

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ
Magistrado Ponente

SP15519-2014

Radicación N° 42617.

Aprobado acta No. 385.

Bogotá, D.C., doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014).

V I S T O S

La Corte dicta el fallo mediante el cual decide la demanda de casación instaurada por el Fiscal 48 Seccional de Bello (Antioquia) en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín el 12 de agosto de 2013, mediante la cual confirmó la absolución decretada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello a favor de

JOHN HENRY MONTOYA BUSTAMANTE, por el delito de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*.

A N T E C E D E N T E S

1. Fácticos

En la sentencia impugnada, se enunciaron como hechos penalmente relevantes los siguientes:

El 6 de febrero de 2012, a eso de las 12:38 horas, en una zona boscosa del barrio Paris del Municipio de Bello, específicamente en la carrera 80 con calle 21, agentes de la Policía Nacional que realizaban labores de patrullaje en el sector, cuando se desplazaban a realizar una requisita a dos personas que se encontraban en este lugar, observaron cuando una de ellas, quien posteriormente fue identificado como John Henry Montoya Bustamante, arrojó una bolsa transparente al suelo, y al ser revisada se halló en su interior 52 gramos de marihuana y 0,8 gramos de cocaína.

2. Procesales

En audiencias preliminares celebradas el 7 de febrero de 2012 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Bello (Antioquia), (i) se legalizó la captura de JOHN HENRY MONTOYA BUSTAMANTE, y (ii) se le formuló imputación como presunto autor del delito de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes* (verbos: portar o llevar consigo).

Una vez la Fiscalía presentó el escrito de acusación¹ por el mismo delito que inicialmente imputó, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello asumió su conocimiento y realizó la audiencia de formulación de acusación y la preparatoria los días 3 y 31 de julio de 2012, respectivamente.

El Juicio Oral se llevó a cabo en dos sesiones: el 16 de octubre y el 21 de noviembre de 2012. En esta última, el juzgado anunció sentido de fallo absolutorio, del cual se hizo lectura en audiencia celebrada el 10 de diciembre de ese mismo año. Contra esa decisión, la Fiscalía interpuso recurso de apelación que sustentó oralmente.

El Tribunal Superior de Medellín resolvió la apelación el 16 de agosto de 2013 confirmando la sentencia absolutoria. A su vez, esta decisión fue objeto del recurso de casación por el delegado de la Fiscalía, quien presentó la respectiva demanda el 6 de septiembre siguiente.

La demanda de casación fue admitida mediante auto del 25 de noviembre de 2013 y la audiencia de sustentación se celebró el 15 de julio de 2014.

LA DEMANDA

¹ El 17 de abril de 2012.

Luego de identificar los sujetos procesales, los hechos juzgados, la actuación procesal relevante y los fundamentos de la sentencia impugnada, manifestó que esta última afectó derechos o garantías fundamentales (salud pública) por violación directa de la ley sustancial (art. 181-1 C.P.P./2004) en la modalidad de interpretación errónea del artículo 11 del Código Penal.

En primer lugar, trae a colación la sentencia SU-047 de 1999 para advertir sobre la obligatoriedad del precedente judicial en Colombia. Luego, cita y transcribe parcialmente sentencias dictadas por esta Corporación en relación al valor de la jurisprudencia como fuente de derecho: 1) la del 16 de septiembre de 2010, Rad. 26680; 2) la del 1 de febrero de 2012, Rad. 34853; 3) la del 14 de noviembre de 2012, Rad. 34015; y 4) la del 21 de noviembre de 2012, Rad. 39858.

Una vez realiza tales precisiones, se pregunta si existió un cambio de perspectiva jurisprudencial debido a las disposiciones contenidas en el Acto Legislativo No 002 de 2009, tal y como lo afirmó el Tribunal Superior de Medellín. Luego, estima errado que este último manifieste que a partir de la reforma constitucional se inhibe al Estado de perseguir penalmente al consumidor, aun cuando a renglón seguido reconozca *“que en tanto se porte el estupefaciente*

para ese fin y en cantidad que no obligue a descartar ese propósito”, pues bajo tal entendimiento aquél siempre resultaría impune al porte y a la conservación de las sustancias ilícitas.

Señala que muy a pesar que en la sentencia se admite que más allá de la prueba de la condición de adicto es la cantidad hallada en su poder la que obliga a confirmar o descartar el propósito del consumo; también aseguró alejándose del precedente jurisprudencial, que el nuevo marco normativo obligaba a replantear el concepto de dosis de aprovisionamiento y, lo que considera más grave aún, que en la sentencia C-491 de 2012 se avaló *“la ausencia de punición de la dosis personal de estupefacientes, así como la sanción de cantidades menores destinadas al tráfico”*, tesis según la cual ahora estaría permitido el microtráfico de estupefacientes.

Advierte el demandante que la misma Corte Constitucional en dicha sentencia reconoció que la Sala de Casación Penal ha desarrollado un precedente en materia de tratamiento político-criminal del porte de dosis personal de sustancia estupefaciente, el cual se encuentra consignado fundamentalmente en las sentencias proferidas en los procesos 23609 de 2007, 28195 de 2008, 31531 de 2009 y 35978 de 2011, y se desarrolló a través de cinco

reglas². En este contexto concluye que “..., *la prohibición del artículo 49 de la Constitución, no ampara la penalización del porte y consumo de estupefaciente en dosis mínima.*”

Insiste en que el asunto de las cantidades que ligeramente sobrepasan lo dispuesto por la ley como dosis para el consumo personal, continúan su desarrollo en la sentencia del 17 de agosto de 2011, Rad. 35978, que examinó los efectos del Acto Legislativo No 002 de 2009, la cual cita en extenso para advertir que antes y después de esta reforma, es posible no sancionar penalmente al consumidor que es sorprendido en posesión de estupefacientes en las cantidades definidas en la ley o las que ligeramente las superen, siempre y cuando se demuestre esa destinación.

En el caso concreto, continúa, el defensor probó la condición de adicto a la marihuana del procesado; sin embargo, estima el impugnante que ese argumento no puede disculpar la conducta investigada según la cual

² (i) Que el concepto y la regulación de la dosis personal prevista en el artículo 2º, literal j), de la Ley 30 de 1986 continúa vigente; (ii) Que en caso de porte de sustancias prohibidas en cantidad de baja significación es preciso analizar su relevancia penal a partir de la antijuridicidad material; (iii) Que el porte, tráfico o fabricación de estupefacientes para fines de comercialización son conductas antijurídicas aún si la cantidad sea igual o inferior a la dosis personal; (iv) Que cantidades insignificantes o no desproporcionadas destinadas al consumo no afectan el bien jurídico de la salud pública; y (v) Que a pesar de la prohibición introducida por el Acto Legislativo 02 de 2009 y de la modificación dispuesta por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, es posible tener por impune el consumo en la dosis personal o en cantidades ligeramente superiores.

aquél portaba marihuana en una cantidad superior a dos veces la dosis tolerada (52 gramos), pues claramente esa cuantía desborda los límites de razonabilidad y tal evento permite presumir una destinación ilícita de la droga incautada con peligro para el bien jurídico de la salud pública.

Por último, advierte que la tesis del Tribunal Superior de Medellín implica que los adictos por su sola condición, no solo deben ser impunes a las conductas de portar o conservar estupefaciente, sino también a la de comprar o adquirir. En virtud de lo anterior, solicita se case la sentencia para que, en su lugar, se condene al procesado como autor material del delito de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, en la modalidad de *llevar consigo*.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

En la audiencia, la delegada de la Fiscalía manifestó que estaba conforme con los argumentos de la demanda, mientras que el defensor solicitó no casar la sentencia impugnada y, en su lugar, sea confirmada, pues no se estructura el cargo.

C O N S I D E R A C I O N E S

El delegado de la Fiscalía General de la Nación fundó su demanda de casación en la presunta violación directa de la ley sustancial, toda vez que por una interpretación errónea del artículo 11 del Código Penal y de la línea jurisprudencial vigente en relación a la antijuridicidad en el delito de Tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, especialmente lo relativo a la conducta de llevar consigo para el consumo, decidió absolver a JHON HENRY MONTOYA BUSTAMANTE cuando el entendimiento adecuado de tales parámetros normativos debió derivar en la condena.

1. Consideraciones preliminares acerca del delito de “Tráfico, fabricación y porte de estupefacientes”

«Artículo 376. Modificado. L. 1453/2011, art. 11. 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 observarse, el tipo penal transcrito es compuesto o alternativo porque prohíbe un número plural de conductas (introducir al país, sacar de él, transportar, llevar consigo, almacenar, conservar, elaborar, vender, ofrecer, adquirir, financiar o suministrar), cada una de las cuales de manera autónoma puede configurar el delito de Tráfico, fabricación y porte de estupefacientes. Ante tal situación, se advierte desde ya que el presente análisis versará exclusivamente sobre la conducta de portar o llevar consigo sustancias estupefacientes o sicotrópicas, pues es esta la conducta concreta por la que se investigó y juzgó al procesado, especialmente cuando el destino de tales drogas es el consumo personal.

Otro comentario inicial que es posible hacer a partir de la sola redacción del tipo penal en cuestión, es que en la conducta consistente en portar o llevar consigo estupefacientes para el propio consumo, el factor cuantitativo juega varios roles: 1) Es un elemento determinante de tipicidad, pues sólo un exceso de la dosis personal establecida en el artículo 2, literal j), de la Ley 30 de 1986, permite ubicar el comportamiento en el espectro típico; 2) En consecuencia, la cantidad de droga es uno de los elementos típicos a partir del cual se presume la existencia de riesgo para los bienes jurídicos protegidos; y 3) Es criterio de graduación de la punibilidad, al igual que para las demás conductas prohibidas en el tipo, pues la pena imponible será mayor en la medida en que también lo sea la cantidad de estupefacientes que constituya el objeto material del delito.

Por último, debe advertirse que la exequibilidad de la prohibición típica del porte de estupefacientes en cantidad que exceda la dosis legal de uso personal, independiente de que su finalidad sea el tráfico o el consumo; ha sido avalada directa o indirectamente en sede de control de constitucionalidad, en la sentencias C-221 de 1994 y la C-491 de 2012. Por ende, las consideraciones que se expondrán se referirán al ámbito de la antijuridicidad,

además porque el debate planteado por la demanda de casación gira en torno a la lesividad de la conducta de llevar consigo estupefaciente para el uso personal.

2. Jurisprudencia penal sobre el porte de estupefacientes para el consumo personal

En providencia del 8 de agosto de 2005, Rad. 18609, con fundamento en los principios de lesividad y de intervención mínima (fragmentariedad, última ratio y subsidiariedad), la Sala consideró que “... *las cantidades que se acercan al límite de lo permitido para consumidores, se ubica en una sutil franja de lo importante a lo insignificante. Empero, si bien el legislador no le ha otorgado discrecionalidad al juez para modificar las cantidades en orden a su punibilidad, debe tenerse en cuenta que lo dispuesto para la dosis personal marca una pauta importante para fijar la ponderación del bien jurídico en orden a su protección*”. En esa ocasión, se examinó la punibilidad de una conducta consistente en portar para el consumo una cantidad de 1.24 gramos de cocaína, cuando lo permitido para tal fin es de 1 gramo. De manera contundente se afirmó que “*resultaría sofisticado afirmar que los 0.24 gramos convierten al consumidor en portador punible, potencialmente expendedor, deja de ser consumidor.*”.

Luego, en el auto del 8 de octubre de 2008, Rad. 28195, se reiteró que el porte de estupefacientes en cantidad que no supere de manera excesiva la dosis

mínima, *“carecerá desde el 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. Pero si la conducta atañe a la venta, distribución, tráfico o cualquier otro comportamiento relacionado con el ánimo de lucro del sujeto activo, será punible en la medida en que representa una efectiva puesta en peligro de los bienes e intereses de orden colectivo que el Estado pretende tutelar. En el proceso que se examinó, la Sala estimó que la conducta del sujeto que portaba 38.7 gramos de marihuana, era antijurídica porque la finalidad de esa tenencia era el expendio o la distribución.*

Poco tiempo después, el 18 de noviembre de 2008, en el proceso radicado con el No 29183 se absolvió al enjuiciado porque se consideró que los 29.9 gramos de marihuana que tenía en su poder constituían un exceso ligero de la dosis personal y estaban destinados a su propio consumo. En esa ocasión se expusieron las siguientes premisas: 1) Que el delito de Tráfico, fabricación y porte de estupefacientes (art. 376 C.P.) es de peligro abstracto; 2) Que el concepto de dosis personal permite diferenciar *si el agente tiene la sustancia para su propio consumo, o si la situación en que se encuentra involucra o insinúa el tráfico de drogas*; 3) Que la antijuridicidad de la conducta del consumidor depende de que trascienda su fuero interno y llegue a afectar derechos ajenos; y, 4) Se exhortó a jueces y fiscales para que, en

desarrollo del alcance del Estado social y democrático, se discriminara positivamente a las personas que como los consumidores requieren de atención diferente a la pena.

En proveído del 8 de julio de 2009, Rad. 31531, la Corte absolvió al procesado por la conducta de llevar consigo 1.3 gramos de cocaína para su consumo, luego de reconocer que 1) el uso de sustancias estupefacientes y psicotrópicas genera problemas de adicción que convierten a la persona *“en un enfermo compulsivo (en variedad de intensidades) merecedor de recibir tratamientos médicos terapéuticos antes que un castigo, pena o reducción a un establecimiento carcelario.”*; y que 2) en tales condiciones de afectación psicofísica, cuando detecta una fuente de abastecimiento opta muchas veces por adquirir cantidades *“un poco mayores a las permitidas”* que le sirvan para el consumo no en una sino en varias oportunidades (dosis de aprovisionamiento); conducta ésta que no representa ni siquiera un peligro para el bien jurídico.

Además, en la providencia se citaron fuentes doctrinales y se invocaron argumentos propios de la Sala que respaldan la ausencia de lesividad en el consumo de estupefacientes y en la tenencia para tal fin exclusivo, así:

“Hay que poner de manifiesto que en el Código penal de 1995 (se refiere al estatuto español), se sigue despenalizando la posesión de estupefacientes

encaminada al consumo, sin exigir legalmente ninguna condición de índole cuantitativa (v. gr. que se trate de módicas cantidades etc.), o de índole temporal (v. gr. que las cantidades poseídas no superen las necesidades de consumo de una semana, etc), lo que a mi parecer, es digno de todo elogio, pues semejantes límites o condiciones no hace más que crear un sistema de presunciones absolutas “musir et de iure” de destino al tráfico de la sustancia cuando no se cumplen los requisitos legales, no prestando atención entonces a la intención del sujeto, que es lo que en todo caso debe prevalecer, dando lugar a un Derecho penal de mera sospecha que entra en abierta contradicción con el principio de culpabilidad que debe imperar en todo Estado democrático de derecho”.³

El principio de lesividad encuentra correspondencia en el postulado del *harm principle*:

“El énfasis en la lesión de los intereses de terceros, central para el harm principle, puede contribuir a demarcar la diferencia entre el menoscabo de los intereses de terceros y los intereses del propio agente, diferencia también reconocida dentro de la teoría del bien jurídico aunque no suficientemente atendida. Ello puede mostrarse de la mano de la discusión sobre la penalización del consumo de drogas (...) No hay duda de que hay ciertas drogas nocivas para la salud, al menos para la salud de aquellos que las consumen. Es decir, los daños para la salud resultantes de consumo de drogas son auto infligidos por los consumidores. Y los daños que uno mismo se inflige tienen poco o nada que ver con el menoscabo de intereses de terceros. Es indudable que tengo un interés jurídicamente merecedor de protección en que mi salud no sea menoscabada por acciones de tercero. Pero, ¿tengo una pretensión semejante hacia mí mismo? La idea de la amenaza de un bien propio resulta forzada. Si se quiere sostener la legitimación de los tipos penales del derecho penal de las drogas en un bien jurídico vinculado a la salud, debería configurarse éste de modo que sólo quedarían abarcados daños a la salud causados por terceras personas, lo que sin embargo vendría a restringir de modo considerable el ámbito de aplicación de dichos tipos legales, los cuales, no obstante, sólo a través de esa

³ LUIS FERNANDO REY HUIDOBRO, El delito..., ob. cit., página 25.

vía serían susceptibles de legitimación. En todo caso, desde esa perspectiva no puede justificarse la reacción penal frente al consumo voluntario de drogas.”⁴

El 17 de agosto de 2011, Rad. 35978, en posición que fue citada luego el 18 de abril de 2012, Rad. 38516, se reiteró la ausencia de lesividad de conductas de porte de estupefacientes encaminadas al consumo dentro de los límites de la dosis personal, pues éstas no trascienden a la afectación, siquiera abstracta, del bien jurídico de la salud pública. Sin embargo, en la primera ocasión también se advirtió que aún con las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo No 02 de 2009 y el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, *“es posible tener por impunes las conductas de los individuos dirigidas al consumo de estupefacientes en las dosis fijadas en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, o en cantidades ligeramente superiores a esos topes,...”*. De igual forma, se dedicaron algunas líneas a los fundamentos que legitiman la punición del delito de Fabricación, tráfico y porte de estupefacientes, entre los cuales se resaltan los que determinan un tratamiento diferencial para el consumidor:

Es claro cómo la prohibición del artículo 49 superior se ve materializada y encuentra su desarrollo en la sanción penal para todo tipo de porte de sustancias alucinógenas prohibidas, sin distinción de si su destino es para el propio consumo o para el tráfico y distribución. Aceptar dicha conclusión sería tanto como avalar un procedimiento de carácter sancionatorio para el enfermo que padece de adicción a sustancias alucinógenas, y

⁴ ANDREW VON HIRSCH, El concepto de bien jurídico y el principio del daño, en “La teoría del bien jurídico”, Madrid, Marcial Pons, 2007, páginas 38, 39, 45 y 46.

por vía de la pena, el Estado exigirle al individuo el cuidado de su propia salud, privándolo de su derecho a la libertad de locomoción cuando ha decidido abandonar la preservación de su salud física y mental, optando por el consumo de drogas.

(...).

No puede pasarse por alto que la sanción penal contenida en los artículos 376 y siguientes de dicho estatuto, es producto del compromiso adquirido por Colombia a través de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas aprobada mediante Ley 67 de agosto 23 de 1993, cuyo proceso de revisión constitucional se hizo en sentencia C-176 de 1994, la cual impone a los Estados parte, la tipificación de comportamientos que tengan que ver con el comercio de estas sustancias, siendo esta su principal finalidad, más no la sanción para el consumidor, pues dicha cuestión se dejó a reserva de cada Estado de acuerdo con sus principios constitucionales⁵, siendo lo que se ajusta a nuestro orden interno, aquella posición que propende por la no sanción del porte de sustancias por parte del adicto para su consumo en las cantidades fijadas por nuestro legislador, postura sentada desde el año 1994 en la tantas veces mencionada sentencia C 221.

(...).

También cómo la orientación del legislador interno y de la comunidad internacional, no se dirige hacia el ataque y criminalización del consumidor, sino hacia la neutralización de conductas que trascienden la esfera individual, para constituirse en un verdadero peligro para la comunidad que de ninguna manera pueden ser toleradas.

No obstante, al analizar el caso concreto en el cual se había enjuiciado y condenado a un individuo porque

⁵ En el artículo 3º de la Convención, denominado Delitos y Sanciones, su artículo 2º dispone: “A reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales conforme a su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente, la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o sustancias sicotrópicas para el consumo personal en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971”.

portaba 79.9 gramos de marihuana, la Sala determinó que a pesar que no se había acreditado la finalidad de la distribución onerosa o gratuita de la sustancia, la sola cantidad, al superar casi en 4 veces el tope legal permitido, hacía presumir la puesta en riesgo de bienes jurídicos como la salud pública, el orden económico y social, entre otros intereses o, en otras palabras, *“... no es posible concluir que esté destinada al consumo, sino a cualquiera de las conductas consideradas lesivas y por tanto, objeto de sanción penal.”*

Hace muy poco, en sentencia de casación del 3 de septiembre de 2014, Rad. 33409, la Corte reiteró la posición según la cual la posesión de cantidades ligeramente superiores a la dosis personal legal no alcanza a lesionar los bienes jurídicos tutelados, por lo que no genera responsabilidad penal. Además, de manera expresa se reconoció que tal tesis ya constituía una línea jurisprudencial pacífica. Sin embargo, en el caso puntual en que el procesado fue capturado cuando portaba 2.2 gramos de cocaína y 51.8 gramos de marihuana, se consideró que la conducta era antijurídica porque ningún medio de conocimiento allegó la defensa para acreditar la condición de adicto de aquél ni su finalidad de consumo⁶.

⁶ “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 ...”

Conclusión provisional

La posición uniforme de la Corte en relación al porte de estupefacientes destinado al consumo se puede sintetizar así: si la cantidad que se lleva consigo sobrepasa ligeramente la dosis legal de uso personal carecerá de lesividad por su insignificancia. Un exceso superior, aun cuando sea para el propio consumo, siempre será antijurídico porque hace presumir –de derecho- el riesgo para la salud pública, el orden socioeconómico y la seguridad pública, tal y como se afirmó en la decisión proferida el 17 de agosto de 2011, Rad. 35978. En ese orden, se tendría que cuando el exceso es mínimo la presunción de antijuridicidad es *iuris tantum* porque admite prueba en contrario, como la del fin de consumo, mientras que cuando el exceso es mayor la presunción es *iuris et de iure* porque no admite controversia probatoria alguna.

En esta ocasión se considera que la tesis principal que se ha erigido en línea jurisprudencial debe revisarse por cuatro razones fundamentales:

1) Porque, como se vio, en muchas de las decisiones de esta Corte ya se contemplan argumentos constitucionales, doctrinales y de derecho comparado, que permiten

vislumbrar la falta de lesividad del porte de estupefacientes para el consumo.

2) Porque prohija una doble naturaleza de la presunción de antijuridicidad en que se fundan los delitos de peligro abstracto: es *iuris tantum* para los eventos de exceso mínimo de la dosis personal y es *iuris et de iure* para las demás hipótesis, sin que exista una razón válida para una tal distinción generalizada y, además, es inconsecuente con la jurisprudencia que sobre ese punto se ha sostenido.

3) Porque a partir del Acto Legislativo No 02 de 2009 se erigió al consumidor de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, especialmente al adicto, como sujeto de protección constitucional reforzada, lo cual impide que la misma condición que le hace merecedor de una discriminación positiva, a la vez, pueda constituir el contenido de injusticia de un delito. Y,

4) Porque la tendencia contemporánea hacia la despenalización de las conductas de porte y conservación relacionadas con el consumo de drogas, la cual predomina en distintos sectores de los gobiernos locales, de los organismos internacionales, de la academia y de la sociedad en general; obliga a la judicatura a una reflexión

permanente, por lo menos, en lo que hace a efectiva antijuridicidad de tales comportamientos.

3. Delitos de peligro abstracto: la presunción del riesgo es iuris tantum

Tanto la jurisprudencia constitucional como la ordinaria tienen definido que el delito de Tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, puede afectar no sólo el bien jurídico de la salud pública sino otros como el orden económico y social y la seguridad pública⁷. Además, desde el punto de vista del grado de afectación que a tales intereses puede causar dicha conducta punible, la misma se ha clasificado como “de peligro” por cuanto la mayoría de las veces no supone una lesión efectiva sino sólo un riesgo para la incolumidad de aquéllos. Ahora bien, recuérdese que según la mayor o menor proximidad a la producción de un daño, los delitos de peligro se han subclasificado, respectivamente, en (i) de peligro concreto, demostrable o directo, y (ii) de peligro abstracto, presunto o indirecto.

En todo caso, la pluralidad y la diversidad tanto de conductas que se prohíben en el artículo 376 del Código

⁷ Sentencia C-420 de 2002: “En cuanto a ello hay que decir que hay una amplia gama de derechos interferidos por el narcotráfico. Inicialmente la tipificación del tráfico de estupefacientes se ligó a la necesidad de proteger un bien jurídico en particular, la salud pública, (...). Pero luego ese ámbito de protección se amplió al punto que hoy ya no se trata sólo de un tipo penal orientado a proteger la salud pública sino también la seguridad pública y el orden económico y social.”.

Penal que, por lo menos, se reconducen a 3 categorías distintas (Tráfico, Fabricación o Porte), como de los bienes jurídicos que con tales restricciones se busca proteger; obligan a un examen particularizado en cuanto a la naturaleza de la afectación que cada una de aquéllas representa para los variados intereses tutelados. Así, por ejemplo, las conductas de fabricación y tráfico de estupefacientes pueden suponer una lesión efectiva a la economía nacional y un riesgo muy próximo (concreto, directo, demostrable) a la salud pública. Mientras que, la sola tenencia de drogas especialmente aquella destinada no al tráfico sino al consumo personal, a lo sumo puede significar un peligro abstracto, presunto o indirecto para tales bienes.

Pues bien, el presente análisis se circunscribirá a la antijuridicidad del porte de estupefacientes destinado al consumo personal, pues es éste el punto más problemático hoy día en la penalización del narcotráfico, no sólo en nuestro país sino a nivel internacional, como ya se vio en el acápite anterior. Específicamente, habrá de determinarse si la presunción de peligro que configura la lesividad de la tenencia de estupefacientes es de aquellas *iuris et de iure* por venir prefijada por el legislador, caso en el cual la verificación de la tipicidad de la conducta apareja, automáticamente, su antijuridicidad. O si, por el contrario,

dicha presunción es *iuris tantum* y, por tanto, siempre serían admisibles pruebas que la desvirtúen.

La trascendencia del asunto es tal que de concluirse que la presunción de lesividad es de derecho, en el porte de estupefacientes en cuantía que exceda las dosis establecidas en el artículo 2, literal j), de la Ley 30 de 1986, aun cuando su destino exclusivo sea el consumo personal; inexorablemente la tipicidad acarreará la antijuridicidad. Mientras que, si la conclusión es la opuesta, es decir, que la presunción es legal, la conducta será típica pero la demostración de que no existió interferencia ni siquiera remota en los derechos de terceros, sean éstos individuales o colectivos, excluye la dañosidad del comportamiento y, por ende, la responsabilidad penal.

En relación al problema jurídico planteado, dos han sido las posiciones históricas de la Corte. Según la primera, en los delitos de peligro abstracto la presunción de antijuridicidad de la conducta es *iuris et de iure*, criterio éste que se sostuvo principalmente al amparo de la Constitución de 1886 y del Código Penal de 1980 (art. 4) ⁸. Y, en la segunda, se ha considerado que la naturaleza de la presunción es *iuris tantum*, la cual resulta más acorde con el espíritu de la Carta Política de 1991 y de la Ley 599 de

⁸ “Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley.”.

2000 (art. 11)⁹. Especialmente, esta última disposición normativa introdujo una modificación sustancial en la categoría de la antijuridicidad cuando exigió de manera expresa que la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico tutelado fuese **efectiva**.

(i) La tesis inicial puede encontrarse en decisiones como el fallo del 22 de septiembre de 1982 y el auto del 25 de marzo de 1998, Rad. 13141.

En la providencia de 1982, la Corte, luego de precisar las dos modalidades de los delitos de peligro y las diferentes denominaciones que las mismas han recibido, define las implicaciones que una y otra conllevan en sede de la demostración de la antijuridicidad. Veamos:

Con todo, puede afirmarse que existen dos clases de delitos de peligro, cuya diferencia obedece a la proximidad y gravedad del riesgo respecto al bien jurídico tutelado y que unos autores llaman de "peligro abstracto" y "de peligro concreto", denominaciones que otros califican de impropias, porque, como dice alguno de los últimos, "el peligro es siempre una abstracción", motivo por el cual prefieren calificarlos de "peligro directo" y "peligro indirecto", para indicar que el riesgo en los primeros amenaza en forma inmediata el bien y en los segundos, sólo de modo indirecto.

Más importancia tiene la que los dividen en delitos "de peligro presunto" y "de peligro demostrable", porque en los primeros la ley presume de modo absoluto la posibilidad de un daño para el bien jurídicamente tutelado y no sólo no requieren,

⁹ "Para que una conducta sea punible se requiere que lesione o ponga **efectivamente** en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal."

sino que, por el contrario, excluyen cualquier indagación sobre si se da o no la probabilidad del perjuicio o lesión de éste.

En tanto que los otros requieran que se demuestre la posibilidad de daño, es decir, comprobación de que hay un peligro.

Estos últimos se conocen porque el texto de la ley contiene, en forma expresa o tácita, las exigencias de esa demostración.

Implica esta distinción la consecuencia de que en los delitos de peligro presunto una determinada situación subsumible en la respectiva descripción legal, debe ser sancionada aun cuando no haya determinado el peligro que constituye la razón de la norma.

Luego, el auto del 25 de marzo de 1998 que reprodujo parcialmente el fallo del 22 de septiembre de 1982, se concluyó que ninguna polémica debía generar la consideración de una irremediable antijuridicidad presunta. Así se manifestó en esa oportunidad:

Y, pese a reconocerse que en la doctrina son múltiples las discrepancias en torno a la clasificación de los delitos por razón del bien jurídico tutelado respecto de su efectiva o potencial vulneración, polémica ninguna amerita el hecho de que si la descripción de la conducta per se no exige una efectiva o concreta amenaza, basta con que ella sea abstracta o presunta por ministerio de la ley, para que en esos casos pueda recaer un juicio de desvalor.

(ii) La segunda tesis se ha materializado, principalmente, en las providencias del 15 de septiembre de

2004, Rad. 21064, y del 12 de octubre de 2006, Rad. 25465.

La primera decisión resulta de gran trascendencia porque abordó el estudio del fondo de una demanda de casación que se había admitido con el propósito expreso de desarrollar jurisprudencia en torno a la aplicación del principio de lesividad en los delitos de peligro abstracto y al alcance de la efectiva creación de riesgos que exigía el artículo 11 de la Ley 599 de 2000¹⁰. Bajo ese entendido se concluyó que la presunción de peligro en los delitos que adoptaran tal configuración legal no podía ser *iuris et de iure* porque ello supondría un desconocimiento del carácter social y democrático de nuestro Estado de derecho que se funda, esencialmente, en la dignidad humana, así como una vulneración de garantías constitucionales fundamentales como son la presunción de inocencia, la defensa y la contradicción. Por ende, *“frente a un delito de peligro debe partirse de la base de que la presunción contenida en la respectiva norma es iuris tantum, es decir, que se admite prueba en contrario acerca de la potencialidad de la conducta para crear un riesgo efectivo al bien jurídico objeto de tutela.”*

¹⁰ Así se manifestó: “6. Como se recordará, con providencia del 3 de septiembre de 2003 la Corte admitió de modo discrecional la demanda excepcional de casación porque encontró, de un lado, que en cuanto a la aplicación del principio de lesividad frente a los delitos de peligro abstracto no había suficiente doctrina jurisprudencial, pues el antecedente citado en la demanda hacía referencia a un presupuesto fáctico bien diferente al que es objeto de este proceso y, de otro, porque en el libelo se mencionó la necesidad de fijar el alcance de la efectiva puesta en peligro a que se refiere el nuevo código penal en su artículo 11.”

Las premisas de tal conclusión fueron las siguientes:

1. Es legítima la consagración legislativa de delitos de peligro abstracto como lo dejó entrever la Corte Constitucional en la sentencia C-430 del 12 de septiembre de 1996; sin embargo, en ese mismo precedente se advirtió que *“Cuando el peligro es remoto, el bien no se halla amenazado en forma concreta, y lo que en realidad se castiga es la mera desobediencia o violación formal de la ley con la realización de una acción inocua en si (sic) misma”*; por ende, en la determinación de una relación de causalidad entre la conducta típica y la amenaza o daño al bien jurídico, concurren el legislador cuando realiza una selección anticipada de prohibiciones y el juez que analiza y valora el caso concreto¹¹.

2. Entonces, si bien el legislador es el competente para seleccionar las conductas que estima indeseables con tan solo generar riesgos a los intereses jurídicos tutelados, es decir, establece anticipadamente una presunción de peligro; es al juez al que le atañe verificar que un específico comportamiento representó la efectiva creación de ese

¹¹ “En los tipos de peligro debe considerarse la mayor o menor cercanía de la conducta peligrosa al bien jurídico protegido. Cuando el peligro es remoto, el bien no se halla amenazado en forma concreta, y lo que en realidad se castiga es la mera desobediencia o violación formal de la ley con la realización de una acción inocua en si (sic) misma. En estos eventos la relación de causalidad entre la conducta prohibida y la actividad delictiva es enteramente contingente, y la afirmación de la existencia de dicha relación sólo puede corresponder a la elección discrecional que realiza el legislador en forma anticipada, y el juez frente al caso concreto, entre múltiples opciones; en última instancia, la potencialidad dañina que encierra la conducta se juzga realizable a partir de consideraciones que involucran no al acto mismo sino a su autor.”

peligro. Así, se advierte que no se pueden confundir la órbita de la abstracta libertad de configuración del legislador con la de la concreta valoración judicial de la relevancia social de una conducta.

3. El derogado artículo 4 del Decreto-Ley 0100 de 1980 que definía la antijuridicidad, no preveía ningún requerimiento en relación al grado de afectación a los intereses que se protegían. En ese orden, *“... con abstracción de los valores que respecto de la dignidad humana y el respeto a los derechos fundamentales se desprenden de la Constitución, podía aducirse que en relación con los delitos de peligro abstracto o indirecto, como también los conoce la doctrina, nada diferente importaba a constatar la conducta supuestamente generadora de riesgo”*.

4. Por el contrario, la previsión del artículo 11 de la Ley 599 de 2000, al exigir la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico, *“armoniza la necesidad abstracta de protección satisfecha con la creación del tipo penal y la garantía de protección al justiciable, bajo el entendido que su conducta sólo será punible en cuanto con ella cree situaciones de riesgo inadmisibles, efectivas, al señalado interés”*.

5. Ese antecedente consignado en las providencias del 22 de septiembre de 1982 y del 25 de marzo de 1998, Rad. 13141, expresamente se consideró inaplicable en el marco

jurídico de la Constitución de 1991 y del Código Penal de 2000, porque *“respondía a una sistemática interpretativa diferente basada en puros criterios intrasistemáticos, sin referencia al orden constitucional imperante, el de la Carta de 1886 y que, por consiguiente, no repelía el juzgamiento de delitos sin daño o sin creación o incremento efectivo de peligro.”*

En la sentencia del 12 de octubre de 2006, Rad. 25465, la Sala reiteró que la presunción en los delitos de peligro abstracto admitía prueba en contrario y para tal efecto citó un argumento adicional de mucha solidez. En efecto, se adujo que en la exposición de motivos del entonces proyecto de ley se explicó que la incorporación del término *“efectivamente”* en la definición de la antijuridicidad obedecía a la necesidad de *“abandonar la llamada presunción iuris et de iure de peligro consagrada en algunos tipos penales.”* En fin, se manifestó que:

(...), contrario a lo expuesto por la doctrina tradicional que entendía que en los delitos de peligro presunto se suponía de derecho la antijuridicidad de la conducta, lo cierto es que ahora, respecto de tales comportamientos no basta con realizar simple y llanamente el proceso de adecuación típica de la conducta para luego dar por presupuesta su antijuridicidad, pues siempre se impone verificar si en el caso concreto tal presunción legal es desvirtuada por alguna prueba en contrario, dado que de ser ello así, el comportamiento no deviene antijurídico y sin tal categoría dogmática, la conducta no configuraría delito.

Por último, es de resaltar que con posterioridad, la Corte Constitucional en sentencia C-491 de 2012 mediante la cual analizó la exequibilidad del artículo 376 del Código

Penal modificado por la Ley 1453 de 2011, acogió la tesis según la cual la dosis personal para el consumo es una presunción legal (*iuris tantum*) y como tal admitiría prueba en contrario la antijuridicidad de una conducta de porte que exceda el límite cuantitativo prefijado por el legislador. Así lo manifestó la jurisprudencia constitucional:

Es preciso aclarar que la dosis personal es un concepto objetivo que hace referencia a la cantidad de sustancia estupefaciente que, de conformidad con una **presunción legal**, es la que resulta compatible con el consumo personal, y por ende no está destinada a la comercialización o distribución. (...).

Conclusión provisional

La interpretación histórica, sistemática, exegética, pero sobre todo la de carácter constitucional que realizó la Corte en las providencias que se acaban de citar, permite afirmar que la legitimidad de la facultad del legislador para configurar delitos de peligro abstracto, especialmente hoy por el nivel exagerado de riesgo en las sociedades modernas, no conlleva que la presunción de antijuridicidad en que se fundan sea *iuris et de iure*; por el contrario, necesariamente el concepto actual de la antijuridicidad como efectiva lesión o puesta en peligro de bienes protegidos, implica que la presunción de estas afectaciones pueda ser revisada e inclusive desvirtuada por la judicatura

en los casos que se sometan a su conocimiento (*iuris tantum*).

4. Marco constitucional del porte de estupefacientes para el consumo personal

4.1 Antes del Acto Legislativo No 02 de 2009

La Convención de Viena impuso a los Estados partes la obligación incondicional de tipificar las conductas que directa o indirectamente configuraran el fenómeno de tráfico ilícito de estupefacientes, tales como son: la producción, la fabricación, la oferta, la venta, la distribución, el envío, el transporte, la importación o la exportación. En cuanto al consumo personal de estupefacientes, su tipificación sólo se consideró imperativa cuando ello se correspondiera con los principios constitucionales y con los conceptos jurídicos fundamentales del Estado. Así lo consideró la Corte Constitucional en la sentencia C-176 de 1994 mediante la cual se estudió la exequibilidad de la Ley 67 de 1993 por medio de la cual se aprobó dicho tratado internacional.

Posteriormente, en la sentencia C-221 de 1994 se estableció que la penalización del consumo de la dosis para uso personal contemplada en el artículo 51 de la Ley 30 de 1986 (*llevar consigo, conservar para su propio uso o*

consumir), vulneraba la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, razón por la cual esa disposición normativa se declaró inexecutable. Sin embargo, consideró ajustada a la Carta Política la determinación legislativa de la dosis para consumo personal, toda vez que fija los límites de una actividad lícita frente a la ilícita del narcotráfico que, en función de lucro, estimula tendencias socialmente indeseables. La conclusión de inexecutableidad partió de las siguientes premisas básicas:

1) El consumo personal de sustancias estupefacientes es una *“conducta que, en sí misma, sólo incumbe a quien la observa y, en consecuencia, está sustraída a la forma de control normativo que llamamos derecho y más aún a un sistema jurídico respetuoso de la libertad y de la dignidad humana, como sin duda, lo es el nuestro”*.

2) La prohibición y sanción punitiva del consumo de la dosis personal vulnera la dignidad humana al desconocer la condición de sujeto ético del consumidor, pues lo releva de la decisión de asuntos en ámbitos que solo a él atañen. Asimismo, desconoce el libre desarrollo de la personalidad al regular, prohibiendo y sancionando, una conducta que no interfiere en los derechos de los demás.

3) Un Estado respetuoso de la dignidad humana, de la autonomía personal y del libre desarrollo de la personalidad, no puede renunciar a la obligación de educar para prevenir conductas que considere indeseables, reemplazándola por la represión como forma de controlar el consumo de sustancias que se juzgan nocivas para la persona y, eventualmente, para la comunidad.

4) A semejanza de lo que ocurre con el alcohol y el tabaco, el Estado puede regular mediante normas policivas las circunstancias de lugar, de edad, de ejercicio temporal de actividades y otras análogas, dentro de las cuales el consumo de drogas resulte inadecuado o socialmente nocivo, sin que en todo caso se desconozca el núcleo esencial de los derechos a la libertad y a la igualdad.

Por último, tanto en la sentencia C-221 de 1994 como en la C-420 y en la C-689, ambas de 2002, en torno a la legitimidad de la punición de las conductas relacionadas con el narcotráfico, se advirtió que *“debía distinguirse entre el porte, conservación o consumo de sustancias estupefacientes en cantidad considerada como dosis de uso personal y el narcotráfico como actividad ilícita alentada por el afán de lucro pues los efectos del fallo únicamente se extendían a aquella actividad y no a ésta”*. Obsérvese que la delimitación estricta entre los comportamientos permitidos de aquéllos reprimidos en el complejo mundo de las drogas, conlleva la caracterización

exclusiva y excluyente de dos clases de sujetos: de una parte, el consumidor de estupefacientes que respetaba los límites de la dosis legal admisible y, de la otra, el traficante de dicha sustancia.

En ese contexto, una persona que llevara consigo o conservara alucinógenos en cantidad superior al monto permitido para su consumo, sin ser distribuidor o expendedor, carecía de una ubicación categorial explícita tanto en la Constitución como en la jurisprudencia que la desarrollaba. Tal vacío se cubrió, entonces, a partir de la naturaleza que para ese momento se adscribía a la antijuridicidad del delito, por lo que se presumía *iuris et de iure* que ese consumidor era narcotraficante, aun cuando ello no fuese cierto y, peor, aun cuando existiera prueba en el proceso que acreditara la realidad contraria.

4.2 A partir del Acto legislativo No 02 de 2009

El Acto Legislativo No 02 de 2009 modificó el contenido del artículo 49 de la Constitución Política que, en adelante, quedaría 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.

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. (Subrayas fuera del texto original)

Obsérvese que los dos últimos párrafos contemplan el consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas como un problema de salud pública, siendo ésta una novedad constitucional. En ese orden, el análisis de la reforma permite atisbar unos criterios rectores en relación a

la situación problemática que por vez primera se regula expresamente en el texto superior, los cuales, entre otras cosas, encuentran pleno respaldo en los parámetros interpretativos expuestos en la sentencia C-574 de 2011, los cuales fueron reiterados en la C-882 del mismo año y en la C-491 de 2012. Tales criterios son:

1. El porte y el consumo de drogas continúan siendo conductas desvaloradas por el ordenamiento jurídico, por lo que se restringen en el grado de prohibición. Ante tal medida, la Corte Constitucional advirtió que prohibir no implicaba penalizar y que la enmienda sólo persiguió lo primero¹². En relación a la teleología final de la norma en la sentencia precitada se manifestó que:

5.3.6. La finalidad del precepto, como quedó expuesto en un primer momento, buscaba acompañar a la prohibición con medidas temporales restrictivas de la libertad, que no fueran de carácter penal y que dichas medidas fueran dadas por un Tribunal mixto o de tratamiento conformado por entes judiciales y de salud. En las discusiones de la reforma este tipo de medidas fueron suprimidas dando lugar a que solo se pudieran establecer medidas preventivas y rehabilitadoras de carácter pedagógico, profiláctico y terapéutico, y siempre y cuando se haya dado el consentimiento informado del adicto.

¹² “5.4.3. En lo que respecta a la definición de “prohibición”, el Diccionario de la Real Academia Española lo define como “el vedar o impedir el uso o ejecución de algo”. Este concepto de prohibición se diferenciaría del concepto de “penalización” que se define desde el punto de vista jurídico como “el tipificar como delito o falta una determinada conducta” y desde el uso común como “el imponer una sanción o castigo”. Teniendo en cuenta lo anterior, la norma no iría en contra del precedente de la Sentencia C-221 de 1994 y las Sentencias de la Corte Suprema sobre antijuridicidad material en la llamada “dosis de aprovisionamiento”, **ya que no se trataría de penalizar en este caso, sino de prohibir.** (...)”. (Negritas por fuera del texto original).

2. El ámbito de la prohibición constitucional no cobija el porte y el consumo de drogas cuando el mismo obedece a una prescripción médica. Ello implica que ningún efecto jurídico adverso puede producir la conducta exceptuada.

3. Se determinó que la consecuencia jurídica de incurrir en el comportamiento restringido son medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, terapéutico y profiláctico que, en todo caso, deben ser consentidas por el consumidor. Al respecto concluyó el Tribunal Constitucional:

5.5.1. 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.

4. Se declara al consumidor y en grado sumo al adicto como sujeto de especial atención y protección estatal, lo cual crea en su favor una discriminación positiva orientada a la prevención de comportamientos dañinos para su salud y para la de la comunidad. Esa protección reforzada se funda en que *“la drogadicción crónica es una enfermedad psiquiátrica que requiere tratamiento médico en tanto afecta la autodeterminación y autonomía de quien la padece, dejándola en un estado de debilidad e indefensión que hace necesaria la intervención del Estado en aras de mantener incólumes los derechos fundamentales*

del afectado...”, tal y como lo había dicho la Corte Constitucional en las sentencias T-1116 y T-814 de 2008. En esta última, inclusive, ya se había anticipado la idea según la cual:

*(...) es dable afirmar que quien sufre de fármacodependencia **es un sujeto de especial protección estatal**, pues a la luz de la Carta Política y de la jurisprudencia constitucional, se trata de una persona que padece una enfermedad que afecta su autonomía y autodeterminación, pone en riesgo su integridad personal y perturba su convivencia familiar, laboral y social. Así las cosas la atención en salud que se requiera para tratar efectivamente un problema de drogadicción crónica, debe ser atendida por el Sistema integral de seguridad social en salud, bien a través de las empresas promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado o mediante instituciones públicas o privadas que tengan convenio con el Estado. *(Negritas por fuera del texto original).**

5. Se obliga al Estado a adelantar campañas de prevención contra el consumo de drogas y en favor de la recuperación de los adictos.

Conclusión provisional

En síntesis, a partir del Acto Legislativo No 02 de 2009 puede concluirse: 1) Que si bien se prohibió a nivel constitucional el porte y el consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, también lo es que se limitó la respuesta estatal ante las conductas que violen la prohibición, a medidas de carácter administrativo; 2) Que la

finalidad de la respuesta estatal será siempre pedagógica, profiláctica y terapéutica, nunca la represiva; y, 3) Que el consumidor de drogas y especialmente el adicto o farmacodependiente, fue erigido como sujeto de una protección estatal reforzada.

5. Tendencia internacional: despenalización del consumo de estupefacientes y de las conductas previas

En relación a la existencia de una tendencia contemporánea que se impone a nivel internacional y que propugna por la despenalización del porte o la tenencia para el consumo, no por mero capricho o por moda sino por los comprobados beneficios de una medida de tal naturaleza; se cita a continuación la completa y actual referencia que al respecto incluyó la Sala en la reciente sentencia de casación del 3 de septiembre de 2014, Rad. 33409:

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 Droga y el Delito (UNODC)¹³, presentó en Viena un informe contentivo de un conjunto de recomendaciones encaminadas a desincentivar el empleo de medidas penales para los consumidores de drogas.

¹³ Cfr. <http://www.drugpolicy.org/news/2014/03/united-nations-criminal-sanctions-drug-use-are-not-beneficial>.

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.
- 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)**¹⁴, 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:

¹⁴ http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/128048/1/9789241507431_eng.pdf?ua=1&ua=1

- 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.
- 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 2013¹⁵, 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 Interamericana para el Control del Abuso de Drogas** –CICAD-, para la **Organización de Estados Americanos -OEA**¹⁶, 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

¹⁵http://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.

¹⁶ Cfr. <http://www.elespectador.com/noticias/actualidad/aumenta-america-tendencia-de-despenalizar-consumo-perso-articulo-456512>. Búsqueda de agosto 8 de 2014.

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».

6. Conclusiones generales

Con base en el anterior análisis se puede concluir:

1. Que el consumo de estupefacientes es una conducta que no tiene la potencialidad de afectar bienes jurídicos ajenos (la salud o la seguridad pública, o el orden económico y social).

2. Que la presunción de antijuridicidad para los delitos de peligro abstracto como es el de Fabricación, tráfico y porte de estupefacientes, es *iuris tantum* siempre, y no sólo cuando se trate de excesos ligeros a la dosis de uso personal.

3. Que el drogadicto, incluido su entorno familiar, es sujeto de una especial protección constitucional porque es concebido como una persona enferma. Además, el consumidor en general es también sujeto de una discriminación positiva porque se establecen en su favor medidas curativas y rehabilitadoras en el nivel normativo superior.

4. Que el consumo de drogas no podría ser factor constitucional de discriminación positiva y, al tiempo, una circunstancia antijurídica, mucho menos desde el punto de vista punitivo.

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

Esta tesis no implica un cambio rotundo en la línea jurisprudencial que se traía, por cuanto, como se vio al principio, ésta ya había despejado el camino para admitir que el porte para el consumo no vulnera los bienes jurídicos protegidos y que (en algunas ocasiones) la prueba de tal circunstancia excluía la antijuridicidad de la conducta. Por

el contrario, al argumento medular que se venía sosteniendo hace casi 10 años (falta de antijuridicidad del porte de estupefacientes en algunos eventos), se le hacen producir todos los efectos que conlleva de manera plena y no parcial, como antes. Además, la tesis se ajusta de mejor manera al espíritu y al tenor del panorama constitucional que en relación al consumidor de drogas rige a partir del año 2009.

6. Caso bajo examen

Recuérdese que en el asunto que se analiza, la demanda de casación fue interpuesta por un delegado de la Fiscalía General de la Nación que impugnó la sentencia absolutoria proferida a favor de JOHN HENRY MONTOYA BUSTAMANTE por el delito de Tráfico, fabricación y porte de estupefaciente en la modalidad de *“portar o llevar consigo”*. La razón fundamental del recurso extraordinario es la violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 4 de la Ley 599 de 2000 (Antijuridicidad), la cual habría tenido lugar cuando los falladores estimaron que el porte de 52 gramos de marihuana destinados al consumo, si bien era una conducta típica no ponía en peligro concreto los bienes jurídicos tutelados (salud pública, seguridad pública y orden económico).

Pues bien, la sola naturaleza de la única censura que formula el demandante (infracción directa) permite suponer que admite las conclusiones probatorias que en relación a los hechos investigados expuso la sentencia. Ello no admite duda alguna porque la sustentación del recurso se limitó a desarrollar una cuestión de puro derecho según la cual el fallador habría desconocido línea jurisprudencial de esta Corporación en cuanto a que sólo los excesos insignificantes podían desvirtuar la antijuridicidad del delito de porte de estupefacientes. A más de eso, de manera expresa en el libelo se reconoció uno de los fundamentos probatorios más esenciales de la decisión impugnada:

(...), para el caso de JOHN HENRY MONTOYA BUSTAMANTE, la defensa cumplió con la carga de demostrar su condición de adicto a la marihuana que fue una de las sustancias con la que fue sorprendido (también se le incautó 0.8 gramos de cocaína y sus derivados), a través de su propia manifestación y de testimonios rendidos por algunos familiares.

Así las cosas, a continuación se exponen esos mínimos fácticos fundamentales para la resolución del caso y sobre los cuales no existe discusión alguna.

Sentencia de primera instancia:

De todo lo cual se debe concluir que las citadas pruebas, analizadas individual y en conjunto permiten demostrar fehacientemente la adicción del procesado. (...).

Restan por verificar lo atinente a la finalidad de consumo de la droga incautada (...). Y al efecto, encontramos que los policías, testigos presenciales de los hechos, manifestaron que el lugar donde fue capturado John Henry es reconocido por ser utilizado por fumadores de marihuana, y que al capturado no lo vieron vendiendo o distribuyendo esa droga a título alguno y sí fumándola. Y adicionado a ello, se tiene que la droga incautada estaba en su estado original, es decir, no había sido dosificada en cigarrillos o porcionada en forma alguna; el procesado es una persona con arraigo familiar, social y laboral, no tiene antecedentes judiciales (...).

Luego, en segunda instancia:

(...), debe advertirse que no puede considerarse que obre ningún elemento de juicio que ubique al procesado en un contexto de tráfico, comercialización o suministro de los estupefacientes; que la situación establecida es compatible con que sea un consumidor, como quiera que en los testimonios de los agentes de la Policía Nacional que realizaron la captura, Lisandro Ibáñez Hernández y Víctor Alfonso Cadavid Sierra, fueron contestes en indicar que observaron al procesado consumiendo marihuana en un lugar boscoso donde habitualmente se consume este tipo de sustancias y que lo vieron cuando arrojó una bolsa plástica donde se encontraba el estupefaciente; además, el ex agente Ibáñez Hernández advirtió que en el lugar donde fue capturado el acusado se consume marihuana pero no se expende. Adicionalmente, de modo objetivo se encuentra que la sustancia estaba en un solo volumen de modo que sería dispendioso dedicarla a la microventa pues las dosis no estarían debidamente separadas. Estas circunstancias son indicativas de que la cantidad de alucinógeno se tenía como dosis de aprovisionamiento para el consumo del acusado, quien en su testimonio manifestó que trabaja como maestro de construcción, vive con su madre, dos hermanos y dos sobrinas, es adicto a la marihuana desde que era niño y su adicción es constante por lo que ha ido a varias instituciones buscando ayuda; pero no ha sido posible superar su padecimiento. Esta situación fue ratificada por sus hermanas Luz Ángela y Luz Mery Montoya Bustamante, y su señora madre Teresa de Jesús Bustamante de Montoya.

A partir de los pasajes transcritos se pueden relieves como supuestos fácticos probados los siguientes:

1. Que JOHN HENRY MONTOYA BUSTAMANTE realizó la conducta típica de portar o llevar consigo estupefacientes (marihuana) en cantidad de 52 gramos, la cual es superior al tope establecido en la Ley 30 de 1986 como dosis personal que es de 20 gramos.

2. Que la droga que llevaba consigo el procesado era para su propio consumo, lo cual se infirió a partir de otros hechos probados como fueron: la condición personal de consumidor habitual (adicto), el lugar en donde fue capturado es reconocido por esa actividad (no como punto de expendio o venta), la práctica efectiva de consumo en la que fue sorprendido por la autoridad policiva, la cantidad de droga no fue significativa atendiendo su condición de farmacodependiente (no superó en 2 veces la dosis permitida) y la presentación de la droga en una porción individualizada (no fraccionada o dividida).

Así las cosas, la conducta típica realizada por JOHN JAIRO MONTOYA BUSTAMANTE al portar marihuana en cantidad superior a la prefijada por el legislador como dosis personal, no tuvo la potencialidad de generar riesgo de lesión ni a la salud ni a la seguridad públicas ni mucho

menos al orden económico y social, por cuanto la conducta indudablemente perseguía satisfacer su propia necesidad de consumo y no finalidades de tráfico. Es más, en la sentencia y en la misma sustentación del recurso, se reconoció no solo la condición de consumidor del procesado, pues inclusive era esa la actividad que desarrollaba cuando fue capturado, sino la de adicto, la cual demanda no la respuesta punitiva del Estado sino, por el contrario, la protección especial de la que es merecedor según el artículo 49 de la Constitución Política a través de medidas administrativas de orden profiláctico, terapéuticas y pedagógicas.

En conclusión, la sentencia impugnada no incurrió en una violación directa de la ley sustancial en cuanto a la interpretación de la antijuridicidad para la conducta juzgada; por el contrario, se ajustó plenamente al entendimiento que en esa materia debe prevalecer, según lo ya expuesto. Por tal razón, la providencia impugnada no será objeto de casación.

7. Reflexión final

En adelante, la Fiscalía General de la Nación, la Policía Nacional y los órganos de policía judicial deberán dirigir su

persecución hacia los verdaderos traficantes de narcóticos que son quienes lesionan o ponen en peligro efectivamente los bienes jurídicos tutelados. En cambio, a los consumidores habrán de brindarles la protección reforzada a que también están obligados por ser todas ellas autoridades estatales.

Ahora bien, lo anterior no implica que el consumidor que incurra en conductas de tráfico ilícito de estupefacientes, no pueda ser judicializado, porque en ese proceder sí trasciende su fuero interno afectando los bienes jurídicos de la salud pública, la seguridad pública y el orden socioeconómico.

Además, si bien la Fiscalía a la hora de demostrar, como le corresponde por ostentar la carga de la prueba en el proceso penal, cada uno de los presupuestos de la conducta punible, se beneficia de la presunción legal de antijuridicidad propia de los delitos de peligro abstracto como es el Tráfico, fabricación y porte de estupefaciente; lo cierto es que el tratamiento diferenciador impuesto a nivel constitucional, así como la racionalización del poder punitivo y de la actividad judicial, imponen un mayor rigor en el acopio de elementos de conocimiento previo a la formulación de una imputación, que permitan o ratificar o desvirtuar la presunción de lesividad de conductas como el

porte o la tenencia, pues lo contrario implica el irrazonable y desproporcionado inicio de causas cuya prosperidad dependería casi que exclusivamente de la capacidad probatoria de la contraparte.

En todo caso, con base en la valoración razonada de las pruebas o medios de conocimiento legalmente aportados por las partes, será al juez a quien corresponderá decidir si en evento de porte de estupefaciente se acreditó, o la antijurídica finalidad de tráfico o la legítima de consumo, con el propósito de que adopte la decisión que corresponda.

D E C I S I Ó N

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 ley,

R E S U E L V E

NO CASAR la sentencia impugnada por el delegado de la Fiscalía General de la Nación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado:
EUGENIO FERNANDEZ CARLIER
Radicado: Cas. 42.617

Con el respeto que me merece el criterio mayoritario, expreso las razones por las cuales salvo parcialmente el voto en la decisión adoptada en el proceso con radicación 42.617.

En relación con el porte de droga o sustancias alucinógenas para el consumo, la jurisprudencia de la Sala ha venido declarando que la conducta es atípica cuando la cantidad no supera los montos señalados en el artículo 2, literal k) de la Ley 30 de 1986; es típica pero no antijurídica si hay un exceso insignificante y en los demás casos es antijurídica y procede el juicio de culpabilidad.

No comparto la solución dogmática que se ofrece en la línea jurisprudencial citada, dadas las modificaciones que introdujo al ordenamiento jurídico el Acto Legislativo 02 de 2009, que en lo pertinente dispuso:

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.

Conforme al mandato constitucional citado el porte de una cantidad de droga compatible exclusivamente con el propósito de consumo es una conducta penalmente atípica, mientras que si se desvirtúa ese ingrediente subjetivo o finalidad específica, la acción corresponde a la ilicitud descrita en el artículo 376 del C.P., modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, pues sin ese ánimo de ingesta tal proceder pasa a ser propio del tráfico, distribución o fabricación de la sustancia ilícita que se lleve consigo.

Los antecedentes jurídicos de orden internacional e interno referidos, el argumento histórico que sirvió para la modificación que se introdujo con el acto legislativo 2 de 2009, la interpretación gramatical, sistemática y finalísima de las normas que regulan el tráfico de drogas o sustancias que producen dependencia conllevan a la ineludible conclusión que la conducta de los consumidores o adictos que porten o lleven consigo sustancias con esa específica finalidad (ingrediente subjetivo tácito del tipo penal) no pueden ser judicializados por la justicia penal, su proceder es de competencia de las autoridades administrativas de la Salud y los Gobiernos Municipales, Departamentales y Nacional, dado que el artículo 49 de la Carta Política que modificó el acto legislativo en cita solamente autorizó para que en esos casos se obrara así.

El consumidor ocasional o permanente y el adicto a las drogas no son delincuentes, son enfermos. A partir del acto legislativo 02 de 2009, dado el ingrediente subjetivo tácito establecido en esta normatividad, la sustancia portada para el consumo personal no es delictiva, la jurisdicción y autoridad competente para adelantar el trámite administrativo en esos casos es el Ministerio de Salud y solamente podrán ser sometidos a medidas educativas, profilácticas o terapéuticas.

Cualquier cantidad de droga portada con un fin distinto al consumo corresponde a la descripción típica del delito de tráfico, fabricación o tenencia de sustancias de que trata la Ley 1453 de 2011 y por ley de los contrarios la sustancia portada con el único propósito del consumo personal es una conducta que no tiene reproche criminal, de ella se ocupan las autoridades de la salud.

La cantidad de sustancia la determina la condición de consumidor, si dadas las circunstancias del caso estos conceptos no son compatibles no se está frente a un consumidor en la forma como lo regula con carácter administrativo el Acto Legislativo 02 de 2009 para aquéllos, por ello la cantidad de sustancia debe ser para la ingesta personal, pues solamente así no se afecta el derecho ajeno a la salud.

3. La dosis personal comprende la de aprovisionamiento, la prevista en Colombia en la Ley 30 de 1986 no excluye una cantidad mayor. La porción que no se opone al propósito de consumo depende de la situación personal y el grado de dependencia del consumidor o adicto que se logre demostrar con diferentes medios de prueba (pericial, documental, testimonial, ectra).

En la anterior consideración tiene importante incidencia los criterios actualizados de la ciencia y que conforme a la experiencia posibiliten determinar que la cantidad que se lleva consigo es para el consumo y no corresponde a una finalidad distinta. Por citar un ejemplo, el Tribunal Supremo de España en la sentencia 1778 del 1º y 21 de noviembre de 2003 asumió los criterios del Instituto Nacional de Toxicología, según el cual un consumidor habitual adquiere cantidades para el consumo personal para 5 días en las siguientes proporciones: Heroína 3 grs, Cocaína 7,5 grs., Marihuana 100 grs., Hachís 25 grs., LSD 3 mgrs., Anfetamina 900 mgrs., MDMA 1.440 mgrs.

La política criminal que sustentó la Ley 30 de 1986 no fue prohijada integralmente por el Acto Legislativo 02 de 2009. En la primera el consumo era sancionado penalmente (artículo 51 ídem) y con el segundo se despenalizó y la prohibición pasó a

ser competencia de las autoridades de Salud mediante procedimientos administrativos, en la que no se pueden imponer sanciones penales sino medias que ayuden al paciente y a su familia a superar o tratar la situación.

Para comprender el cambio anunciado baste referir el criterio histórico de interpretación de la ley penal que está contenido en las consideraciones expresadas por el legislador colombiano al aprobar el ordenamiento jurídico vigente en la materia:

En el examen de la normatividad correspondiente al Acto Legislativo 02 de 2009 y se dijo:

Como se puede apreciar, la parte que hemos subrayado pone claros límites al legislador en el sentido de que las medidas que se llegaren a imponer serán de carácter pedagógico, profiláctico y terapéutico y en ningún caso penales, es decir que sería la misma Constitución la que prohibiría imponer penas de carácter estrictamente penal o como reproche a un delito consistentes en medidas restrictivas de la libertad.

El criterio expresado está avalado en la sentencia C-574 de 2011, así como por la Ley 1453 de 2011 y la sentencia C-491 de 2012 que estudió la asequibilidad de la citada Ley, y que en lo pertinente puntualizó:

“en el entendido de que el porte de sustancia estupefaciente, psicotrópica o droga sintética en cantidad considerada como dosis para uso personal, no se encuentra comprendido dentro de la descripción del delito de “tráfico, fabricación y porte de estupefaciente” previsto en esta disposición, y por ende no se encuentra penalizada.

En el estudio de la Ley 1566 de 31 de julio de 2014 se distinguió entre el consumidor, el abusador y el adicto a estupefacientes y psicotrópicos, a quienes trata como enfermos, indicándose:

“En conclusión quien consume sustancias psicoactivas de forma habitual o esporádica, no puede considerarse como un delincuente o una persona que se debe aislar de la sociedad porque en realidad se trata es de un ser humano en situación de enfermedad con un tipo de sintomatología que lo hace ser dependiente a diferentes tipos de estupefacientes y que por ende merece de toda la atención en salud por parte del Estado, consideración que se sustenta en lo anteriormente expuestos que resalta la Corte Constitucional.”¹⁷

La sentencia C- 491 de 2012 cita como factor cuantitativo el artículo 2º, literal j) de la Ley 30 de 1986, alusión que constituye un obiter dicta en dicha decisión, pues el tema de la demanda de inconstitucionalidad no se ceñía a determinar la

¹⁷ Informe de ponencia para el segundo debate de proyecto de ley 279 de 2011 Cámara y 111 de 2010 Senado. Gaceta 214.

cantidad que representaba la dosis personal, por lo que la fijación de ese criterio por la Corte Constitucional conforme a sus propias enseñanzas no es de obligado acatamiento, máxime cuando ese juicio está sustentado en un error de política criminal al acoger el de la Ley 30 de 1986 que no es el recogido por el acto Legislativo 02 de 2009.

En las legislaciones en las que el porte para el consumo es delito, los excesos de esa dosis se pueden resolver si son mínimos en el campo de la antijuridicidad material. En Colombia esa solución resulta inaplicable a partir del Acto Legislativo 02 de 2009, que despenalizó el porte para el consumo personal, por lo que toda cantidad que no sea con ese propósito, en cualquier cantidad pasa a ser tráfico o fabricación prohibida, ésta ya no es una acción de bagatela y la negación de la antijuridicidad de este último obrar depende entonces de la comprobación de alguna de las causales de justificación.

Las categorías que estructuran la conducta punible están definidas en nuestro medio en sus elementos, conceptos, contenidos y estructura, de tal forma que el juicio de tipicidad positivo, no puede generar juicios concluyentes de antijuridicidad ni estos conllevar el establecimiento de la culpabilidad. Y, ello es así porque la autonomía que genera la diferente composición de la tipicidad, antijuridicidad y

culpabilidad no desnaturaliza la función armónica que cumplen en la estructuración del delito.

De lo que viene de decirse se colige que en el proceso penal no se presume la tipicidad, ni la antijuridicidad, ni la culpabilidad, sus elementos se deben demostrar en el proceso.

No se puede presumir que la conducta reúne una cualquiera de los elementos del delito, porque nuestro ordenamiento jurídico proscribire la responsabilidad objetiva e impone la carga de la prueba a la Fiscalía. Una cosa es el régimen probatorio en el proceso penal, del que hacen parte las presunciones y otra muy diferente los contenidos dogmáticos de las categorías que componen conceptualmente la conducta pública. Por ello, se insiste, en cada caso se deben probar los elementos que integran cada categoría.

Respetuosamente,

EUGENIO FERNANDEZ CARLIER

Magistrado

Fecha ut supra