



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrada Ponente
PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

SP732-2018
Radicación N° 46.848
(Aprobado Acta N° 90)

Bogotá D.C., catorce (14) de marzo de dos mil dieciocho
(2018)

VISTOS

Culminada la audiencia de sustentación del art. 184 inc. 4° de la Ley 906 de 2004 (en adelante C.P.P.), la Corte resuelve el recurso de casación interpuesto por el defensor de GUSTAVO ADOLFO BERMÚDEZ TORO, contra la sentencia del 23 de julio de 2015, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia.

I. HECHOS

De acuerdo con la sentencia de segunda instancia, el 29 de junio de 2012 en la calle 8 entre carreras 8ª y 9ª, barrio Alfonso López de La Tebaida (Quindío), agentes de policía dieron captura a GUSTAVO ADOLFO BERMÚDEZ TORO, por hallarlo en poder de una bolsa plástica con 13 envolturas de papel con una sustancia similar a cocaína. La prueba preliminar homologada determinó que efectivamente se trataba de 4.90 gramos de ese alcaloide.

II. ANTECEDENTES PROCESALES PERTINENTES

Al día siguiente, tras legalizarse la captura, la Fiscalía imputó al señor BERMÚDEZ TORO, en calidad de autor, la posible comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 inc. 2º del C.P.) en la modalidad de *llevar consigo*, cargo que el imputado aceptó unilateralmente. La Fiscalía se abstuvo de solicitar medida de aseguramiento.

El conocimiento del asunto le correspondió al Juzgado 5º Penal del Circuito de Conocimiento de Armenia. En audiencia del 8 de noviembre de 2012, el acusado se retractó del allanamiento y, por consiguiente, su defensor solicitó que se decretara la ilegalidad de la aceptación de cargos. Esta petición fue negada por el juez y confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Armenia, en auto del 15 de febrero de 2013, en respuesta al recurso de apelación interpuesto por la defensa y el Ministerio Público.

Verificada la legalidad de la aceptación de cargos, en audiencia de individualización de pena y sentencia, llevada a

cabo el 20 de marzo de 2014, el Juzgado dictó el fallo correspondiente. Por estimar acreditada la responsabilidad penal, condenó a GUSTAVO ADOLFO BERMÚDEZ TORO a las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 56 meses y a la de multa en cuantía de 175 salarios mínimos legales mensuales. De otro lado, negó tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena como la prisión domiciliaria.

Al resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor contra el fallo de primer grado, la Sala Penal del Tribunal Superior de Armenia lo confirmó mediante la sentencia ya referida.

Dentro del término legal, la defensa interpuso el recurso extraordinario de casación y allegó la respectiva demanda, cuya admisión dispuso la Corte por medio de auto del 23 de noviembre de 2017. En sesión del 1° de marzo de 2018 se celebró la audiencia de sustentación del recurso de casación, donde participaron el defensor, la Fiscal 9ª delegada ante la Corte Suprema de Justicia y la Procuradora 2ª delegada para la Casación Penal.

III. DEMANDA DE CASACIÓN Y SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

3.1 Por la vía del art. 181-1 de la Ley 906 de 2004, la defensa formuló un cargo principal denunciando la violación *directa* de la ley sustancial, por *aplicación indebida* de los arts. 376 del C.P. y 29 inc. 2° de la Constitución.

En sustento del reclamo, expone, los fallos de instancia reconocen que el acusado es adicto a la cocaína, sustancia que

portaba con exceso de 3.9 gramos del tope permitido para dosis personal. En la actuación, resalta, está acreditado que la cocaína que el señor BERMÚDEZ TORO llevaba consigo era para su consumo personal, debido a su condición de adicto.

De otro lado, puntualiza, la hipótesis delictiva no comprende ninguna posibilidad de que el procesado destinara la droga para comercialización o tráfico. De ahí que, a su modo de ver, no pueda afirmarse la lesividad de su conducta, pues si la cocaína era para consumo personal, decae la afectación de la salud pública, de la seguridad pública y del orden económico y social, pues se sabe que aquél es un consumidor habitual y un drogadicto que no ejecutaba actividades de distribución o venta del alucinógeno.

Sobre este último particular, destaca, no se investigó nada sobre la personalidad del procesado. Empero, a ese respecto existe evidencia sobre la adicción de GUSTAVO BERMÚDEZ. El *ad quem*, llama la atención, *no tuvo en cuenta*, entre otros aspectos, que desde 1982 el acusado es dependiente a drogas como la marihuana, el bazuco y la cocaína; que el 26 de enero de 1989 se le dictaminó dependencia a la marihuana, por lo que se archivó un proceso en su contra “*por Ley 30 de 1986*”, y que desde julio de 2012 inició un proceso de rehabilitación para superar su adicción.

En tal virtud, solicita a la Corte que case la sentencia y absuelva al acusado, pretensión que fue reiterada en la audiencia de sustentación del recurso de casación, en la cual enfatizó que el Tribunal afirmó equivocadamente la antijuridicidad de la conducta, no sólo por haber pasado por alto la adicción del acusado -según su historial clínico-, sino debido a que la Fiscalía no demostró que aquél fuera traficante

o comercializador de estupefacientes, pues no fue sorprendido ejerciendo esas actividades. Tales circunstancias, subraya, son indicativas de que la cocaína la llevaba el señor BERMÚDEZ TORO para su propio consumo, lo cual torna su comportamiento en atípico.

3.1.1 Por otra parte, a la luz del art. 181-2 del C.P.P. solicita que se anule la actuación a partir de la audiencia de verificación de la legalidad del allanamiento a cargos, por violación sustancial del debido proceso y del derecho de defensa.

Pese a que, sostiene, el art. 293 inc. 1° *ídem*, modificado por el art. 69 de la Ley 1453 de 2011, permite la retractación hasta la audiencia de verificación de legalidad, el juez de conocimiento desconoció tal manifestación del acusado. Además, resalta, lo que se presentó en el fondo fue un vicio del consentimiento en el imputado, pues éste quiso señalar que fue obligado a aceptar cargos cuando en verdad tenía la sustancia para su consumo personal. Ello, en su criterio, afecta la validez del acto de allanamiento.

Cuando la aceptación se da en la audiencia preliminar de formulación de imputación ante el juez de control de garantías, alega, es viable la retractación pura y simple hasta antes de que se legalice el allanamiento, sin que sea preciso invocar justificación alguna.

No obstante, añade, desconociendo la jurisprudencia especializada, el fallador no dio trámite a la retractación, impidiendo con ello que el procesado expresara las razones por las cuales desistía de su aceptación de culpabilidad, para luego sí determinar si la aceptación de cargos fue libre, voluntaria y espontánea, sin vulneración de garantías fundamentales.

En tal virtud, solicita a la Corte que mediante fallo de casación anule lo actuado a partir de la audiencia de verificación de legalidad de la aceptación de cargos.

3.2 A su turno, **la fiscal** manifiesta que coadyuva parcialmente las pretensiones formuladas en la demanda.

Si bien, expone, existe vulneración al debido proceso por desconocimiento de la retractación pura y simple manifestada por el imputado, al amparo del art. 293 inc. 1° del C.P.P. -sin la modificación del art. 69 de la Ley 1453 de 2011-, en el presente caso no ha de anularse el proceso, sino dictarse fallo absolutorio. Pues, señala, a la luz de la jurisprudencia de la Corte, la conducta atribuida al acusado es atípica, dado que se demostró su prolongada condición de adicción y no se acreditó que la sustancia incautada tuviera como destino el comercio.

El señor BERMUDEZ TORO, destaca, simplemente fue sorprendido portando cocaína, sin que se hubiera desplegado ninguna otra actividad investigativa para establecer si la cantidad que excedía la dosis personal (3.90 gramos) estaba en su poder para ser distribuida. Por ende, resalta, teniendo en cuenta el actual criterio de la Sala, en punto de la atipicidad del porte de estupefacientes para consumo personal, la condición de adicción debió haber sido apreciada en las instancias, pero los juzgadores lo impidieron. De ahí que se evidencie un vicio de garantía por haberse negado la oportunidad de retractación.

En consecuencia, demanda que “*se declare la nulidad*” y se dicte fallo de reemplazo absolutorio.

3.3 Finalmente, **la procuradora para la casación penal** expuso que, en relación con el segundo cargo, el Tribunal actuó en forma correcta, pues no existe prueba que acredite vicios en el consentimiento en el acto voluntario y asesorado de aceptación de culpabilidad. Por ello, considera, no debe prosperar.

No así el primer cargo, prosigue, por cuanto la pretensión de absolución sí está llamada a ser acogida, a la luz de la actual jurisprudencia de la Sala, ya que el presente caso concierne al porte de estupefacientes por parte de un consumidor dependiente por más de 30 años, sin que se hubiera probado ninguna finalidad de comercialización.

Por consiguiente, solicita que se decrete la nulidad para absolver al procesado.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La prosperidad del primer cargo propuesto en la demanda presentada por el defensor de GUSTAVO ADOLFO BERMÚDEZ TORO, cuyo efecto concreto es el proferimiento de un fallo de reemplazo de carácter absolutorio, releva a la Corte de pronunciarse sobre el segundo reclamo, dirigido a provocar la nulidad de la actuación, de tener éxito. Esto, en desarrollo del principio de prioridad, según el cual la absolución prevalece sobre la nulidad, criterio adoptado por la Corte, entre otras, en las sentencias CSJ SP oct. 21 de 2013, rad. 32983 y SP 3963-2017, rad. 40.216.

La Sala procederá, en consecuencia, a exponer los argumentos que la llevan a encontrar fundado el

cuestionamiento por violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del art. 376 inc. 2° del C.P., yerro que, además, comporta la vulneración de garantías fundamentales.

4.1 La jurisprudencia tiene dicho que una de las posibilidades de afectación de garantías fundamentales con la emisión de una sentencia dictada en virtud de allanamiento a cargos es que, al margen de la aceptación de culpabilidad, se condene al acusado pese a la existencia de situaciones *objetivas* que, *sin modificar los enunciados fácticos* que por virtud del allanamiento se entienden admitidos, y que desde la lógica de la violación *directa son inmodificables por integrar la premisa menor del silogismo jurídico contenido en la sentencia*, comportan una *evidente imposibilidad de declarar la responsabilidad*, en los términos exigidos por el derecho penal sustantivo (CSJ SP9379-2017, rad. 45.495).

Ciertamente, de acuerdo con el art. 29 inc. 2° de la Constitución y el art. 6° inc. 1° del C.P., uno de los componentes esenciales del debido proceso es que nadie puede ser juzgado, sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa y *con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*.

En ese sentido, el juicio *sustantivo* de responsabilidad penal requiere la afirmación concurrente de las categorías de *tipicidad*, antijuridicidad y culpabilidad en la conducta del procesado (art. 9 inc. 1° *ídem*). De ahí que, si de la conducta atribuida al acusado no es dable predicar su adecuación en alguna de las categorías sustanciales que componen la responsabilidad penal, no es dable sancionarlo. Una condena impuesta en tales circunstancias vulnera el debido proceso.

4.2 En el presente caso, la Corte detecta que la declaración de responsabilidad penal y la consecuente imposición de sanción penal a GUSTAVO ADOLFO BERMÚDEZ TORO por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes son violatorias del debido proceso. Como a continuación se expondrá, la conducta por la cual fue juzgado GUSTAVO ADOLFO BERMÚDEZ TORO es *atípica*, por lo que surge evidente la aplicación indebida del art. 376 del C.P.

Para soportar dicho aserto, en primer lugar, la Sala *reiterará* algunos aspectos concernientes a los elementos del tipo de injusto del art. 376 del C.P., así como a las consecuentes exigencias para afirmar la tipicidad de la conducta de portar o llevar consigo estupefacientes (num. 4.2.1 *infra*). En segundo término, se contrastarán los enunciados fácticos que se declararon probados en las sentencias de instancia con tal marco conceptual (num. 4.2.2 *infra*), a fin de evidenciar que la hipótesis delictiva no satisface las exigencias necesarias para predicar la responsabilidad del acusado (num. 4.2.3 *infra*).

4.2.1 Estructura del juicio de adecuación típica en el *porte de estupefacientes*

Partiendo del discurso constitucional sobre el ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad general de acción -expresado en el libre desarrollo de la personalidad (art. 16)-, articulado con la función de protección de bienes jurídicos asignada al derecho penal, la jurisprudencia penal (cfr. CSJ SP 15 sep. 2004, rad. 21.064 y CSJ SP 17 ago. 2011, rad. 35.978, entre otras) abordó *inicialmente* la problemática de la punibilidad del porte de estupefacientes para consumo personal, cuando se superaba en mínimas cantidades el tope legal establecido para *dosis*

personal, para dar una respuesta desde la perspectiva de la antijuridicidad material (CSJ SP 8 jul. 2009, rad. 31.531).

En esa línea de pensamiento, a la luz del art. 11 del C.P., la necesidad de punición decae, por ausencia de lesividad, cuando la conducta resulta inidónea para afectar la salud pública, en tanto bien jurídico colectivo. Si el comportamiento no trasciende la órbita personal del sujeto activo, habrá de estimarse carente de dañosidad social y, por consiguiente, no puede predicarse su antijuridicidad.¹

Sin embargo, a la luz del art. 49 inc. 6° y 7° de la Constitución -modificado por el Acto Legislativo N° 02 de 2009-, desde la óptica del *tipo de injusto*, se produjo una evolución jurisprudencial en la comprensión del asunto. Hoy en día, es criterio consolidado, lo trascendental para justificar la punición del porte de estupefacientes es su *destinación*, más allá de criterios cuantitativos que inicialmente hicieron parte de la definición del concepto de dosis personal. Así, independiente de la cantidad (art. 2° de la Ley 30 de 1986), si el *propósito específico* del sujeto activo es el de portar o tener drogas para su *propio* consumo, su comportamiento deviene atípico, máxime si se trata de una persona en estado de adicción. Empero, si la intención concreta va más allá de la órbita personal del consumidor -al margen de que sea adicto o no-, y el porte va unido a la intención de comercializar, traficar, suministrar o distribuir los narcóticos, el comportamiento se torna punible por *interferir* en derechos individuales y colectivos que conforman el bien jurídico *supraindividual* salud pública.

Parecería paradójico que, en sede de *tipicidad*, tuviera lugar un análisis atinente al menoscabo del bien jurídico, por

¹ Dicha postura, desde la perspectiva dogmática, fue modificada por la Sala para adoptar la solución de ausencia de responsabilidad por *atipicidad* de la conducta. Cfr. CSJ SP 6 abr. 2016, rad. 43.512.

ser aquél un examen que, *en línea de principio*, es característico de la antijuridicidad. Empero, cimentándose el injusto típico en el desvalor de resultado y, por ende, en el principio de lesividad, para nada contradictorio se ofrece que la afectación del interés jurídico protegido por la norma funcione como un criterio de interpretación *anticipado* en el proceso de *adecuación típica*, máxime que, en la temática concernida, el *propósito* del porte de tales sustancias es determinante para valorar la relevancia penal de esa conducta.

Tal constelación es una muestra de que el proceso de adecuación típica comporta una doble valoración: el juicio de correspondencia comparativa (homogeneidad) entre la conducta y el tipo, más un juicio adicional de verificación sobre la idoneidad de esa conducta típica para afectar el bien jurídico tutelado por la norma². Hay circunstancias de atribución al *tipo* que, de entrada, hacen decaer la afirmación de la punibilidad, como la *insignificancia* de la conducta o su *adecuación social*. Si un comportamiento es socialmente adecuado, sin más, ha de entenderse atípico³. Por ejemplo, si el consumo de estupefacientes no puede ser sancionado, por ser manifestación de la libertad general de acción, el porte de drogas destinado para el propio consumo mal podría estimarse tipificado en la ley penal.

En esa dirección, la Sala expresó (CSJ SP3605-2017, rad. 43.725):

Y tras destacar que con anterioridad la Corporación, cuando se superaba la cantidad establecida como de uso personal, había resuelto los asuntos en sede de antijuridicidad en relación con el daño potencial o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos como la salud pública, la seguridad pública y el

² FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien Jurídico y Sistema del Delito*. Montevideo: B de f, 2004, p. 160.

³ Cfr. *ibídem*, pp. 162-170.

orden económico y social (CSJ SP, 3 sep. 2014, rad. 33409; CSJ SP, 12 nov. 2014, rad. 42617, entre otros), se puntualizó que *ahora tales eventos han de ser desarrollados dogmáticamente en los terrenos de la tipicidad*, porque con la modificación hecha a través del Acto Legislativo 02 de 2009, *el ánimo de ingesta de las sustancias se constituye en ingrediente subjetivo o finalidad del tipo, de ahí que el porte de una cantidad de droga compatible exclusivamente con ese propósito de consumo ha de considerarse como una conducta atípica.*

Así, se concluyó que:

...En otras palabras, como el querer del constituyente fue no penalizar la dosis personal, desde allí se autoriza o permite el porte de droga destinada para el consumo.

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

[...]

Entonces, la atipicidad de la conducta para los consumidores o adictos dependerá de la finalidad cierta (no supuesta o fingida) de su consumo personal, lo que puede desvirtuarse en cada caso según las circunstancias modales, temporales o espaciales, como cuando la cantidad supera exageradamente la requerida por el consumidor, adicto o enfermo, o la intención es sacarla o introducirla al país, transportarla, llevarla consigo, almacenarla, conservarla, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla, financiarla, suministrarla o portarla con ánimo diverso al consumo personal.

En la misma línea, la Corte ha clarificado que incluso tratándose de consumidores o adictos *siempre se debe analizar si la finalidad de la posesión o tenencia del alcaloide era para su consumo personal*, porque puede suceder que la cantidad supere exageradamente la requerida por el consumidor, o la intención sea sacarla o introducirla al país, transportarla, llevarla consigo, almacenarla, conservarla, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla, financiarla, suministrarla o portarla con ánimo diverso al consumo personal, casos en los cuales la conducta del consumidor, concurrente con esas otras finalidades, lo convierte en un infractor penal.

En posterior decisión, luego de repasar históricamente el recorrido jurisprudencial en el tratamiento del tema tanto en la jurisprudencia constitucional como especializada, la Sala concretó la evolución dogmática del asunto, para determinar que el referente más adecuado para analizar la problemática penal del consumo personal de drogas y del porte destinado a ese simple propósito, es el de la tipicidad objetiva, en la identificación de un ingrediente subjetivo del tipo. A ese respecto, se lee en la CSJ SP9916-2017, rad. 44.997:

En este sentido, cobra importancia la orientación que frente al delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes ha dado la Sala en las sentencias CSJ SP-2940 9 mar. 2016, rad. 41760; CSJ SP-4131 6 abr. 2016, rad. 43512 y CSJ SP-3605, 15 mar. 2017, rad. 43725, en el sentido de considerar el ánimo -de consumo propio o de distribución- del sujeto activo como ingrediente subjetivo o finalidad del porte de sustancias alucinógenas, a efectos de excluir su responsabilidad penal o de estimar realizado el tipo de prohibición.

Con ello, la Corte está reconociendo la existencia en el tipo penal del artículo 376 del Código Penal de lo que se conoce en la doctrina como *elementos subjetivos distintos del dolo, elementos subjetivos del tipo* o *elementos subjetivos del injusto*⁴, que son aquellos ingredientes de carácter intencional distintos del dolo que en ocasiones se emplean para describir los tipos penales y que poseen un componente de carácter anímico relacionado con una peculiar finalidad del sujeto realizador de la conducta descrita.

[...]

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

De esa manera, en relación con el delito de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, el recurso a los elementos subjetivos diferentes del dolo, tiene el propósito de

⁴ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Derecho Penal – Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 517; GÜNTER STRATENWERTH, *Derecho Penal – Parte General*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, p. 171; EDMUND MEZGER, *Derecho Penal – Parte General*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 135.

efectuar una restricción teleológica del tipo penal, pues no obstante que el contenido objetivo del verbo rector *llevar consigo* remite a la realización de la conducta penalmente relevante con el solo acto de portar las sustancias estupefacientes, psicotrópicas o drogas sintéticas, el desarrollo jurisprudencial atrás relacionado ha reducido el contenido del injusto a la demostración del ánimo por parte del portador de destinarla a su distribución o comercio, como fin o *telos* de la norma.

Ahora bien, ese ánimo ulterior asociado con el destino de las sustancias que se llevan consigo, distinto al consumo personal, puede ser demostrado a partir de la misma información objetiva recogida en el proceso penal. Por eso, si bien es cierto que el peso de la sustancia por sí solo no es un factor que determina la tipicidad de la conducta, sí puede ser relevante, junto con otros datos demostrados en el juicio (p. ej., instrumentos o materiales para la elaboración, pesaje, empaclado o distribución; existencia de cantidades de dinero injustificadas; etc.), para inferir de manera razonable el propósito que alentaba al portador.

Y ese dolo específico, valga destacar -no obstante tratarse del análisis de un cargo por la vía de la violación directa de la ley sustancial-, ha de ser acreditado por la Fiscalía, como quiera que la demostración de los hechos o circunstancias atinentes al ánimo del porte de los estupefacientes, como componentes de los ingredientes subjetivos relativos al tráfico o distribución de las sustancias, incumbe siempre al acusador, quien tiene la carga de probar toda la estructura de la conducta punible.

4.2.2 Hipótesis delictiva afirmada en las sentencias

Pues bien, revisado el registro de video de la audiencia de lectura de sentencia de primera instancia⁵, que se integra por unidad jurídica al fallo dictado por el *ad quem*, se extracta que los hechos por los cuales fue condenado el acusado son los siguientes:

⁵ Min. 20:12 y ss.

En horas de la madrugada del 29 de junio de 2012, personal de la Policía de la localidad de La Tebaida capturó al señor GUSTAVO ADOLFO BERMÚDEZ TORO, quien se desplazaba en una motocicleta por la calle 8 entre carreras 8ª y 9ª del barrio Alfonso López de dicho municipio. Llevaba una bolsa en su interior con 13 envoltorios con sustancia semejante a la cocaína. El material incautado fue sometido a prueba de identificación y pesaje, arrojando resultado positivo para el estupefaciente cocaína en peso neto de 4.9 gramos.

Dicha conducta, destacó el *a quo*, se imputó al tenor del art. 376 del C.P. en el verbo *portar*. En el informe de captura en flagrancia⁶, destaca, consta que el procesado *llevaba consigo* la sustancia estupefaciente.

Ninguna otra premisa fáctica en punto de la hipótesis delictiva, constata la Sala, se declaró probada en las sentencias confutadas.

Ahora, al momento de connotar jurídicamente el mencionado comportamiento, el juez de primera instancia afirmó:

Con esa conducta se afecta el bien jurídico de la salud pública con daño colateral a otros bienes como el orden económico y social, la administración pública, la seguridad pública y la integridad personal [...] Es un tipo penal de peligro abstracto porque no se exige que se concrete un daño; basta con la eventualidad que el interés resulte amenazado para que la conducta sea punible.

En síntesis, puso de presente que en eventualidades en que se *supera amplia* o “*gravemente*” la cantidad autorizada legalmente para el consumo personal -como en el presente caso-, ha de afirmarse la lesividad del comportamiento, pues sólo se

⁶ En el respectivo informe (fl. 9 C.1) se dejó consignado que los policías observaron “*una persona...en una motocicleta AKT color negro en actitud sospechosa*”. Se acercaron a él y le solicitaron una requisita, a la cual accedió voluntariamente. Le hallaron en el bolsillo izquierdo de la parte media del pantalón una bolsa plástica transparente que un su interior contenía 13 envolturas de papel que contenía una sustancia pulverulenta de color habano y olor penetrante, de características similares al bazuco. Sin que mediara ninguna otra circunstancia, le dieron a conocer los derechos del capturado y lo aprehendieron.

autoriza portar como máximo un gramo de cocaína como dosis personal.

El adicto a las drogas, prosigue, debe entonces someterse a los límites establecidos por el ordenamiento jurídico. Si la persona porta cantidades superiores a lo legalmente tolerado, incurre en conducta punible, pues “*ha de presumirse una destinación ilícita del estupefaciente*”. Sólo puede concluirse que es para consumo, enfatiza, cuando la cantidad incautada respeta los topes permitidos para dosis personal o los supera ligeramente.

En esos términos, para el juez no hay duda sobre el carácter delictivo del comportamiento del acusado, debido a que llevaba consigo cocaína en cantidad de 3.9 gramos por encima de la dosis personal permitida (1 gramo). Ahora, subraya, si bien en la audiencia de verificación de legalidad del allanamiento a cargos y sentencia la defensa puso de presente la condición de adicción de GUSTAVO ADOLFO BERMÚDEZ a las drogas alucinógenas, tal situación no lo excusa ni le permite portar estupefacientes en cantidad superior a la fijada por el legislador para consumo personal.

Sobre este último particular, destaca la Corte, a la actuación *ante el juzgado de conocimiento* se incorporó evidencia documental indicativa de que el acusado presenta adicción a drogas alucinógenas. Ello, según la historia clínica en la Clínica El Prado de Armenia, suscrita por el siquiatra Óscar Cabrera Erazo, quien documentó que los antecedentes de consumo, para esa época, presentaban 30 años de evolución, y diagnosticó en GUSTAVO BERMÚDEZ TORO “*trastornos mentales y del*

*comportamiento debidos al uso de múltiples drogas y al uso de otras sustancias psicoactivas*⁷.

4.2.3 Conclusión

Pues bien, contrastados los enunciados fácticos que se declararon probados en la sentencia de primera instancia con las premisas normativas y jurisprudenciales expuestas en precedencia (num. 4.2.1 *supra*), salta a la vista la incorrección de la declaratoria de responsabilidad penal emitida en las instancias en contra del acusado.

En efecto, ninguna premisa *fáctica* integrante de las sentencias impugnadas acredita, en lo sustancial, el ingrediente subjetivo o dolo específico tácito, concerniente al propósito del sujeto agente de destinar la cocaína para tráfico, comercialización, distribución o suministro a terceras personas. Los hechos jurídicamente relevantes que se declararon probados son que GUSTAVO ADOLFO BERMÚDEZ TORO llevaba consigo 4.9 gramos de cocaína, repartidos en 13 papeletas. Nada más. Y esas circunstancias son insuficientes para afirmar la tipicidad de su comportamiento.

Pero hay más, al aplicar el juicio de adecuación típica, los falladores de instancia inadvirtieron otra circunstancia sumamente trascendente, indicativa del carácter atípico del comportamiento, a saber, la condición de adicción del señor BERMÚDEZ TORO. Al momento de dosificar la sanción⁸, el *a quo* reconoció que aquél es un drogadicto, pero en lugar de articular la ausencia absoluta de cualquier evidencia o hecho indicativo de la destinación de la cocaína para el tráfico,

⁷ Cfr. fls. 54-57 C.1.

⁸ Con base en documentación que aportó la defensa en la audiencia de verificación de legalidad de allanamiento y emisión de sentencia.

comercialización, distribución o suministro a terceros con la prolongada situación de dependencia visible en el acusado, para descartar la tipicidad de su comportamiento, se aplicó un erróneo entendimiento sobre la lesividad de la conducta, basada en la comprensión de la dosis personal desde una perspectiva meramente cuantitativa.

En esos términos, salta a la vista la aplicación indebida del art. 376 del C.P., por ausencia de un ingrediente subjetivo del tipo que impide afirmar la tipicidad del comportamiento. En ese entendido, como se afirmó la responsabilidad por una conducta atípica (art. 9° inc. 1° *idem*), la condena es igualmente lesiva del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 inc. 2° de la Constitución).

4.4 Decisión a adoptar

En eventualidades como la aquí verificada -que la conducta atribuida al procesado deviene atípica y pese a ello se dicta sentencia condenatoria en virtud de allanamiento a cargos-, la jurisprudencia ha reconocido la vulneración del debido proceso en su componente de legalidad, *en tanto garantía fundamental*. No obstante, por tratarse de un aspecto *objetivo* que imposibilita la emisión de una sentencia condenatoria, la Sala ha determinado que la solución adecuada para el restablecimiento de tal prerrogativa *ius fundamental* no es la nulidad, sino la emisión de un fallo absolutorio.

Al respecto, en la SP 8 jul. 2009, rad. 31.531, en un caso donde un imputado por porte de estupefacientes fue condenado en virtud de allanamiento, pese a que la droga que llevaba consigo estaba destinada para su uso personal, la Corte dictó sentencia absolutoria.

En esa oportunidad, la Sala puso de presente que la renuncia al juicio y a las garantías a éste inherentes de ninguna manera implica el desistimiento de las demás prerrogativas en cabeza de quien es procesado penalmente, así sea por la vía del procedimiento abreviado, activado por la vía de la aceptación de culpabilidad:

Así mismo, cuando se trate de la protección de garantías fundamentales de **repercusiones sustanciales** que se hubieran materializado como *errores in iudicando*, la Sala Penal de la Corte, cuando se trate de sentencias anticipadas que se impugnen en vía extraordinaria deberá casar la sentencia ya sea de manera rogada *u officiosa* como aquí se hace al encontrar que la violación se ha materializado de manera **evidente**.

Pueden darse los casos, por ejemplo, entre otros: que la sentencia anticipada se hubiera proferido con violación al principio de derecho penal de acto, al principio de legalidad del delito o de la pena o del principio de favorabilidad sustancial, por violación del principio de prohibición de analogía *in malam partem*, por desconocimiento del principio de cosa juzgada y del *non bis in idem*, o en la que se hubiera consolidado una violación manifiesta por indebida aplicación sustancial referida a la adecuación del injusto típico, formas de participación o de las expresiones de culpabilidad atribuidas, o por menoscabo del principio antijuridicidad material y ausencia de lesividad, como es el caso concreto, o del principio de culpabilidad subjetiva en la que se evidencie una ausencia de responsabilidad penal dada la presencia de alguna de las causales que la excluyen y se hubiese condenado con criterios de responsabilidad objetiva o por desconocimiento del principio de *in dubio pro reo*.

En las sentencias anticipadas proferidas tras la vía de la política del consenso, esto es, de los preacuerdos y negociaciones o al declararse culpable al inicio del juicio oral, exclusivamente se renuncia por parte del imputado o acusado a los ejercicios de prácticas de prueba y de contradicción probatoria, pero no se renuncia a ninguno de los derechos y garantías fundamentales de lo debido sustancial y debido probatorio (necesidad, licitud, legalidad de la prueba), postulados que en un Estado constitucional, social y democrático de Derecho de manera imperativa deben ser objeto de protección, máxime al haberse

concebido a la casación penal como un control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias de segundo grado, de nomofilaxis, sede extraordinaria por excelencia en la que tiene espacio y cabida por sobre todo la prevalencia del derecho sustancial, principio constitucional que sin excepciones se proyecta aplicativo tanto a las sentencias que hubiesen terminado de manera normal como las anticipadas.

Tal solución -restablecer la garantía fundamental conculcada mediante sentencia de reemplazo, sin anular la actuación- se ha adoptado en situaciones similares, en las cuales, por ejemplo, se vulneró el principio de legalidad por haberse dictado una condena -con allanamiento a cargos- por dos delitos pese a configurarse un concurso aparente (cfr. CSJ SP 14 ago. 2012, rad. 39.160).⁹

Como consecuencia de lo expuesto, la Corte casará la decisión de segundo grado y, en su lugar, emitirá fallo de sustitución para absolver al procesado del delito de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes* (art. 376 del C.P.).

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CASAR la sentencia impugnada. En consecuencia, **absolver** a GUSTAVO ADOLFO BERMÚDEZ TORO por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

⁹ En esa oportunidad, adujo la Sala: “*En principio, el incumplimiento de este deber le representaba a la Corte en casación decretar la nulidad, en el entendido de que la actuación correcta por parte del juez era rechazar en todos los casos el consenso o la declaración unilateral ante la imposibilidad de dictar sentencia en los términos aceptados. Sin embargo, todo error de juicio que signifique la vulneración de una garantía judicial podrá subsanarlo esta Corporación casando la decisión impugnada y dictando la de reemplazo, que incluso puede ser una absolución*”.

SEGUNDO: Cancelar la orden de captura N° 120013780, emitida por el Juzgado 5° Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Armenia (fl. 143 C.1), en contra de ADOLFO BERMÚDEZ TORO, identificado con la C.C. N° 14.244.316, expedida en Ibagué.

TERCERO: Disponer que el juez de primera instancia cancele los registros y anotaciones que se hayan originado en contra del acusado en razón de este proceso.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

Cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria