



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

SP3605-2017

Radicación 43725

Aprobado acta número 83

Bogotá, D. C., quince (15) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación presentado por el Fiscal Cuarenta y Ocho Seccional de Bello (Antioquia) contra el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el cual confirmó la sentencia del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello que absolvió a CARLOS HERNÁN MUÑOZ JARAMILLO del delito de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*.

I. SITUACIÓN FÁCTICA Y ANTECEDENTES

1. CARLOS HERNÁN MUÑOZ JARAMILLO, a finales de 2012, tenía dieciocho (18) años de edad. Se había graduado como bachiller y vivía de hacer labores de construcción, como ayudante de albañilería de su padre, en el municipio de San Roque (Antioquia). Consumía de manera habitual sustancias prohibidas como cocaína y marihuana.

El 10 de octubre de 2012, en horas de la tarde, CARLOS HERNÁN MUÑOZ JARAMILLO se encontraba en el barrio Las Granjas de Bello, cerca de un conocido centro de distribución de drogas, esperando transporte para irse a su pueblo. Notó la presencia de dos (2) patrulleros de la Policía. Como éstos advirtieron que reaccionó con miedo, le pidieron una requisa. Hallaron una bolsa plástica dentro de su pantalón. Contenía cinco coma siete (5,7) gramos de cocaína. Por esa razón, lo capturaron.

2. Al día siguiente, la Fiscalía General de la Nación le imputó a CARLOS HERNÁN MUÑOZ JARAMILLO la conducta punible de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, en la variante de *“llevar consigo”*, prevista en el artículo 376 inciso 2° de la Ley 599 de 2000, actual Código Penal, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Como CARLOS HERNÁN MUÑOZ JARAMILLO no aceptó cargos, el Fiscal Cuarenta y Ocho Seccional de Bello lo acusó por idéntico comportamiento el 25 de enero de 2013.

3. El juicio oral lo adelantó el Juzgado Segundo Penal

del Circuito de Bello, despacho que el 13 de septiembre de 2013 absolvió al procesado de los cargos objeto de acusación.

Según el a quo, si bien el acusado portaba más de la dosis estimada por el legislador como personal, en el juicio la defensa demostró su dependencia a la cocaína, circunstancia que obligaba probar a la Fiscalía que el porte de la sustancia ilícita tenía como fin uno distinto al consumo personal. Y, como no lo hizo, dejó de establecer la afectación de la salud pública. En otras palabras, no era posible *«condenar al mero portador de estupefacientes cuando se demuestra que este es adicto a la droga incautada y que la misma era para su exclusivo consumo»*¹.

4. Apelado el fallo por la Fiscal, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en providencia de 28 de febrero de 2014, la confirmó en los aspectos debatidos, atinentes a la ausencia de responsabilidad penal del procesado.

De acuerdo con el ad quem, no obra, por un lado, *«elemento de juicio que ubique al procesado en un contexto de tráfico, comercialización o suministro de estupefacientes»*². Y, por otro lado, *«la situación es compatible con que [CARLOS HERNÁN MUÑOZ JARAMILLO] sea un consumidor»*³, razón más que suficiente para concluir que la conducta carecía de connotaciones jurídico penales.

¹ Folio 54 de la actuación principal (reverso).

² Folio 88 ibídem.

³ Ibídem.

Uno de los magistrados del Tribunal salvó el voto luego de argumentar que, según el fallo CSJ SP, 17 ag. 2011, rad. 35978, **(i)** «el concepto de dosis personal no ha desaparecido del ordenamiento jurídico, pues el literal j) del artículo 2 de la Ley 30 de 1986 no ha sido derogado»⁴ y **(ii)** las «cantidades en exceso, por sí solas, son indicativas de un uso diferente al del consumo personal»⁵, circunstancia que se dio en este asunto con «la tenencia de 5,7 gramos [de] cocaína y sus derivados»⁶.

5. Contra la decisión de segunda instancia, el Fiscal Cuarenta y Ocho Seccional de Bello interpuso, a la vez que sustentó, el recurso extraordinario de casación.

La Corte declaró ajustada a derecho la demanda el 8 de mayo de 2014 y practicó la audiencia de sustentación el 27 de octubre siguiente.

II. LA DEMANDA

1. Al amparo de la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 propuso el recurrente un solo cargo, consistente en la violación directa de la ley sustancial por la «interpretación errónea [sic]»⁷ de los artículos 11 y 376 del Código Penal, así como del artículo 2 literal j) de la Ley 30 de 1986, antiguo Estatuto Nacional de Estupefacientes. Al respecto argumentó:

⁴ Folio 90 ibídem.

⁵ Ibídem.

⁶ Ibídem.

⁷ Folio 107 ibídem.

1.1. *«[E]s cierto que el artículo 1 del Acto Legislativo 02 de 2009 hace una distinción de trato para con los consumidores de estupefacientes (habituales y ocasionales, estén o no privados de la libertad), pero no es verdad que por ello se inhiba al Estado de perseguirlos penalmente, tal como lo entiende la Sala mayoritaria del Tribunal»⁸.*

1.2. El ad quem malinterpretó la sentencia CSJ SP, 17 ag. 2011, rad. 35978, según el cual el artículo 2 literal j) de la Ley 30 de 1986 no ha sido derogado, no obstante la supresión (introducida por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011 para el artículo 376 de la Ley 599 de 2000) de la expresión “*salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal*”.

1.3. La Corte Constitucional, en la providencia CC C-491/12, *«avaló la ausencia de punición de la dosis personal de estupefacientes»⁹*. Esto significa que el problema de la dosis personal *«corresponde a una categoría jurídica que se encuentra vigente y regulada en el orden jurídico colombiano»¹⁰*. De ahí que no será antijurídica la conducta cuando la cantidad de la sustancia es insignificante. Pero lo será cuando es exagerada.

1.4. El Tribunal parece advertir que *«no es la cantidad de estupefaciente la que debe tenerse en cuenta para dar por demostrada la vulneración al bien jurídico de la salud pública»¹¹* o bien que esta debe sugerir por sí misma su *«tenencia para la comercialización»¹²*.

⁸ Folios 107-108 ibídem.

⁹ Folio 110 ibídem.

¹⁰ Folio 112 ibídem.

¹¹ Folio 118 ibídem.

¹² Folio 119 ibídem.

1.5. Conforme al artículo 11 del Código Penal, son solo las conductas de portar «*cantidades que se acercan al límite de lo permitido*»¹³, es decir, las situadas en «*una sutil franja de lo importante a lo insignificante*»¹⁴, las que no tienen relevancia jurídico penal.

1.6. La defensa, en el caso de CARLOS HERNÁN MUÑOZ JARAMILLO, «*cumplió con la carga de demostrar su condición de adicto a la cocaína*»¹⁵. Sin embargo, «*mal puede aceptarse este argumento para disculpar la acción [de] portar cocaína en una cantidad superior en más de cuatro (4) veces la dosis tolerada, pues claramente esta cuantía desborda el límite de razonabilidad*»¹⁶. Por el contrario, subsiste «*la presunción que opera sobre la puesta en riesgo de bienes jurídicos como la salud pública, [...] pues si es ostensiblemente superior a lo definido como dosis personal, no es posible concluir que está destinada al consumo, sino a cualquiera de las conductas consideradas lesivas y, por lo tanto, objeto de sanción penal*»¹⁷.

El porte de cinco coma siete (5,7) gramos, por lo tanto, «*es suficiente para predicar la puesta en peligro abstracto del bien jurídico de la salud pública*»¹⁸.

2. En consecuencia, pidió a la Corte casar la sentencia impugnada para en su lugar condenar al acusado como autor

¹³ Folio 120 ibídem.

¹⁴ Ibídem.

¹⁵ Folio 123 ibídem.

¹⁶ Ibídem.

¹⁷ Ibídem.

¹⁸ Folio 124 ibídem.

responsable de la conducta punible de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*.

III. AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

1. El Fiscal Delegado ante la Corte precisó que: **(i)** debía tenerse en cuenta el fallo CSJ SP11726, 3 sep. 2014, rad. 33409, no citado en la demanda; y **(ii)** «*no puede ser admisible que cuando se desborda en un 500% la tenencia de la dosis personal permitida por el legislador y por el constituyente, se pueda [predicar o concluir] que se trata de un comportamiento insignificante, que no lesiona el bien jurídico*»¹⁹. Lo contrario sería «*consentir que quedaría eso diferido a las particulares condiciones o concepciones de los ciudadanos que deseen aprovisionarse de droga para un mes, una semana, un año*»²⁰.

2. La representante del Ministerio Público, tras referirse a la sentencia CSJ SP11726, 3 sep. 2014, rad. 33409, pidió no casar el fallo impugnado, arguyendo que «*la inaplicación del artículo 11 del Código Penal no es tal, sino todo lo contrario: se trata de una predicación armónica [...] en aras de [...] valorar a la luz de las condiciones socioculturales específicas de este caso la relevancia de la conducta desplegada por el agente; en consecuencia, no se presentó el error deprecado en la demanda, pues sería abiertamente injusto hacer cargar a un individuo por una conducta fragmentaria las consecuencias y resultados para la economía nacional de la grave afectación que produce el*

¹⁹ Archivo de audio y video 1-110010101001201443725110010101001 en el disco rotulado “Sustentación”, 7’30” y ss.

²⁰ *Ibídem*, 8’35” y ss.

tráfico en grandes cantidades de sustancias alucinógenas»²¹.

3. El defensor público de CARLOS HERNÁN MUÑOZ JARAMILLO pidió no casar la sentencia del Tribunal, toda vez que *«no es viable hablar de una ofensividad [sic] efectiva al bien jurídico tutelado»²²* y, por el contrario, *«estamos [...] frente a una evidente conducta de auto-lesión»²³.*

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Precisiones iniciales

1.1. Como la demanda que presentó el Fiscal Cuarenta y Ocho Seccional de Bello fue declarada desde un punto de vista formal ajustada a derecho, la Sala está obligada a resolver de fondo los problemas jurídicos planteados en el escrito, en armonía con los fines de la casación de buscar la eficacia del derecho material, respetar las garantías de quienes intervienen en la actuación, reparar los agravios inferidos a las partes y unificar la jurisprudencia, tal como lo indica el artículo 180 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal aplicable en este asunto.

Para ello, la Corte tendrá que desentrañar, en aras del eficaz desarrollo de la comunicación establecida, lo correcto de las diversas aserciones empleadas por sus interlocutores, de suerte que se referirá a cada postura desde la perspectiva jurídica más coherente y racional posible.

²¹ *Ibídem*, 22'20'' y ss.

²² *Ibídem*, 30'24'' y ss.

²³ *Ibídem*.

1.2. En estas condiciones, la propuesta del demandante consiste en señalar que la conducta de portar o llevar consigo drogas o sustancias prohibidas, que en principio se ajusta al tipo contemplado en el artículo 376 del Código Penal (*tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*), carecerá de relevancia solo si concurren los siguientes supuestos:

(i) Que la cantidad de droga ilícita llevada por el agente corresponda a la dosis personal prevista en el artículo 2 de la Ley 30 de 1986²⁴. En el caso de la cocaína, que esta no sea superior a un (1) gramo.

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

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

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

1.3. La Sala considera que la discusión debe resolverse

²⁴ Artículo 2-. *Definiciones.* Para efectos de la presente ley se adoptarán las siguientes definiciones: [...] / *j) Dosis para uso personal.* Es la cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo. / Es dosis para uso personal la cantidad de [...] cocaína o de cualquier sustancia a base de cocaína que no exceda de un (1) gramo [...]. / No es dosis para uso personal el estupefaciente que la persona lleve consigo cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera sea su cantidad.

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

El criterio hermenéutico se basó en los antecedentes legislativos del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, desde los artículos 33 de la Ley 30 de 1986 y 17 de la Ley 365 de 1997 y la definición que aquella ley hace de lo que es considerado como dosis para uso personal, con el matiz introducido por la Corte Constitucional en la sentencia C-221 de 1994 cuando despenalizó el porte para el consumo en proporciones iguales a la dosis personal al declarar inexecutable el artículo 51 de la Ley 30 de 1986 reivindicando así el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

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

El examen abarcó la modificación del artículo 49 de la

Constitución Política que a iniciativa del Gobierno se hizo a través del Acto Legislativo 2 de 2009, para destacar que desde la presentación del proyecto era patente que el ánimo no era penalizar al consumidor, sino el de ubicarlo en una filosofía preventiva y rehabilitadora.

Y se resaltó que lo que busca esa reforma constitucional es no tratar al adicto como delincuente, sino como enfermo que demanda medidas pedagógicas, profilácticas y terapéuticas, carácter teleológico que debe ser atendido en los ámbitos legislativo, ejecutivo y judicial, siempre bajo la salvedad de distinguir a quienes portan las sustancias estupefacientes con fines ilícitos como por ejemplo para fabricarlas, traficarlas o comercializarlas.

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

Y finalmente, se cotejó la Ley 1566 de 2012 *«Por la cual se dictan normas para garantizar la atención integral a personas que consumen sustancias psicoactivas»* en la cual se reconoció que el abuso y la adicción deben ser tratados como una enfermedad que requiere atención integral por parte del Estado

Pero la consideración de no tener al consumidor o adicto a las drogas como un delincuente, sino como enfermo, encontró también sustento en el campo internacional, como en la Convención Única sobre Estupefacientes (ONU 1961), enmendada por el Protocolo de 1972 —artículos 36 y 38—, así como en el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas (ONU 1971), —artículos 20 y 22—, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (1988), en la cual se hace la distinción entre el narcotráfico y el consumo.

En el análisis se destacó la sentencia C-176 de 1994 de la Corte Constitucional que al revisar la Ley 67 de 1993 con la cual se adoptó el Instrumento Internacional de la Convención Única sobre Estupefacientes, resaltó la distinción que allí se hace entre consumo y narcotráfico en atención a la clase de compromiso que adquieren los Estados en uno y otro caso, detallando la citada Corporación la lista de conductas que deberán ser criminalizadas por estar vinculadas con la producción y distribución de las sustancias sicotrópicas y estupefacientes, para diferenciarlas del consumo.

Ese recuento normativo y jurisprudencial llevó a la Sala a destacar que el norte que debe comandar la interpretación judicial es no tratar a la farmacodependencia como delincuencia, por cuanto es necesario distinguir los comportamientos de porte para consumo, uso personal o consumo en ese contexto, de los relativos al narcotráfico, pues son estos últimos los que merecen punición.

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 orden económico y social, (v.gr 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:

...tratándose de consumidores o adictos que porten o lleven consigo sustancias con esa específica finalidad no pueden ser judicializados por la justicia penal y su proceder es de competencia de las autoridades administrativas de la salud en el orden nacional, departamental o municipal.

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.

Es que el querer del constituyente, como claro desarrollo de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado Colombiano, así como los desarrollos legislativos con las Leyes 1453 de 2011 y 1566 de 2012, permiten evidenciar la despenalización del porte de sustancias estupefacientes, sicotrópicas o drogas sintéticas en la cantidad prescrita por el médico o en la que se demuestre que la persona necesita, habida consideración de su condición y situación personal de consumidor, adicto o enfermo, esto es, una dosis, cuya cantidad debe ser representativa de la necesidad personal y de aprovisionamiento.

Y aunque el Acto Legislativo y decisiones constitucionales que lo analizaron no cuantificaron lo que podía corresponder a la dosis despenalizada, deviene diáfano que la misma no puede ser ilimitada, de ahí que un criterio razonable a fin de establecer la dosis autorizada es el de la necesidad de la persona, monto que resulta compatible con la política criminal de cariz preventivo y rehabilitador, acorde con la protección de la salud de la persona.

Obviamente en todo caso la acción del sujeto debe ser compatible con el consumo de la sustancia y que éste sea únicamente en la modalidad de uso personal, sin que se convierta en un almacenamiento indiscriminado de cantidades o de momentos para uso repetitivo, connotaciones sin las cuales la conducta ha de ser penalizada.

Por tanto, la dosis personal que genera atipicidad de la conducta por la circunstancia de cantidad no es solamente la que determina el literal j) del artículo 2 de la Ley 30 de 1986, como hasta ahora se ha venido entendiendo por la jurisprudencia, sino también la que se

demuestre en el proceso en un monto superior a esa regulación pero siempre que sea necesaria para el consumo del sujeto que está siendo procesado dada su situación personal en el caso concreto, pues la presunción establecida por el legislador acerca de lo que se debe entender por dosis personal es legal y admite demostración en contrario.

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

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.

De lo expuesto se concluye que el consumidor o adicto puede portar una cantidad diferente a la legalmente

establecida como dosis personal, siempre que sea con la finalidad de su consumo personal y aprovisionamiento, conducta que, se insiste, no puede enmarcarse en el ámbito penal, sino que el sujeto ha de ser pasible de las medidas administrativas de carácter pedagógico, profiláctico y terapéutico.

Por lo tanto, para conformar la proposición jurídica ha de entenderse integrada por las previsiones de la Ley 30 de 1986 respecto a las cuantificaciones de la dosis mínima, pero también el Acto Legislativo 02 de 2009 y las sentencias adoptadas con posterioridad que siempre que esté destinada al uso personal dan cabida a una cantidad mayor.

Por eso, la dosis personal debe entenderse como la que, sin desnaturalizar ese concepto, es requerida por el procesado dada su adicción, lo que en el caso concreto debe ser objeto de comprobación, por tanto no están excluidas necesariamente las dosis que superan el monto señalado en el artículo 2° de la Ley 30 de 1986.

De manera que aun si el porte de dosis personal carece del nexo al propio consumo, o se advierte su comercialización, tráfico, o su distribución así sea gratuita, la conducta ha de ser penalizada al tener la potencialidad de afectar los bienes jurídicos de salud pública, la seguridad pública y el orden económico y social al estar ante un delito pluriofensivo.

1.4. En este sentido la Sala reitera que lo importante es

que la tipicidad de toda acción que se ajuste a la descripción objetiva del artículo 376 del Código Penal dependa del fin exteriorizado por el autor. Pero no tanto de un propósito de consumo propio como criterio excluyente de responsabilidad, sino de la verificación por parte de la Fiscalía de una conducta pre-ordenada al tráfico de estupefacientes.

Corresponderá al juez, luego de valorar la prueba en conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica, determinar si es razonable condenar por el delito del artículo 376 del Código Penal a un consumidor habitual de sustancias prohibidas que porte 5,7 gramos de cocaína, o a quien fuere hallado con una dosis pequeña, para la cual debe apreciar si la cantidad es demostrativa de un propósito y uso diferente al consumo personal, o si ese gramaje junto con los demás medios evidencian que se trata de un porte de sustancia para la exclusiva ingesta sin otro ánimo del procesado.

4. El caso concreto

4.1. *La decisión adoptada por el Tribunal.* Los hechos que los jueces de segundo grado declararon demostrados fueron los siguientes:

CARLOS HERNÁN MUÑOZ JARAMILLO «*se trata de un joven que contaba con escasos 18 años de edad*»²⁵. Se dedica «*a laborar en la construcción*»²⁶ y es «*adicto a la marihuana y al*

²⁵ Folio 88 *ibídem*.

²⁶ *Ibídem*.

perico»²⁷, es decir, «consume estas drogas con gran frecuencia»²⁸. Sus familiares «han tratado de ayudarlo, pero él no tiene la voluntad de dejarlas, tanto es así que han acudido a centros de rehabilitación, psicólogos y a la religión con resultados negativos»²⁹.

A «las 15:55 horas del 10 de octubre de 2012, en la avenida 43 con diagonal 50, sector del barrio Las Granjas del municipio de Bello, fue sometido a una requisa por parte de agentes de la policía»³⁰. Hallaron «en la petrina de su pantalón una bolsa plástica transparente que en su interior contenía cinco papeletas de color verde con sustancia pulverulenta, que al ser sometida a la prueba preliminar (PIPH) arrojó resultado positivo para cocaína y sus derivados con un peso neto de 5,7 gramos»³¹. Dicha «aprehensión se realizó a unas cuadras de la denominada plaza de vicio El Tapón, [...] en la autopista, mientras el procesado esperaba el bus con destino al municipio de San Roque [donde residía]»³². Manifestó al respecto que «al ser muy cara la droga en el municipio donde vive, se ve obligado a ir hasta Bello, donde la consigue más barata y se aprovisiona por un mes»³³.

Consideró el Tribunal que había «ausencia de prueba que indique el tráfico»³⁴. Por tal razón, confirmó el fallo recurrido (que «se soporta en la presunción de inocencia que prevalece en

²⁷ Folio 89 ibídem.

²⁸ Ibídem.

²⁹ Ibídem.

³⁰ Folio 78 ibídem.

³¹ Ibídem.

³² Folio 88 ibídem.

³³ Ibídem.

³⁴ Folio 89 ibídem.

el caso»³⁵⁾ y agregó: «con mayor razón cuando la cantidad de estupefaciente portada no sugiere por sí misma su tenencia para la comercialización y, como se vio, las explicaciones dadas sobre el aprovisionamiento resultan creíbles»³⁶⁾.

4.2. Las citas jurisprudenciales que en apoyo de su pretensión hace el demandante (CSJ SP 1° fe. 2009 rad, 23609; CSJ SP, 17 ag. 2011, rad 35978; y CSJ, SP, 3 sep. 2014, rad. 33409), no colaboran en su propósito por cuanto allí se resolvió el asunto bajo el criterio de la nimiedad lesiva de los bienes jurídicos en sede de antijuridicidad el caso en el cual el portador de sustancia sobrepasara levemente la cantidad mínima contemplada por la ley, no sucediendo lo mismo cuando se superaba ampliamente ese límite.

4.3. *Decisión de la Corte.* La postura del ad quem no está imbuida de error y, por el contrario, se ajusta a los criterios actuales del legislador y la jurisprudencia.

A CARLOS HERNÁN MUÑOZ JARAMILLO la Fiscalía jamás le demostró que la acción de llevar consigo cinco coma siete (5.7) gramos de cocaína los hubiere fabricado, o los hubiese detentado con el ánimo de traficar con esa sustancia. Lo anterior ya era suficiente para concluir que no le era atribuible el tipo previsto en el artículo 376 del Código Penal. Pero además, la defensa estableció, sin demostrarse lo contrario, que el porte obedeció a un hábito de un dependiente

³⁵ *Ibídem.*

³⁶ *Ibídem.*

de sustancias prohibidas, adquiridas para el consumo personal, un joven dedicado a la construcción y no al comercio de drogas ilícitas, un individuo consumidor «*con gran frecuencia*», que en el instante de su aprehensión se dirigía a su residencia desde el sitio donde había adquirido la cocaína, quien confesó que la portaba para su ingesta y aprovisionamiento, porque residía en un municipio diferente al de la aprehensión.

Dado que para la tipicidad de la conducta del porte de sustancias estupefacientes debe sopesarse el ingrediente subjetivo tácito que plasmó el legislador al excluir de la previsión legal la conducta de quien tenga la finalidad exclusiva de su uso personal por razón de la dependencia como consumidor, adicto o enfermo, teniendo en cuenta que en las instancias se acreditó ese ánimo y la fármaco-dependencia de MUÑOZ JARAMILLO, habrá de concluirse que el porte de los 5,7 gramos de cocaína deviene en atípico.

De ahí que la absolución debe sustentarse en el supuesto del ejercicio de un derecho, el de autopuesta en peligro bajo responsabilidad propia.

Conforme a esta postura, ninguno de los argumentos de condena encontrados en el escrito de demanda, el salvamento de voto de uno de los magistrados del Tribunal o la audiencia de sustentación oral demuestra la existencia de error susceptible de prosperar a esta altura de la actuación. El acto de portar cinco coma siete (5,7) gramos de cocaína, por sí solo o acompañado de prueba que estaba destinada al consumo

personal dada la adicción del procesado y no del tráfico ilícito, es suficiente para descartar la violación directa de la ley sustancial.

La protección de los consumidores implica la carga procesal por parte de la Fiscalía de demostrar un contexto de actividad orientada al tráfico de estupefacientes. Aquí es obvio que esto no se desprende de la situación fáctica que las partes reconstruyeron en el juicio.

El cargo no prospera.

Como consecuencia de lo analizado, la Sala no casará la sentencia impugnada.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

No casar el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Contra esta providencia, no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria