión de amparo exclusivo de los mismos, tal como lo ha sostenido en forma casi unánime la doctrina al igual que de manera pacífica la jurisprudencia constitucional y la de la Sala en múltiples providencias (...)

De ahí que la función crítica como reductora del bien jurídico no se agota cuando el legislador crea nuevos tipos penales, ni tampoco cuando el Tribunal Constitucional ejerce el control que le es propio respecto de dicha competencia, sino que suele manifestarse en la labor de apreciación que todos los operadores jurídicos, y en últimas el juez, realizan acerca del alcance de la descripción típica contenida en la norma frente a la gama de posibilidades que el diario vivir le ofrece a la administración de justicia como motivo de persecución, juzgamiento y sanción jurídico penal.

Así lo ha precisado la Sala:

(...) el principio de lesividad ha de operar no en la fase estática de la previsión legislativa, sino en la dinámica de la valoración judicial de la conducta, habida cuenta que el cambiante mundo de las interferencias comunicativas de las que se ha hablado hace que vivencialmente, en un momento socio histórico determinado, ciertos actos tengan una específica significación social que los hacen dañinos por la potencialidad que tienen de afectar un ámbito de interrelación, como la convivencia pacífica en éste caso, o que el mismo comportamiento no tenga la virtualidad de impresionar las condiciones que la permiten en un ámbito temporo espacial diferente.

Si no fuera de esta manera, es decir, si el principio de lesividad careciera de incidencia alguna al

momento de constatar el ingrediente del bien jurídico por parte de los funcionarios, habría que investigar por un delito contra la administración pública al servidor público que tomó una hoja de papel de la oficina y la utilizó para realizar una diligencia personal, o procesar por una conducta punible contra la asistencia de la familia al padre que de manera injustificada tardó un día en el pago oportuno de la cuota de manutención, o acusar por un delito en contra de la integridad a los bromistas que le cortaron el pelo al amigo que se quedó dormido, etcétera¹⁵.

En relación con el comportamiento que ocupa el control constitucional y legal, no se requiere de mayores argumentos para advertir que se trata de un porte de sustancia estupefaciente en pequeña cantidad, la cual de manera escasa sobrepasó la denominada dosis personal máxima presuntiva¹⁶, de donde se puede inferir que el aquí procesado la llevaba consigo para su consumo, como de manera puntual lo planteó el Ministerio Público en la audiencia¹⁷, además que no existe prueba en contrario con la que se puedan hacer deducciones en sentido de que el propósito del aquí procesado fuera el de comerciar con ese gramo largo y obtener lucro.

Estos hechos y teniendo en cuenta que en contra del mismo se profirió el 17 de abril de 2006 por parte del Juzgado 4º Penal del Circuito de Armenia un fallo de condena por idéntica

¹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, *Sentencia* del 13 de mayo de 2009, Rad. 31.362.

¹⁶ El artículo 51 de la Ley 30 de 1986, estatuyó: “El que lleve consigo, conserve para su propio uso o consuma cocaína, marihuana o cualquier otra droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como *dosis de uso personal*, conforme a lo dispuesto en ésta ley, incurrirá en las siguientes sanciones ...” Y, el artículo 376 cp-2000, dice: “Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. El que sin permiso de autoridad competente, *salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal*, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a veinte (20) años y multa de (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes (...).”

A la vez, el artículo 2-j del primer texto legal en cita, señala la *dosis para uso personal* como “la cantidad de estupefaciente que una persona *porte* o conserve para su propio consumo”, y estableció unas “máximas presuntivas” que no exceden de 20 gramos para la marihuana, de cinco gramos para marihuana hachís y de *un (1) gramo para cocaína* o cualquier sustancia a base de cocaína. Y agrega: “no es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera sea su cantidad”.

¹⁷ “Yo afirmo (...) que en éstos casos en donde consumidores, como éste ciudadano, sobrepasan ligeramente la dosis personal, es un tema de no antijuridicidad material y en concreto de no lesividad (...)” Récord 1.12:24

conducta, permiten descartar que el destino de aquella era el suministro a terceros y excluir el tráfico de la misma para el logro de utilidades económicas.

1.9.- Advierte la Corte, que con posterioridad al mencionado pronunciamiento, el 21 de diciembre de 2009 se produjo una enmienda constitucional con la expedición del Acto Legislativo 02, mediante el cual se modificó la redacción del artículo 49 Superior, disponiendo lo siguiente:

«ARTÍCULO 1o. El artículo 49 de la Constitución Política quedará así:

“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad.

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 (se destaca).

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.

ARTÍCULO 2o. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación.».

Con fundamento en el citado Acto Legislativo, la Ley 1453 del 24 de junio de 2011, artículo 11, reformó el texto del artículo 376 del Código Penal, en los siguientes términos:

«Artículo 376. *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

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

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 veinticuatro (124) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.».

Como puede advertirse, en esta reforma legal no se hizo mención alguna al tema de la dosis personal, con lo cual, *prima facie*, se podría llegar a entender que la misma fue prohibida por el ordenamiento jurídico. No obstante lo anterior, fallos posteriores de la Corte Constitucional y de esta Sala arribaron coincidentemente a la conclusión contraria.

Fue así como la Corte Constitucional, en sentencia C- 574 del 22 de julio de 2011, se declaró inhibida para pronunciarse sobre una demanda ciudadana, presentada contra la expresión “*El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica*”, contenido en el Acto Legislativo 02 de 2009, por un supuesto vicio de sustitución de la Constitución.

A pesar de tratarse de un fallo inhibitorio, la Corte Constitucional analizó en profundidad el contenido y el alcance del Acto Legislativo 02 de 2009. Para tales efectos,

adelantó una interpretación histórica, sistemática, teleológica y exegética de la mencionada reforma constitucional.

En cuanto a la interpretación **histórica**, la Corte encontró que: (i) no todos los representantes y senadores estaban de acuerdo con la propuesta de modificación constitucional y se establecieron puntuales críticas relacionadas con la posible sustitución de la Constitución de 1991, por la limitación de la dignidad de la persona humana, el pluralismo y la autodeterminación; (ii) se argumentó que la reforma era antitécnica e inconveniente ya que tenía contenido legislativo y no constitucional y que se constitucionalizaba una política de gobierno en un derecho fundamental; y (iii) con la reforma se podía dar una confrontación entre el derecho a la salud del artículo 49 de la Carta Política, con el derecho al libre desarrollo de la personalidad del artículo 16 del Estatuto Superior.

En cuanto a la **interpretación sistemática** del inciso sexto del artículo 49, con el resto del Texto Superior, la Corte Constitucional encontró que dicho apartado, que está inserto en el derecho a la salud, debía interpretarse de manera acorde con un concepto amplio de dignidad que comprendiera el derecho a la autodeterminación (artículo 1); el derecho a la vida y el deber del Estado de protegerla (art. 11 e inciso segundo del artículo 2º); la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás

(inciso tercero del artículo 44); la protección y la formación integral del adolescente (artículo 45); la obligación de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos a quienes se les preste la atención especializada que requieran (art. 47); el mismo derecho a la salud y al saneamiento ambiental (art. 49); y el artículo 95 que establece que toda persona tiene el deber de *«Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios»*.

Por su parte, de conformidad con una **interpretación teleológica** la Corte encontró que: (i) en cuanto al objetivo y la finalidad de la reforma, el Ministerio del Interior y de Justicia no pretendió penalizar la dosis personal sino prohibirla y acompañar a quienes sufren estados de alteración derivados del consumo de estupefacientes *“de medidas de protección que conserven su dignidad y su vida”*; (ii) la finalidad del precepto, buscaba acompañar a la prohibición con medidas temporales restrictivas de la libertad, **que no fueran de carácter penal** y que fueran dadas por un Tribunal mixto o de tratamiento conformado por entes judiciales y de salud. No obstante, la Corte aclaró que: *«Sin embargo, se repite que en el caso concreto no se puede analizar la prohibición absoluta del porte y consumo de estupefacientes de una manera autónoma e independiente del resto del inciso sexto del artículo 49 de la C.P.»*.

A su vez, una **interpretación exegética** de la norma acusada apuntaría, según este Tribunal Constitucional a *«a inferir que la prohibición del porte y consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, salvo prescripción médica, que en un principio parece como absoluto, podría estar limitado ya que se establece que estas medidas de índole administrativo se establecerán (SIC) solamente con fines preventivos y rehabilitadores de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias y que el sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto, circunstancia que atenuaría la prohibición sin limitaciones del porte y consumo de estas sustancias.»*.

A manera de **colofón**, la Corte Constitucional afirmó que *«Una vez analizado el apartado demandado desde el punto de vista sistemático, teleológico y literal, se puede concluir que la prohibición que se establece, que en un primer momento parece de carácter absoluto, se limitaría o restringiría, ya que las medidas administrativas de carácter pedagógico, terapéutico y profiláctico solo se podrían dar con el consentimiento informado del adicto.»*.

Bajo la misma óptica interpretativa, el 14 de diciembre de 2011, dentro del radicado 34093, la Sala consideró que el principio de lesividad, consagrado en el artículo 11 de la Ley 599 de 2000, en cuanto establece que la *antijuridicidad* de la conducta típica está sujeta a la puesta en peligro de

manera real o efectiva, sin justa causa, del bien jurídicamente tutelado por la ley, plantea dos exigencias fundamentales a la hora de incriminar una conducta, la primera, que debe tratarse de una conducta que afecte las necesidades del sistema social considerado en su conjunto y, la segunda, las consecuencias de la lesión deben poder ser constatadas en la realidad social, lo que implica la accesibilidad a su valoración por las ciencias empírico-sociales.

Igualmente, en sentencia del 17 de agosto de 2011¹⁸, concluyó lo siguiente:

«Considera la Sala que aún con la prohibición constitucional de porte y consumo de estupefacientes, el concepto de dosis personal no ha desaparecido del ordenamiento jurídico, pues el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, no ha sido derogado, a pesar de las varias normas que se han expedido en orden a tener por lícito su consumo y ahora por penalizarlo.» Lo que advierte la Sala es un conflicto entre normas de carácter constitucional, a saber, el artículo 49 que prohíbe el porte y consumo de lo conocido en nuestra comunidad jurídica como dosis personal, y el artículo 16 que consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por cuya defensa y efectividad, desde el año 1994, la Corte Constitucional declaró contraria a la Carta la norma legal, artículo 51 de la ley 30 de 1986, que sancionaba penalmente a personas adictas a las drogas enunciadas en el artículo 376.»

¹⁸ CSJ., SP., sentencia del 17 de agosto de 2011, R. 35978.

Este criterio fue también aplicado en el auto de inadmisión de demanda de revisión 37380 de diciembre 7 de 2011, en donde esta Corte reiteró su criterio en el sentido que en aquellos supuestos en los cuales el portador de la sustancia se sobrepase la cantidad mínima contemplada por la ley, en un rango que no pueda ser catalogado de leve, la conducta debe ser considerada como punible.

Posteriormente, la Corte Constitucional profirió la sentencia C-491 de 2012, tomando en consideración diversos fallos proferidos por esta Sala en relación con el porte de la dosis personal de estupefaciente y declaró exequible el artículo 376 de la Ley 599 de 2000, tal como fue modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, *«en el entendido de 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»*.

Esta Colegiatura, por su parte, en la casación 38516 de abril 18 de 2012, mantuvo la postura, en el sentido de que cantidades de droga, destinadas para uso o consumo personal que sobrepasen mínimamente la dosis personal legal, pueden eventualmente ser excluidas de responsabilidad en la medida en que no alcancen a afectar los bienes jurídicos tutelados, afirmando que en los supuestos en que se supere la cantidad legalmente

estipulada para la dosis personal se pone en peligro la salud pública como bien jurídico protegido por el legislador.

Reiterando, una vez más el sentido de los fallos anteriores, el 30 de diciembre de 2013, dentro del radicado 38103, sostuvo:

« para la configuración de este elemento estructurante de la conducta punible, no basta que se satisfaga desde el punto de vista netamente formal, esto es, exclusivamente referido a la contradicción entre la norma jurídica y la conducta del agente, sino que, correlativamente es imperioso que ponga efectivamente en peligro o lesione sin justa causa el bien jurídico objeto de protección.».

Finalmente, esta línea interpretativa fue enfatizada en pronunciamiento del 18 de junio de 2014, dentro del radicado 39090, donde afirmó:

«Un comportamiento típico sólo puede considerarse base o fundamento del delito si de modo efectivo lesiona o al menos pone en peligro un bien jurídico tutelado por la ley.».

1.10.- A manera de conclusión, puede afirmarse válidamente que tanto la jurisprudencia constitucional, como la de esta Corporación han vinculado el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes a una amplia gama de bienes jurídicos susceptibles de ser vulnerados tales como la salud pública, la seguridad pública y el orden económico y social, debido a que el consumo de las drogas

objeto de regulación afectan negativamente la salud produciendo adicción y dependencia; produce cambios en la conducta con posibilidades de afectar bienes jurídicos ajenos, dado que actúa sobre el sistema nervioso central, y genera altos índices de violencia por los grandes volúmenes de dinero en efectivo que se manejan y porque la alta rentabilidad que el tráfico de estupefacientes ha conllevado a que sea utilizado para la financiación de grupos de delincuencia organizada, armada y jerarquizada que atentan contra el monopolio estatal de la fuerza como presupuesto de la pacífica convivencia, al tiempo que propicia la circulación de grandes capitales que afectan gravemente las fuerzas económicas del país, tiene una alta capacidad corruptora y genera indiferencia por el daño causado a los titulares de los derechos que se cercenan.

En tal orden de ideas, puede llegar a sostenerse sin hesitación alguna que, pasados todos estos cambios legislativos y pronunciamientos de la Corte Constitucional, esta Sala mantiene su línea jurisprudencial en el sentido de que (i) el sólo porte de dosis para fines de uso exclusivamente personal de sustancias estupefacientes, en las cantidades y variedades establecidas por el legislador, es una conducta atípica, en cuanto no afecta bienes jurídicos ajenos, distintos de la propia salud del consumidor o del adicto; (ii) el suministro, distribución o venta de droga, o la sola

tenencia o porte con fines de distribución, comercialización o venta sin permiso de autoridad competente, a la luz del ordenamiento constitucional y legal vigente, constituyen conductas delictivas, por ende sancionables penalmente, así se trate de cantidades menores a aquellas identificadas en la ley como dosis para uso personal.

Finalmente advierte la Corte que, de acuerdo con la Ley 745 de 2002, incurre en conducta contravencional quien consume sustancias estupefacientes en presencia de menores de edad, o en el domicilio propio con grave riesgo para la tranquilidad del hogar, así como la ingesta, porte o almacenamiento en cantidades consideradas como dosis personal en establecimientos educativos o lugares aledaños, o en el domicilio de personas que aún no hayan obtenido la mayoría de edad; siendo claro que en ningún caso operaría la privación de la libertad personal¹⁹.

¹⁹ La Ley 745 de julio 19 de 2002, publicada en el Diario Oficial No 44872, señala: Por la cual se tipifica como contravención el consumo y porte de dosis personal de estupefacientes o sustancias que produzcan dependencia, con peligro, El Congreso de Colombia DECRETA:

ARTÍCULO 1o. El que en presencia de menores de edad consume estupefacientes o sustancias que produzcan dependencia, incurrirá en las siguientes sanciones:

1. Multa entre dos (2) y cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales cuando incurra en la conducta por primera vez.
2. Multa entre cuatro (4) y seis (6) salarios mínimos legales mensuales en caso de reincidencia.

PARÁGRAFO. En igual sanción incurrirá el que en su domicilio y con riesgo grave para la unidad y el sosiego de la familia, consume estupefacientes o sustancias que produzcan dependencia.

ARTÍCULO 2o. El que consume, porte o almacene estupefacientes o sustancias que generen dependencia, en cantidad considerada como dosis personal, en establecimientos educativos o en lugares aledaños a los mismos o en el domicilio de menores, será sancionado con multa de cuatro (4) a ocho (8) salarios mínimos legales mensuales.

No escapa a la Corte que en la actualidad existe una tendencia mundial hacia la despenalización del porte y consumo de dosis personal de sustancias estupefacientes, a tal punto que el pasado 13 de marzo de 2014, un Grupo de Trabajo de la Oficina de las Naciones Unidas contra la

ARTÍCULO 3o. Cuando el consumo de sustancias estupefacientes o alucinógenas en presencia de menores de edad se realice en lugar público o abierto al público o en establecimiento comercial de esparcimiento, la Policía procederá inmediatamente a retirar del lugar de los hechos al infractor y a decomisar la sustancia objeto, de la contravención. Así mismo, pondrá el hecho en conocimiento de las autoridades competentes.

La omisión o la tardanza en el cumplimiento de tal deber por parte de los miembros de la Policía serán sancionadas con la destitución del empleo.

ARTÍCULO 4o. La sanción de multa a que se refieren los artículos anteriores será convertible en arresto a razón de cinco (5) días de arresto por cada salario mínimo legal mensual impuesto.

Habrá lugar a las sanciones previstas en los artículos anteriores siempre y cuando las conductas no constituyan los delitos tipificados en los artículos 378 ("estímulo al uso ilícito"), y 381 ("suministro a menor") del Código Penal.

ARTÍCULO 5o. Serán competentes para conocer de las contravenciones tipificadas en los artículos anteriores los jueces penales o promiscuos municipales. En todo caso, se aplicarán los principios rectores del Código de Procedimiento Penal. En ningún caso procederá la privación de la libertad del imputado, salvo en el supuesto de renuencia a pagar la multa dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de la providencia que la impusiere. Para la conversión de multa en arresto se escuchará previamente al sancionado y, al Ministerio Público y la resolución que la decrete será apelable en el efecto suspensivo.

ARTÍCULO 6o. La acción contravencional procederá de oficio, salvo en el caso contemplado en el parágrafo del artículo 1o. de esta ley, evento en el cual se requerirá querrela de parte de los perjudicados por la conducta.

La acción contravencional caduca en seis (6) meses contados desde la fecha de ocurrencia del hecho.

ARTÍCULO 7o. El establecimiento de comercio de esparcimiento público, en cuyo interior su propietario o administrador faciliten, autoricen o toleren el consumo de dosis personal de sustancias, estupefacientes o que produzcan dependencia por parte de menores de edad o en presencia de éstos, será sancionado con cierre entre quince (15) y treinta (30) días. En caso de reincidencia la sanción será el cierre definitivo del establecimiento.

ARTÍCULO 8o. De la infracción prevista en el artículo anterior conocerán los Inspectores Municipales de Policía de conformidad con el procedimiento previsto en el Libro Primero del Código Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO 9o. Cuando el autor de cualquiera de las conductas contravencionales descritas en la presente ley sea un menor de edad podrá ser sometido a tratamiento de rehabilitación y desintoxicación a cargo del Estado, a solicitud de los padres o custodios y previa evaluación del Defensor de Familia, conforme al procedimiento previsto en la Ley 124 de 1994.

PARÁGRAFO. Cuando el Defensor de Familia lo considere necesario y medie la solicitud expresa de la familia o del autor de cualquiera de las conductas contravencionales descritas en la presente ley, se podrá someter a tratamiento de rehabilitación y desintoxicación a cargo del Estado, a personas mayores de 18 años.

Droga y el Delito (UNODC)²⁰, presentó en Viena un informe contentivo de un conjunto de recomendaciones encaminadas a desincentivar el empleo de medidas penales para los consumidores de drogas.

Las recomendaciones de la ONU concuerdan con los informes elaborados por la “American Public Health Association”, la Federación Internacional de la Cruz Roja, la Organización Mundial de la Salud, al igual que un grupo importante de Organizaciones no Gubernamentales.

En palabras del mencionado Informe, la despenalización de la posesión de la dosis personal, comporta mayores beneficios en términos de seguridad ciudadana y de salud pública, tales como:

- Reducción significativa del número de personas arrestadas y encarceladas.
- Aumento de la eficacia de los tratamientos contra las drogas
- Reducción de los gastos en justicia y redireccionamiento de los recursos públicos hacia programas de salud para los drogadictos.
- Reducción de los recursos destinados a la policía y prevención de la comisión de delitos relacionados con el consumo de drogas.

²⁰ Cfr. <http://www.drugpolicy.org/news/2014/03/united-nations-criminal-sanctions-drug-use-are-not-beneficial>.

- Minimización de los estigmas creados contra las personas que usan drogas.
- Mejoramiento de los programas dirigidos contra la prevención del VIH-SIDA.
- Evitarle a los consumidores los traumas que implican la privación de la libertad.

Más recientemente, en el mes de julio del presente año, en un informe publicado por la **Organización Mundial de la Salud (OMS)** ²¹, la Entidad manifestó su apoyo a la despenalización del consumo personal de psicoactivos. El reporte de 159 páginas se centró principalmente en la prevención y atención del VIH en el mundo e incluyó una breve sección sobre “recomendaciones de buenas prácticas relativas a la despenalización”. La OMS ofreció las siguientes sugerencias:

- Los países deben trabajar hacia el desarrollo de políticas y leyes que despenalicen la inyección de drogas y otros usos y, por lo tanto, reducir el encarcelamiento.
- Los países deben trabajar hacia las políticas y leyes de desarrollo que despenalicen el uso de agujas y jeringas estériles, y la legalización de la terapia de sustitución de opiáceos (analgésicos potentes como la morfina) para las personas que son dependientes.

²¹ http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/128048/1/9789241507431_eng.pdf?ua=1&ua=1

- Los países deberían prohibir el tratamiento obligatorio para las personas que utilizan y/o se inyectan drogas.

El pasado 13 de julio del año que transcurre, se conocieron los resultados del Estudio Nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas en Colombia para el año 2013²², realizado por el gobierno nacional a través del **Ministerio de Justicia y del Derecho** –Observatorio de Drogas en Colombia-, y el **Ministerio de Salud y Protección Social**, con el apoyo de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito –UNODC-, la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas –CICAD- de la Organización de Estados Americanos –OEA- y la Embajada de los Estados Unidos, en el que se determinó que el 3.3% de los colombianos consume marihuana con cierta frecuencia, el 11.5% la ha probado alguna vez en su vida y 439.630 compatriotas son dependientes de esta sustancia.

Ante estas reveladoras cifras, el Ministro de Salud señaló que el aumento en el consumo de cocaína, heroína y marihuana constituye **un problema de salud pública** que debe ser atendido por el gobierno.

Estas declaraciones resultan concordantes con las expresadas por el Secretario Ejecutivo de la **Comisión**

²²http://www.unodc.org/documents/colombia/2014/Julio/Estudio_de_Consumo_UNODC.pdf, búsqueda del 8 de agosto de 2014. Cfr. también resultados en *Revista Semana*, Edición 1683, del 3 al 10 de agosto de 2014, Bogotá, pág. 44.

Interamericana para el Control del Abuso de Drogas – CICAD-, para la **Organización de Estados Americanos - OEA**²³, quien el pasado 4 de noviembre destacó que el problema de la droga *«debía ser tratado desde el punto de vista de la salud pública»* porque *“la drogodependencia es realmente una enfermedad”*, razón por la cual *«doce países americanos han optado por despenalizar el consumo personal de drogas y pese a eso no ha aumentado su consumo»*, y que *«esta forma de abordar el problema contribuye a evitar la sobrepoblación de las cárceles con personas que consumen pequeñas cantidades»*.

Así las cosas, cabe concluir que en Colombia, la despenalización del consumo y porte de drogas estupefacientes en cantidades normativamente señaladas como dosis para uso personal, es tema que constitucional, legal y jurisprudencialmente ha de entenderse por superado, máxime si desde el marco constitucional se ha comprendido que el adicto es un enfermo que requiere de atención especial del Estado, a fin de lograr su recuperación.

Sucede además, que en opinión de la Corte, las recientes manifestaciones del Gobierno Nacional sobre el apoyo a la “legalización del uso medicinal de la marihuana”, no constituyen cosa distinta que el ejercicio del poder

²³ Cfr. <http://www.elespectador.com/noticias/actualidad/aumenta-america-tendencia-de-despenalizar-consumo-perso-articulo-456512>. Búsqueda de agosto 8 de 2014.

reglamentario otorgado al ejecutivo por el artículo 3° de la Ley 30 de 1986, según el cual *<<La producción, fabricación, exportación, importación, distribución, comercio, uso y posesión de estupefacientes, lo mismo que el cultivo de plantas de las cuales éstos se produzcan, se limitará a los fines médicos y científicos, conforme a la reglamentación que para el efecto expida el Ministerio de Salud>>*, y no la exteriorización de la voluntad del órgano gubernamental por promover la legalización generalizada del cultivo, fabricación, importación, exportación, y suministro indiscriminado de sustancias estupefacientes como se ha querido presentar por algunos medios, pues acorde con la normativa constitucional y legal vigente, a la Corte le resulta claro que el tráfico, fabricación o porte de sustancias estupefacientes en cantidades no catalogadas como dosis de uso personal, sigue siendo considerado por la ley como comportamiento lesivo de la salud pública que amerita la aplicación de las correspondientes consecuencias jurídicas.

Dada entonces la sinrazón de la protesta, el cargo no prospera.

2.- SEGUNDO CARGO. Violación indirecta de la Ley. Error de hecho por falso juicio de existencia por suposición. Falta de aplicación del artículo 63 del Código Penal.

Como se recuerda, el demandante sostiene que el Tribunal supuso la existencia de prueba demostrativa de la finalidad de comercialización de la sustancia estupefaciente incautada al acusado y que dicho desacierto dio lugar a que no se le otorgara el sustituto penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena de que trata el artículo 63 del Código Penal.

A este respecto cabe señalar la impropiedad en que incurre el libelista, toda vez que el Tribunal por parte alguna sostuvo que en la actuación obraba algún específico medio de conocimiento que inequívocamente acreditara la finalidad de comercialización de las sustancias incautadas, en cuyo evento la invocación del error de hecho por falso juicio de existencia por suposición sí resultaba procedente, sino que arribó a dicha conclusión después de analizar las circunstancias en que se produjo la aprehensión, el lugar del cuerpo donde el acusado ocultaba las drogas, y la manera como ésta se hallaba empacada, lo que denota que el supuesto yerro no sería en manera alguna de existencia sino de raciocinio.

Para que no quede duda alguna sobre aquello que la Corte viene de advertir, plausible se ofrece recordar la argumentación del Tribunal sobre dicho particular aspecto:

Por otra parte, la apelante se mostró inconforme con la negativa

RADICACIÓN No. 33409. CASACIÓN
EDGAR ALFONSO MORENO MORENO

del a quo a conceder la suspensión condicional de la pena a su defendido.

Frente a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ésta procede cuando la prisión no excede de tres años y de conformidad con los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, la modalidad y gravedad de la conducta punible se pueda deducir que no hay necesidad de su ejecución, según el artículo 63 de la Ley 599 de 2000.

(...)

La condena impuesta EDGAR ALFONSO MORENO MORENO fue de 34 meses de prisión, es decir se cumple el requisito objetivo del citado artículo 63.

El factor subjetivo entraña un juicio fundado en la capacidad y dinámica de la conducta del condenado, enmarcada en aspectos tales como el social que a su vez permite un pronóstico de la personalidad reflejada en sus actos, entre ellos los delictivos.

Por eso, es inevitable examinar la naturaleza, gravedad, modalidad de la infracción penal y demás tópicos que sin duda son elementos que permiten determinar el riesgo futuro de la conducta de EDGAR ALFONSO MORENO MORENO para la comunidad, pues tales aspectos constituyen manifestaciones sociales y personales.

Por delitos como el narcotráfico es que el país está singularmente afectado, hasta el punto que provoca enorme inseguridad personal y económica de sus gentes, pues se trata de una delincuencia extremadamente organizada, ambiciosa, egoísta y dañina. De modo que el mejoramiento del individuo que comete esta clase de ilícitos, como amenaza los mínimos de convivencia, no puede pronosticarse favorablemente para una sociedad que aún no ha podido reducir esas formas graves de aparición delictiva, precisamente por la repetición de dichos comportamientos individuales y empresariales que difícilmente se abandonan por las enormes ganancias que representan.

Cabe anotar que por estrecho que sea el vínculo con el narcotráfico, no se puede examinar como un hecho aislado

porque es una actividad ilícita muy rentable que depende de la poca o mucha colaboración de los involucrados. El fomento de dichas labores ilegales ha llevado al irrespeto y quebranto de los valores y principios que deben regular la sana convivencia y que lesionan no sólo la salud pública sino la seguridad.

No obra prueba en el expediente que demuestre que el procesado es consumidor de las sustancias estupefacientes que portaba y en caso de ser cierto, esto no excluye que los alucinógenos no tuvieran como fin su comercialización, pues recuérdese que los dos superan en más del doble la dosis personal y la cocaína hallada no estaba guardada en un solo contenedor sino empacada en 10 papeletas, de lo que se desprende que estaban destinados a su enajenación.

Esto evidencia, que el Tribunal no se inventó la prueba a partir de la cual llegó a la conclusión que el libelista censura, sino que tras considerar incontrovertible que el acusado fue aprehendido por la Policía llevando consigo dos tipos diferentes de sustancias alucinógenas, en cantidades que superaban ampliamente la denominada dosis para uso personal, y una de ellas, la cocaína, distribuida en 10 empaques o papeletas, estimó razonable inferir que la intención no era el consumo personal, pues además no aparecía prueba demostrativa de la condición de consumidor o de adicto a dichas sustancias por parte del acusado, sino la comercialización o el suministro a terceros.

De ahí que si el demandante pretendía cuestionar dichos planteamientos, no tenía alternativa diversa a la de acudir al error de hecho por falso raciocinio y acreditar que en la apreciación de la prueba el Tribunal transgredió las leyes de

la ciencia, los postulados de la lógica o las reglas de experiencia, es decir, la sana crítica como método de ponderación de los medios, y que ello resultó determinante en la falta de aplicación de la disposición que denuncia inaplicada, nada de lo cual siquiera ensaya.

No obstante la errada formulación de la censura, al advertir la Corte que eventualmente podría asistirle razón al libelista en la queja por no haberse concedido al acusado la suspensión condicional de la ejecución de la pena pese a cumplirse los presupuestos normativamente establecidos para ello, la Corte optó por admitir la demanda con miras a un pronunciamiento de fondo sobre dicho particular.

Lo cierto del caso es que, independientemente de la incorrección en la formulación del reparo por parte del libelista, del contenido de su propuesta surge nítida la denuncia sobre la falta de aplicación de lo dispuesto por el artículo 63 del Código de Procedimiento Penal, pese a cumplirse a cabalidad los presupuestos establecidos para ello, siendo esta la razón por la cual en este caso el estudio de fondo de la censura resulta procedente.

A este respecto, cabe señalar, que el Tribunal dio por sentado el cumplimiento del presupuesto objetivo de la norma invocada en la demanda como transgredida en la sentencia de segunda instancia, toda vez que la disposición

por entonces vigente, sin las modificaciones introducidas por la Ley 1709 de 2014, exigía que la pena impuesta fuera de prisión que no excediera de tres años, cuestión que aquí sin dificultad ninguna resulta satisfecha, toda vez que la pena impuesta fue de 34 meses de prisión y 1.45 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa.

De igual modo, en torno a los presupuestos de índole subjetiva, cabe señalar que la norma en comento prevé que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de la ejecución de la pena.

A este respecto la Corte advierte que si bien no cabe duda que el tráfico de sustancias estupefacientes es comportamiento de gravedad inusitada en cuanto no solo afecta la salud pública, sino que además de la pacífica convivencia y el orden económico y social ha dado muestras de pretender desquiciar el andamiaje institucional de nuestro país, en el caso concreto es claro que no figura acreditada inequívocamente la finalidad de comercialización de las drogas halladas en poder del acusado, lo cual de suyo descarta el fundamento que el sentenciador tuvo para calificar como sumamente grave la conducta.

De otra parte, considera la Corte que tampoco resultan demostrados los demás aspectos que podrían dar lugar a negar la concesión de la figura.

En este punto de la discusión, la Corte no podría avanzar en el análisis del reparo propuesto, sin dejar de denotar el innecesario desbordamiento en el ejercicio de la facultad de ordenación y dirección del proceso por parte de la juez de primera instancia al haberle negado a la defensa la posibilidad de acreditar los supuestos fácticos de la mencionada disposición, pues se observa que así procedió sin percatarse siquiera que cuando el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 establece que en la audiencia de individualización de pena y sentencia el juez concederá la palabra tanto al fiscal como la defensa *<<para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable>>*, quienes, *<<si lo consideran conveniente podrán referirse a la probable determinación de la pena aplicable y la concesión de algún subrogado>>*, no le niega la posibilidad a las partes para que puedan aducir los elementos probatorios o evidencia física con que cuenten para respaldar sus planteamientos.

Lo expuesto resulta aún más manifiesto, si se da en considerar que el ordenamiento procesal no prevé ningún otro escenario para discutir el tema, a punto tal que incluso faculta al juez para ampliar la información requerida para tomar las determinaciones inherentes a la delicada misión

de impartir justicia en el caso concreto, en desarrollo de lo cual *<<podrá solicitar a cualquier institución pública o privada, la designación de un experto para que éste, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles, responda su petición>>*.

Denota lo anterior, que ni la sentencia debe ser emitida inmediatamente a la culminación de la intervención de las partes con posterioridad al anuncio del sentido del fallo, ni a éstas les está vedado aportarle al juez aquellos elementos de conocimiento que le permitan adoptar una decisión, no solamente acorde al ordenamiento, sino a la realidad que cada caso ofrece, pues la administración de justicia no puede ser considerada como la realización de actos secuenciales y repetitivos, por ende alejados de la naturaleza de la función y la índole de sus destinatarios, sino que va dirigida precisamente a juzgar la conducta de seres humanos que, independientemente de la condición de culpabilidad o de inocencia en que se hallen, o la gravedad o levedad del comportamiento atribuido, merecen toda la consideración y respeto por parte de los dispensadores de justicia.

En los registros **enviados** a la Corte con ocasión del recurso interpuesto, consta que el Fiscal aludió a la actividad cumplida por investigadores del CTI en relación con la individualización del acusado, la determinación de su arraigo que dio lugar a establecer su lugar de residencia, el grado de instrucción, el comportamiento social y la

ausencia de antecedentes, cuyos medios de conocimiento, en 16 folios, fueron puestos en consideración de la juez y de la defensa, con fundamento en lo cual solicitó la imposición de la pena mínima, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y la conversión de la pena de multa en trabajo social.

Asimismo, la defensa manifestó que con el fin de contribuir a la determinación de las condiciones individuales y familiares, así como al modo de vida del acusado, ofició a la Unidad Operativa de Investigación Criminal de la Defensoría del Pueblo, quien libró misión de trabajo a una investigadora que entrevistó al acusado, a un hermano suyo, así como a un vecino y socio. Anotó que con dichos medios se podría establecer que el acusado es un ingeniero de profesión, que domina varios idiomas, que ejerce el comercio y que vive con su hermano y su progenitora de la tercera edad, quien se halla delicada de salud y a quien cuidan los dos hermanos, por lo cual solicitó autorización a la Juez para dar traslado de dicha documentación a la Fiscalía o en su defecto proceder a su lectura.

No obstante, de manera sorpresiva la funcionaria de conocimiento, con transgresión del principio de igualdad de armas y del derecho de defensa, le negó dicha posibilidad a la defensa, dejándola sin elementos de juicio en los cuales pudiera sustentar sus pretensiones punitivas, con los

siguientes argumentos que la Corte se permite traer a colación:

Ni lo uno ni lo otro, señora defensora. Es una audiencia de 447 y ciertamente se ha enterado últimamente el estrado de la práctica de la defensoría pública en desgastar investigadores para obtener elementos de juicio para informar a un fallador sobre los elementos de punibilidad. Creo que debería designarlos a otra actividad, quizás mucho más enriquecedora, pero que igual aquí basta con la información que usted oralmente brinda y que tiene el soporte que ha mencionado y ha recibido del conocimiento de quienes pueden dar cuenta de esas condiciones personales, sociales y familiares.

No se percató la funcionaria que en esa misma audiencia, minutos antes le había permitido a la Fiscalía presentar los medios de conocimiento que soportaban las pretensiones punitivas del órgano de acusación; tampoco, que al impedirle a la defensa allegar los medios de convicción con que contaba para acreditar la procedencia del subrogado penal cuya concesión demandaba para su asistido, no sólo transgredía el derecho de defensa y el principio de igualdad previsto en el artículo 4º del Código de Procedimiento Penal, sino que convertía al defensor en testigo de su propia causa, lo cual resulta inadmisibile en un sistema procesal del carácter que opera en nuestro medio.

Así las cosas, pese a esta impropiedad de la juzgadora de primer grado, observa la Corte que con los elementos de juicio puestos de presente por la Fiscalía en la audiencia de individualización de pena, respecto del acusado MORENO MORENO aparece acreditado que no solamente concurren

los presupuestos de índole objetiva para suspenderle condicionalmente la ejecución de la pena, sino los de índole subjetiva establecidos en el original artículo 63 de la Ley 599 de 2000, sin las modificaciones establecidas por la Ley 1709 de 2014, disposición que resulta aplicable al caso, no solamente por encontrarse vigente al momento de la realización de la conducta, sino porque la aplicación de la mencionada ley resultaría desfavorable para los intereses del acusado, en cuanto excluye de beneficios y subrogados penales a los condenados por delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes.

Según lo argumentado por la Fiscalía y la defensa en la audiencia de individualización de pena y sentencia, así como de la documentación incorporada a la actuación, se establece que el acusado es ingeniero de profesión, que domina varios idiomas, se desempeña como administrador de un negocio familiar y a la vez se dedica al comercio de finca raíz, de cuyas actividades deriva sus ingresos. También, que habita en la misma casa con un hermano suyo y con su progenitora de avanzada edad a quien le brindan cuidado. Finalmente, que carece de antecedentes penales, lo que indica que la conducta punible por la que se le juzga ha sido la única que ha realizado y, por ende, permite considerarlo como delincuente meramente ocasional.

Además, la modalidad de la conducta llevada a cabo, las cantidades de droga incautada y la colaboración brindada a las autoridades desde el momento mismo de su aprehensión, para la Corte son circunstancias indicativas de que no ofrece peligro alguno para la comunidad y que por lo mismo no existe necesidad de la ejecución de la pena.

Por razón de ello, se dispondrá la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta al acusado EDGAR ALFONSO MORENO MORENO por el término de dos (2) años, para lo cual suscribirá un acta en que se comprometa a cumplir estrictamente las obligaciones previstas por el artículo 65 de la Ley 599 de 2000, así como al cumplimiento de la pena de 1.45 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa que, en los términos del fallo de primera instancia, se amortizará con dos (2) días de trabajo social conforme a lo previsto por el artículo 39.7 del C. de P.P., término que se fija por la Corte atendiendo el porcentaje de reducción punitiva aplicado por el Tribunal en la sentencia de segunda instancia, todo lo cual garantizará el sentenciado mediante caución en cuantía equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, y allegará la póliza correspondiente o el Título de Depósito Judicial, cuya cuantía se fija tomando en cuenta las actividades que particularmente realiza como ingeniero, administrador y traductor, y de las cuales deriva sus ingresos.

La suscripción de la diligencia de compromiso será realizada personalmente por el sentenciado ante la Secretaría de la Sala, allegando la póliza o el título de depósito judicial respectivos, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación que se le haga de la presente sentencia.

En mérito de lo expuesto, **LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1.- CASAR PARCIALMENTE el fallo impugnado.

2.- CONCEDER al acusado EDGAR ALFONSO MORENO MORENO la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad por el término de dos (2) años, para lo cual deberá suscribir diligencia de compromiso en los términos anotados en la parte motiva.

3.- En lo demás el fallo se mantiene incólume.

Contra esta decisión no proceden recursos. Devuélvase al

Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

IMPEDIDO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA
IMPEDIDO

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria