

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Magistrado Ponente

Radicación 41760
SP2940-2016

(Aprobado en acta N°71)

Bogotá D.C., nueve (09) de marzo de dos mil dieciséis
(2016)

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensora de YESID ALEXANDER ARIAS PINTO contra la sentencia de 15 de mayo de 2013, mediante la cual el Tribunal Superior de San Gil-Santander, confirmó la emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento del mismo Distrito Judicial, que lo condenó como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado.

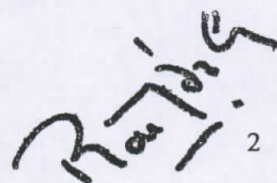
Magistrado

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Hacia las 5:45 de la tarde del 27 de octubre de 2011 en las instalaciones del Batallón «José Antonio Galán» de Socorro-Santander, en el sitio conocido como «La Tienda del soldado», el soldado regular YESID ALEXANDER ARIAS PINTO fue sorprendido cuando portaba dentro de sus bolsillos 50.2 gramos de marihuana.

Por lo anterior, el 28 de octubre de 2011 ante el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Socorro-Santander se cumplió la audiencia concentrada de legalización de captura, en la cual también la Fiscalía General de la Nación le imputó la posible comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, previsto en el artículo 376, inciso 2°, (modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011), con la circunstancia de agravación del artículo 384, numeral 1°, literal b) del Código Penal, por haber ocurrido la conducta en una guarnición militar. El imputado no aceptó los cargos y fue afectado con la medida de aseguramiento de detención en establecimiento carcelario solicitada por el ente investigador.

Presentado el escrito de acusación por el citado ilícito, manteniendo la causal de intensidad punitiva por el lugar de comisión, el 30 de enero de 2012 ante el Juzgado Tercero Penal de Socorro se cumplió la audiencia de formulación respectiva.


2

Luego, iniciada la audiencia preparatoria el fiscal solicitó la suspensión de la misma para pedir la preclusión por la atipicidad de la conducta, al tenor de lo normado en el numeral 4° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, al destacar que por haberse demostrado que el enjuiciado desde muy joven era adicto y consumidor de marihuana, la cantidad de sustancia encontrada, que sobrepasó la dosis personal debía entenderse como de aprovisionamiento, máxime que estaba acuartelado, lo cual le impedía contar con la libertad de obtener de manera continua la que requería y no había evidencia que la fuera a expender o distribuir.

Sin embargo, el juzgado mediante auto de 27 de marzo de 2012 negó tal pedimento por no ser el momento procesal adecuado ya que no se trataba de una causal objetiva de las previstas en el artículo 77 de la Ley 906 de 2004, pues ese estudio de la atipicidad del comportamiento demandaba valoración. Tal proveído fue avalado por el Tribunal Superior de San Gil el 14 de mayo de 2012.

Reanudada la audiencia preparatoria y cumplida la de juicio oral, luego de anunciar en ésta sentido de fallo de carácter condenatorio, el 31 de agosto de 2012 se declaró la responsabilidad penal de YESID ALEXANDER ARIAS PINTO como autor del delito objeto de acusación, al imponerle las penas de nueve (9) años y diez (10) meses de prisión, multa de cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como la accesoria de inhabilitación en el ejercicio



3

derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la aflictiva de la libertad, sin concederle la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria.

En virtud del recurso de apelación promovido por la defensora del inculcado, el Tribunal Superior de San Gil a través de sentencia de 15 de mayo de 2013 confirmó la condena, razón por la cual aquélla insistió al impugnar extraordinariamente con la respectiva demanda de casación, que luego de admitida, fue sustentada ante esta Sala.

LA DEMANDA

Primer cargo: Violación directa de la ley sustancial

Postula el desconocimiento del principio de lesividad, previsto en el artículo 11 del Código Penal, al estimar que el procesado con su conducta no puso en peligro ni lesionó el bien jurídico tutelado.

Parte de la premisa relacionada con que ARIAS PINTO es adicto desde niño a las drogas sicotrópicas —aspecto que no fue rebatido por la Fiscalía—, y dado que era soldado y debía salir a una zona a patrullar en el municipio de Coromoro, lugar donde le sería difícil adquirir la marihuana, se configura una justa causa para que tuviera la cantidad que le fue hallada.

Rafael

Para la demandante, si el Tribunal no hubiera incurrido en ese error, habría absuelto al inculcado, quien estaría en libertad recibiendo tratamiento para su adicción.

Segundo cargo: Violación indirecta de la ley sustancial

Pregona un error de hecho por falso raciocinio en la valoración del testimonio del Médico Psiquiatra Adrián Villanueva Vera, que dio cuenta de la adicción del procesado a las drogas, cuando judicialmente se le desestimó porque sólo contó con los datos suministrados por el paciente y no mediaba prueba de laboratorio que corroborada tal afirmación.

Señala que esas pruebas de laboratorio echadas en falta por el Tribunal sólo servirían para acreditar que en un periodo de tiempo anterior a la muestra la persona consumió algún tipo de droga, pero demostrarían su adicción.

Y que no se valoró que el citado perito, egresado de la universidad Javeriana, tenía nueve años de experiencia y relató el episodio de ansiedad que padecía ARIAS PINTO con la sintomatología derivada del consumo de marihuana.

Igual yerro ubica en la declaración del soldado Edwin Oswaldo Sánchez Navarrete, compañero del enjuiciado,

Rafael

cuando se le demeritó por no tener el conocimiento científico para reconocer que una dosis terapéutica se ajustaba al nivel de dependencia, desdeñando que lo conocía desde niño y compartió con él diversos escenarios, al punto que afirmó que ARIAS PINTO consumía a diario entre diez u once dosis de estupefaciente.

Tercer cargo: Nulidad

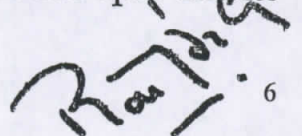
Denuncia la incongruencia entre la acusación y la sentencia, por no haber referido jurídicamente en ésta la circunstancia agravante relacionada con haber realizado la conducta en un cuartel, quedando así el *nomen iuris* incompleto, cuando en la acusación ese delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de llevar consigo se le tuvo como agravado.

Agrega que pese tal omisión nominal, para efectos de dosificación punitiva sí se intensificó la pena.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. La demandante

La defensora insiste en que la conducta carece de antijuridicidad material porque: 1) el procesado es una persona enferma debido a su adicción a las drogas; 2) como soldado iba a patrullar, por eso se aprovisionó de la cantidad que requería; 3) no se demostró su intención de comercializar el estupefaciente, mismo argumento que haría

 6

inoperante la circunstancia relacionada con la realización del comportamiento en una guarnición militar; y 4) se trataría de un consumo individualizado.

2. La representante de la Procuraduría

Considera que sólo debe prosperar la primera censura formulada por la violación directa de la ley sustancial dada la falta de aplicación del principio de lesividad.

Con apoyo en decisiones jurisprudenciales en los ámbitos constitucional y penal en las se ha tratado el tópico de la dosis personal de estupefacientes y cifras superiores a ella, señala que en este caso, si bien la cantidad de sustancia ilícita hallada al soldado sobrepasó en el doble la porción mínima, como trataba de precaver futuros consumos, no se avizora un riesgo significativo para la salud pública, para terceros o el orden económico-social.

Explica que tal cantidad de marihuana podría considerarse amplia para quien permanece en un solo lugar y cerca de sitios normales de aprovisionamiento, pero aquí resulta compatible con quien se iría por varios días a patrullar en condiciones precarias de alojamiento y alimentación, propias de la zona rural, particularidades indicativas que la acción no superaba la esfera personal de ARIAS PINTO.



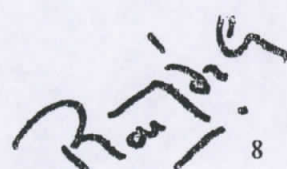
En cuanto al cargo por violación indirecta de la ley sustancial que cifra la demandante en el dictamen psiquiátrico, estima la Delegada del Ministerio Público que resulta superfluo determinar la condición de adicto del procesado, por cuanto el Tribunal sí consideró tal situación, sólo que no le dio los alances anhelados por la defensa.

Del tercer reproche, basado en la nulidad por incongruencia, señala la Procuradora que no le asiste razón a la impugnante, toda vez que la causal de agravación incluida en la acusación fue objeto de análisis en los fallos, de manera que en ningún momento se sorprendió al procesado con ello, sin que el no haber citado el *nomen iuris* completo pueda considerarse como una falta de consonancia.

3. La delegada de la Fiscalía

Solicita no casar el fallo por razón de los cargos formulados y respecto de la tercera censura dice que para no repetir se muestra conforme con lo expuesto por la representante de la Procuraduría.

También tras cita jurisprudencial, destaca que la primera censura no debe prosperar, porque al procesado le incautaron 50,2 gramos de marihuana excediendo más del doble la dosis personal.


8

Y respecto del segundo reproche en cuanto a la valoración del dictamen psiquiátrico, asegura que tampoco tiene vocación de éxito porque tal prueba fue valorada de conformidad con la sana crítica, pues el Tribunal sopesó el procedimiento y los principios que sustentaron la experticia cuando el profesional aseveró que sólo había escuchado al inculpado, quien le dijo que era adicto, pero dejando la constancia que al examen físico las condiciones personales del paciente no daban cuenta de alteraciones compatibles con alguien que consume asiduamente sustancias alucinógenas.

Agrega que la defensora no cumplió con la carga de demostrar la trascendencia de la indebida valoración del dictamen, además, el juez plural indicó que aun de aceptar que el procesado fuera adicto, la cantidad incautada y las circunstancias en que fue aprehendido daban cuenta de estar ante un comportamiento ilícito.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Dado que la Corporación casará el fallo, se advierte que no es necesario abordar el cargo por nulidad denunciado por la defensora, porque como de tiempo atrás se ha precisado, ante tal disyuntiva prevalece la decisión que mayor beneficio reporta al acusado, que no es otra que la absolución.



Para el fin anterior la Sala emprenderá el estudio de las censuras basadas en la violación de la ley. Sin embargo se partirá de la premisa relacionada con que el segundo reproche resulta superfluo: Como lo pusieron de manifiesto las representantes de la Procuraduría y la Fiscalía en sus intervenciones, los yerros probatorios denunciados en la valoración del testimonio del Médico Psiquiatra Adrián Villanueva Vera y del soldado Edwin Oswaldo Sánchez Navarrete, que acreditaría la condición de adicto ARIAS PINTO, devienen nimios, toda vez que tal situación fue admitida en las instancias, sólo que no en el sentido pretendido en ese entonces por la defensa.

En efecto, el juzgador de primer grado delimitó el problema jurídico en la postura defensiva acerca de la irrelevante conducta desplegada por ARIAS PINTO al circunscribirse a satisfacer la necesidad personal de consumo de estupefacientes, frente a la teoría del ente acusador al proponer que, no obstante la condición de adicto del procesado, la cantidad de droga encontrada en su poder lo ubica en el sendero delincuencia.

En palabras del *a quo*:

«El hecho mismo de tratarse YESID ALEXANDER de una persona farmacodependiente y encontrarse sometido a un régimen de disciplina militar no lo liberaba o eximía de ofrecer un manejo responsable a su adicción, máxime cuando ha venido conviviendo con ella desde tiempo atrás, e incluso, a sabiendas que con su

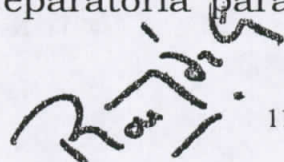


incorporación a las fuerzas militares le traería algunas restricciones».

Por eso la tesis de la condena fue que los 50,2 gramos de marihuana hallada superaban más del doble la cantidad fijada como dosis personal de 20 gramos, según el artículo 2° literal j) de la Ley 30 de 1986, cifra que ni siquiera podía catalogarse como «*de aprovisionamiento*», a pesar de que tal patrón no ha sido regulado, pues aún sobrepasaba el eventual límite de 40 gramos.

Igual posición asumió el Tribunal al destacar que si bien los drogadictos ocasionalmente superan por poco la cantidad de droga considerada de uso personal, cuando el monto se aleja considerablemente de ese límite el comportamiento trasciende la antijuridicidad material y aquí no podía tildarse como dosis de aprovisionamiento, pues *«sostener como lo hace la censora que la cantidad hallada a su prohijado tenía esa connotación porque la necesitaba para llevarla a Coromoro cuando fuera a realizar patrullaje en esa zona y allí le era dificultoso adquirirla, no es argumento que persuada o que justifique su ilícito comportamiento, porque eso sería dar margen a la posesión de cantidades superiores a las permitidas, lo cual como dice la Corte propiciaría su aplicación para otros fines distintos al consumo personal, actividades estas verdaderamente delictuosos y sometibles a severas penas».*

Además, no hay que olvidar que precisamente la condición de adicto de ARIAS PINTO motivó a que el fiscal, solicitara la suspensión de la audiencia preparatoria para



deprecar la preclusión por atipicidad de la conducta, apoyado en ese momento no solo con el descubrimiento probatorio hecho por la defensa relativo a la atención prodigada al procesado en la Clínica Unidad Mental Villa María Ltda. de San Gil-Santander y valoración del Psiquiatra Adrián Villanueva, sino en las averiguaciones de la Fiscalía según las cuales no se acreditaba que la sustancia fuera llevada por el procesado para expenderla o dársela a otro soldado, solicitud negada, entre otras razones, por impertinente.

Con este panorama, los aspectos se centran en que se está ante un sujeto adicto a los estupefacientes, acuartelado en un batallón ya que cumplía con su servicio militar obligatorio y que se aprestada a salir a patrullar en una zona rural.

Para estudiar el postulado de la demandante, avalado por la representante del Ministerio Público, que los 30.5 gramos de marihuana que sobrepasaron los 20 gramos establecidos como dosis personal, se pueden tomar como los que necesitaba ARIAS PINTO para suplir su necesidad de consumo, particularidades que eliminarían el juicio de antijuridicidad material, se hace necesario recordar antecedentes legislativos y jurisprudenciales del delito en comento.

1. El ilícito de tráfico fabricación o porte de estupefacientes fue definido inicialmente en el artículo 33

Rafael

de la Ley 30 de 1986 en los siguientes términos: «*El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito, o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia,...*» y contemplaba las penas según la cantidad de sustancia (El aspecto punitivo fue modificado posteriormente por el artículo 17 de la Ley 365 de 1997).

La aludida ley de 1986 en su artículo 2° definió la dosis para uso personal como aquella cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo, y tratándose de marihuana la fijó en no más de veinte (20) gramos, aclarando que «*No es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad*».

Por su parte, el artículo 51 de la preceptiva en comento estableció como contravención el llevar consigo, conservar para el propio uso o consumo en cantidad considerada de uso personal, con penas de arresto y multa, pero determinó que si el consumidor, de acuerdo con dictamen médico legal, se encontraba en estado de drogadicción sería internado en establecimiento psiquiátrico o similar de carácter oficial o privado, por el término necesario para su recuperación, sin aplicar en tales eventos alguna pena.

Handwritten signature

También se podía entregar al drogadicto a su familia o remitirlo a una entidad de salud por el tiempo necesario para su recuperación. La evolución y rehabilitación deberían ser certificadas por el médico tratante y por la respectiva seccional de Medicina Legal.

Con ese panorama, entonces, el porte para su propio uso o consumo de droga estupefaciente era una acción ilícita y según la cantidad constituía delito o contravención (dosis para uso personal), solamente que en ésta última la sanción no se aplicaba si se cumplían las obligaciones impuestas al drogadicto.

Sin embargo, la Corte Constitucional a través de la sentencia C-221 de 1994 despenalizó el porte para el consumo en proporciones iguales a la dosis personal cuando declaró inexecutable el artículo 51 de la Ley 30 de 1986 al reivindicar el derecho al libre desarrollo de la personalidad:

«Sólo las conductas que interfieran con la órbita de la libertad y los intereses ajenos, pueden ser jurídicamente exigibles. No se compadece con nuestro ordenamiento básico la tipificación, como delictiva, de 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».

Rafael

A partir de ese fallo de constitucionalidad ya no todas las conductas de porte de estupefacientes o sustancias alucinógenas eran delictivas, pues no lo era cuando la cantidad correspondiera a la dosis personal, conforme al literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, cuantificación que convertía en atípicos tales comportamientos.

2. Posteriormente, el artículo 376 del Código Penal de 2000 definió el ilícito así: *«El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia..»* (subrayas ajenas al texto). El aspecto punitivo dependía de la cantidad de sustancia estupefaciente.

Como el citado precepto dejó la salvedad de lo dispuesto sobre dosis personal, La Corte Constitucional en sentencia C-689 de 2002 al estudiarlo lo declaró ajustado al texto superior en el entendido que fue expedido bajo la capacidad de configuración normativa del legislador en materia de tipificación de conductas punibles, pero precisó que para efectos de la despenalización allí dispuesta, debía distinguirse entre el porte, conservación o consumo en las cantidades consideradas como dosis de uso personal y el narcotráfico como actividad ilícita alentada por el afán de lucro.



3. Pese a la despenalización del consumo establecida por vía constitucional desde 1994, se quiso volver a punir esa conducta al expedir la Ley 745 de 2002 tipificando como contravención el consumo y porte de dosis personal de estupefacientes o sustancias que produzcan dependencia, con peligro para los menores de edad y la familia, aun en el domicilio o almacenarla en esa cantidad en establecimientos educativos, en lugares aledaños a los mismos o en el domicilio de menores, fijando sólo sanciones pecuniarias graduables.

Y aunque el conocimiento de tales asuntos se atribuyó a los jueces penales o promiscuos municipales a través del procedimiento contravencional previsto en la Ley 228 de 1995, la Corte Constitucional mediante sentencia C-101 de 2004 declaró la inexecutable de la remisión a esa norma adjetiva por no ser clara la forma de llenar sus vacíos, lo que vulneraba el principio de reserva de ley para la determinación en los procesos judiciales.

4. Con posterioridad fue promulgada la Ley 1153 de 2007, también llamada *«Ley de pequeñas causas»*, en la cual se contempló como contravención si en presencia de menores de edad se consumían estupefacientes o se hacía en lugar público, establecimiento comercial de esparcimiento, o si consumía, portaba o almacenaba en cantidad considerada como dosis personal, en establecimientos educativos o en lugares aledaños a los

Rafael

mismos o en el domicilio de menores, estableciendo penas de trabajo social no remunerado y multas.

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia C-879 de 2008 declaró inexecutable tal normativa, entre otras razones, por haber desconocido tanto la competencia de la Fiscalía General de la Nación para investigar los hechos constitutivos de delitos, como la separación de funciones de investigación y juzgamiento.

5. Luego, a iniciativa del Gobierno se modificó el artículo 49 de la Constitución Política a través del Acto Legislativo 2 de 2009, al establecer que:

«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 no integradas).

Según la exposición de motivos del proyecto, como el aumento del consumo de sustancias psicoactivas era un problema prioritario para la salud pública, el Gobierno consideró necesaria tal reforma constitucional al prohibir el porte y consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, pero colocando al consumidor dependiente o adicto y a su entorno familiar como eje dentro de una filosofía preventiva y rehabilitadora.

Ciertamente, en la presentación del proyecto se resaltó que no se buscaba penalizar con medida privativa de la libertad al consumidor, *«sino que, por el contrario, se limita a reconocer medidas pedagógicas o terapéuticas a los consumidores y para los adictos medidas de protección coactiva, en el entendido que estos constituyen un grupo marginado de la sociedad que se encuentra en estado de debilidad manifiesta, es decir aquellas personas que por sus problemas de drogadicción, requieren atención y tratamiento médico especializado por parte del Estado»*¹.

Con ese ánimo de hacer efectiva la obligación Estatal de garantizar la protección y la recuperación de la salud de las personas mediante el desarrollo permanente de campañas de prevención contra el consumo de drogas y en favor de la recuperación de los adictos, se plantearon como objetivos de la reforma constitucional los siguientes:

¹ Gaceta del Congreso N°. 281 de 2009. En igual sentido Gacetas 161, 201, 380, 393, 466, 592, 1187, 1211 de 2009



1. Prohibir el porte y consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. Aprobado el Acto legislativo, corresponderá al legislador desarrollar mecanismos y procedimientos que permitan **distinguir entre el consumidor y el delincuente que trafica y distribuye** las drogas ilícitas;
2. **Garantizar** la protección del derecho a **la salud pública de la población amenazada por el consumo** de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, considerando el deber que toda persona tiene a procurar el cuidado integral de su salud y el de la comunidad;
3. Que el legislador **establezca medidas con carácter pedagógico, profiláctico o terapéutico para quienes consuman** dichas sustancias, pudiendo acompañar dichas medidas (sic) limitaciones temporales al derecho a la libertad, las cuales se harán efectivas en instituciones adaptadas para ello, **sin que dichas limitaciones impliquen por sí mismas penas de reclusión en establecimientos carcelarios**;
4. Que el Estado desarrolle en forma permanente, campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes, y en favor de la recuperación de los enfermos dependientes o adictos, y;
5. Que el Estado dedique **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 ende de la comunidad. (negrilla fuera de texto).

Se resaltó así mismo que tal reforma constitucional se alejaba de los postulados de la Ley 30 de 1986 en la que el porte y el consumo de cualquier estupefaciente eran penalizados, porque ahora no se pretendía imponer penas privativas de la libertad al consumidor, a quien se considera



un enfermo, no un delincuente, acompañándolo con medidas pedagógicas, profilácticas y terapéuticas no solo a él, sino a su familia, en cuyo norte el legislador debía reglamentar la forma como se harían efectivas esas medidas de naturaleza administrativa y con especialidad en el campo de la salud, distinguiéndolos en todo caso de los que portaran las sustancias prohibidas con fines ilícitos como el tráfico o la fabricación.

En desarrollo de los debates tanto en la Cámara de Representantes, como en el Senado, se precisó que las medidas y tratamientos de carácter profiláctico, pedagógico o terapéutico se establecerían solo con el consentimiento informado del adicto y tendrían un carácter eminentemente administrativo, no penal.

El apartado del citado acto legislativo *«El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica»* fue demandado ante la Corte Constitucional, y aunque tal institución mediante sentencia C-574 de 2011 se declaró inhibida en cuanto los demandantes no identificaron claramente la proposición jurídica completa y por lo mismo no presentaron el cargo de inconstitucionalidad con suficiencia, destacó los antecedentes legislativos de tal reforma y el querer del constituyente con la misma para concluir que el establecimiento de medidas administrativas de orden pedagógico, profiláctico, terapéutico con el consentimiento informado del adicto, estaba acorde con el deber de

Rafael

procurar el cuidado integral de la salud de la persona y de la comunidad, por ende, el Estado debía dedicar especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia adelantando campañas de prevención y en pro de su recuperación.

6. Con base en ese Acto Legislativo se expidió la Ley 1453 de 2011, modificando el artículo 376 del Código Penal, así:

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....



El apartado del original artículo 376 que «salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal» fue excluido en esa reforma de 2011 y la Corte Constitucional a través de la sentencia C-491 de 28 de junio de 2012 al analizarlo lo encontró exequible en el entendido que no incluye la penalización del porte o conservación de dosis exclusivamente destinada al consumo personal de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética:

Tal como se deriva de la demanda y de las precisiones efectuadas en esta providencia, la norma permite al menos dos interpretaciones: (i) La primera, de naturaleza literal, consistente en que las conductas alternativas previstas en el tipo penal de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes del 376, en la versión modificada por la Ley 1453 de 2011, incluye dentro de su ámbito la penalización del porte de las sustancias allí relacionadas en cantidad considerada como dosis para uso personal, en la medida que no hace ninguna salvedad al respecto; y (ii) La segunda, que toma en cuenta el contexto, los principios constitucionales en materia de configuración punitiva, y los antecedentes jurisprudenciales, según la cual la regulación del porte de dosis para uso personal no se encuentra dentro del ámbito normativo del 376, y por ende no está penalizada.

Ante dos interpretaciones plausibles, la Corte acogerá aquella que se aviene a los mandatos constitucionales y excluirá la que los contraviene. En consecuencia, declarará la exequibilidad condicionada del artículo 376 del Código Penal, tal como fue modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, en el entendido de que el porte de sustancia estupefaciente, sicotrópica 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.

No obstante, acogiendo el planteamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia consignado en la sentencia 29183 de 2.008, la Corte deja en claro que cuando el porte o la conservación recae sobre sustancia estupefaciente sicotrópica o droga sintética, en cantidades comprendidas incluso dentro de la categoría de dosis personal, pero destinadas no al propio consumo sino a la comercialización, tráfico, e incluso a la distribución gratuita, la conducta será penalizada toda vez que tiene la potencialidad de afectar, entre otros bienes jurídicos, el de la salud pública. En consecuencia, el condicionamiento que se inserta en la parte resolutive de esta decisión deja intacta la posibilidad de que se penalicen las conductas consistentes en 'vender, ofrecer, financiar y suministrar', con fines de comercialización, las sustancias estupefaciente, sicotrópicas o drogas sintéticas, de que trata el artículo 376 del Código Penal, en cualquier cantidad.

7. Finalmente, la Ley 1566 del 31 de julio de 2012 «Por la cual se dictan normas para garantizar la atención integral a personas que consumen sustancias psicoactivas» se reconoce que el abuso y la adicción deben ser tratados como una enfermedad que requiere atención integral por parte del Estado. En el Informe de ponencia para el segundo debate del proyecto se indicó que: «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».



23

8. Pero no sólo en el contexto interno se conmina a no tildar al consumidor o adicto a drogas como un delincuente, sino a tratarlo como enfermo; en el ambiente internacional 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—, se establece la obligación de los Estados Partes de adoptar todas las medidas posibles para prevenir el uso indebido de tales sustancias, así como asegurar la pronta identificación, tratamiento y pos tratamiento, educación, rehabilitación y readaptación social de las personas afectadas.

En cuanto a las disposiciones penales, se señala que si bien las partes pueden considerar como delitos las infracciones de las disposiciones de esos instrumentos para que los hechos graves sean sancionados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras de privación de la libertad, cuando las personas haciendo uso indebido de esas sustancias -por consumo o adicción- cometieren tales ilícitos, en vez de declararlas culpables o recibir sanción penal, pueden ser sometidas a medidas de tratamiento, educación, rehabilitación y readaptación social.

También en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (1988), se hace la distinción entre el narcotráfico y el consumo: El artículo 3°, numeral 1°

Handwritten signature

contempla que los Estados Partes tipificarán como delitos las conductas cometidas intencionalmente destinadas a la producción, fabricación, extracción, preparación, oferta, oferta para la venta, distribución, venta, entrega en cualquier condición, corretaje, envío, tránsito, transporte, importación o exportación de estupefaciente o sustancia sicotrópica o la posesión y adquisición de las mismas con el objeto de realizar alguna de las anteriores actividades, dejando a salvo que *«como complemento de la declaración de culpabilidad o de la condena, el delincuente sea sometido a medidas de tratamiento, educación, pos tratamiento, rehabilitación o reinserción social»*, pudiendo incluso en caso de infracciones leves, sustituir esa declaración de culpabilidad o la condena por la aplicación de otras medidas tales como las de educación, rehabilitación o reinserción social, y también cuando se trata de un toxicómano.

El numeral 2° del mismo artículo establece que *«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»*.

Por ello, la Corte Constitucional en la sentencia C-176 de 12 de abril de 1994 al revisar la Ley 67 de 1993, que 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, dejándolos respecto del primero en libertad de penalizarlo o no.

La citada Corporación detalló 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, ya que en éste último se trata de obligaciones condicionadas o imperativos hipotéticos, sujetos en todo caso a los principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico interno: *«Esto significa que la obligación de tipificar los delitos allí señalados no es automática ni se desprende mecánicamente de la Convención puesto que ella está sujeta, al tenor de la propia Convención, ‘a reserva de nuestros principios constitucionales y los conceptos jurídicos fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico’»*.

Incluso conceptos de la Organización Mundial de la Salud destacan que los adictos por su estado de salud, deben ir a centros de rehabilitación, y no a la cárcel. *«Si se les aparta de los servicios sociales y de salud que pueden salvarles la vida, causarán daño a sí mismos y a la sociedad, a través de la delincuencia y las enfermedades transmitidas por la sangre»*.²

² Comisión de Estupefacientes 52º período de sesiones. Viena, marzo de 2009. Temas 4, 12 y 13 del programa provisional. Seguimiento del vigésimo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General. Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal 18º período de sesiones. Viena, 16 a 24 de abril de 2009.



9. Bajo esta óptica, el telos que debe guiar la interpretación es que la farmacodependencia no puede tratarse como delincuencia, por eso, se deben 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.

Hasta ahora ha sido el ámbito de la antijuridicidad en el cual se ha analizado el tema del porte de dosis que supera la establecida como de uso personal para estudiar 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, pues se trata de un delito pluriofensivo, para ello se ha acudido a la taxativa cuantificación de lo legalmente establecido como dosis personal en el literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986.

En CSJ, SP 3 de sep. de 2014, rad. 33409, se hizo un copioso recuento jurisprudencial de las líneas interpretativas que aún bajo el anterior Código Penal se han trazado cuando el adicto, sin alguna connotación de comerciante o expendedor, es sorprendido portando sustancias estupefacientes en cantidades que sobrepasan las fijadas legalmente como de dosis personal.

Se destacaron los casos en los cuales la Corte fijó el criterio de la nimiedad lesiva de los bienes jurídicos cuando el portador de sustancia sobrepasaba levemente la cantidad mínima contemplada por la ley, frente a los casos en los que



se superaba ampliamente ese límite, en cuyo caso la conducta debía ser considerada como punible.

También en CSJ SP, 12 nov. 2014, rad. 42617 con otro extenso análisis jurisprudencial, se revaluó la anterior posición de la jurisprudencia que para cantidades ligeramente superiores a la dosis personal se decía que tales conductas carecían de lesividad dada su insignificancia, pero tratándose de un exceso superior aun cuando fuera para el propio consumo, se tenía como antijurídico al presumirse (de derecho) el riesgo para los bienes jurídicos protegidos.

Ello porque no resultaba adecuado tener diferente presunción de antijuridicidad según la cantidad de sustancia: *iuris tantum* si el exceso era mínimo y que por lo mismo admitía prueba en contrario; *iuris et de iure*, si el exceso era mayor y que permitiría discusión probatoria, pues «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».

Yesid

Por eso se concluyó que el consumo de estupefacientes no tiene la potencialidad de afectar bienes jurídicos ajenos (la salud o la seguridad pública, o el orden económico y social) y que la presunción de antijuridicidad para los delitos de peligro abstracto siempre será *iuris tantum*, y no solo cuando se trate de excesos ligeros a la dosis de uso personal.

Del caso en estudio

Para solucionar el presente asunto en el que YESID ALEXANDER ARIAS PINTO, como adicto a sustancias estupefacientes, quien cumplía con el servicio militar y se aprestaba a salir del batallón para realizar patrullajes, llevaba consigo 50.2 gramos de marihuana, superando así más del doble la considerada como dosis personal, la Corte considera que ha de ser resuelto dogmáticamente en el ámbito de la tipicidad y no en el de la antijuridicidad, pues a partir de las modificaciones introducidas al ordenamiento jurídico por el Acto Legislativo 02 de 2009 ha de sopesarse en todo caso el ánimo de ingesta de las sustancias, como ingrediente subjetivo o finalidad, de ahí que el porte de una cantidad de droga compatible exclusivamente con ese propósito de consumo será una conducta atípica, en los términos que se explican en esta providencia.

Si bien podría pensarse preliminarmente que media una contradicción entre lo dispuesto en la reforma constitucional (Acto Legislativo 02 de 2009), las



cantidades determinadas como dosis personal por el literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986, lo cierto es que la exposición de motivos de la aludida reforma constitucional fue clara en determinar que prohibir el porte de sustancias estupefacientes o psicotrópicas era *«parte de una filosofía preventiva y rehabilitadora»*, por eso facultó al legislador para establecer medidas pedagógicas, profilácticas o terapéuticas destinadas a los consumidores, excluyendo la posibilidad de imponer penas de reclusión en establecimientos carcelarios.

En ese Acto Legislativo, como ya se reseñó, se distingue al consumidor y la conducta del delincuente que fabrica, trafica y distribuye las drogas ilícitas, garantizando a los primeros la protección del derecho a la salud pública.

Al reglamentar el consumo, la adicción o la situación del enfermo dependiente y establecer que su conducta ha de entenderse como un problema de salud y que únicamente admite como medidas de control por parte del Estado tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, se está partiendo del supuesto que tales personas están autorizadas a portar y consumir una cantidad de droga, sin que esa acción y porción corresponda a la descripción típica del artículo 376 del C.P.

De ahí 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

Handwritten signature

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.

Handwritten signature

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 el asunto que concita la atención de la Corte, como para la tipicidad de la conducta del porte de sustancias estupefacientes se debe tener en cuenta el ingrediente subjetivo tácito que plasmó el legislador al excluir 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 los fallos se aceptó la fármaco-dependencia de YESID ALEXANDER ARIAS PINTO a la marihuana, habrá de concluirse que el porte de los 50,2 gramos de esa sustancia deviene en atípico.

Evidentemente, en las instancias se resaltó la acreditación probatoria de la adicción del procesado a la droga ilícita, de la cual dio cuenta el Médico Psiquiatra Adrián Antonio Villanueva, así como el soldado Edwin Oswaldo Sánchez Navarrete y Fabio Arias Pinto, amigo y



33

familiar del enjuiciado, respectivamente, cuando aseveraron que éste consumía marihuana desde niño. Y también se dio por establecido su internamiento militar, así como su inminente salida al municipio de Coromoro para cumplir labores de patrullaje.

Con tales aristas fácticas los juzgadores desecharon la tesis que la droga en exceso constituía la que necesitaba por ausentarse del batallón a patrullar a la zona rural, cantidad que calificaron de exagerada, y que precisamente por estar sujeto a la disciplina militar *«no lo liberaba o eximía de ofrecer un manejo responsable a su adicción, máxime cuando ha venido conviviendo con ella desde tiempo atrás, e incluso, a sabiendas que con su incorporación a las fuerzas militares le traería algunas restricciones»*, argumento éste que por sí mismo desvirtúa la necesidad personal de consumo con la cantidad de sustancia que portaba el inculpatado, como tampoco se allegó por el ente acusador prueba que infirme esta última hipótesis.

Sin embargo, para la Corte resulta palmario que dada la dependencia de ARIAS PINTO a la marihuana y su próxima salida del cuartel, la cantidad de sustancia hallada de manera razonable se ubica en la que él necesitaba, de ahí que se puede entender como una dosis autorizada constitucional y legamente, por ende, su conducta resulta atípica y debió ser pasible de tratamientos pedagógicos, profilácticos o terapéuticos de orden administrativo.

Yesid

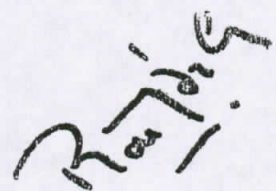
Así las cosas, se accederá a la pretensión de la demandante formulada en el primer cargo de casar, porque si bien escogió la vía de la antijuridicidad, sus mismos argumentos basados en la adicción de YESID ALEXANDER ARIAS PINTO, que bajo internamiento militar y por tener que salir a patrullar se aprovisionó de la cantidad de droga que requería y que no se demostró su intención de comercializarla, son los que permiten arribar a la conclusión de la atipicidad del comportamiento con la interpretación que ya se explicó.

En consecuencia, al casar la decisión de segundo grado, se emitirá fallo de sustitución para absolver al procesado del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado.

Por lo mismo, se dispondrá su libertad inmediata e incondicional por razón de este proceso, con la advertencia de que cumplirá efectos si no es requerido por otra autoridad.

El juez de primer grado procederá a cancelar los registros y anotaciones que haya originado este diligenciamiento en contra del enjuiciado.

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

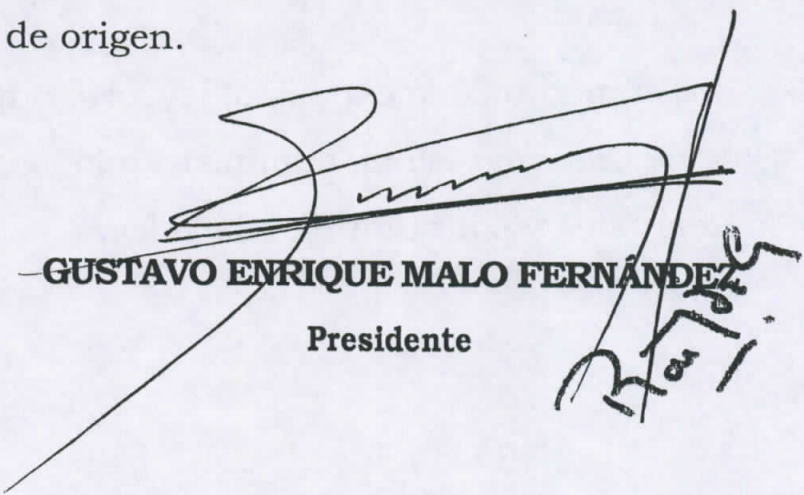


RESUELVE

1. CASAR la sentencia por razón de la primera censura formulada en la demanda presentada por la defensora de YESID ALEXANDER ARIAS PINTO, contra la sentencia emitida por el Tribunal Superior de San Gil-Santander.
2. ABSOLVER, como consecuencia de lo anterior, a YESID ALEXANDER ARIAS PINTO del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado.
3. ORDENAR la libertad inmediata e incondicional del procesado ARIAS PINTO, la cual se hará efectiva si no es requerido por otra autoridad.
4. DISPONER que el juez de primer grado cancele los registros y anotaciones que contra el procesado haya originado este diligenciamiento.

Contra la presente sentencia no procede recurso alguno.

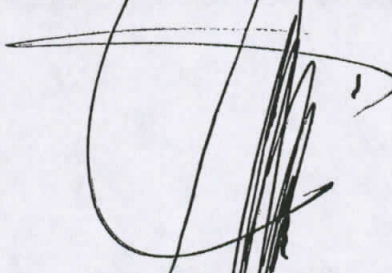
Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.


GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Presidente



JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO



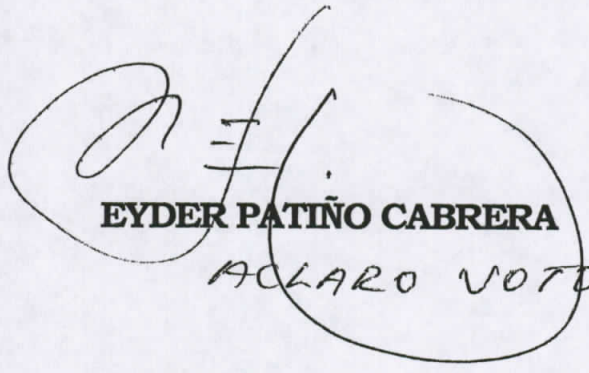
JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ



FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

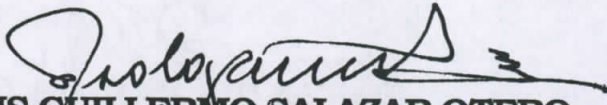


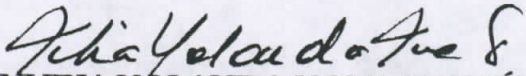
EYDER PATIÑO CABRERA

ACLARO VOTO



PATRICIA SALAZAR CUELLAR


LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO


NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria



**ACLARACIÓN DE VOTO
A LA SENTENCIA SP2940-2016**

Aunque estoy de acuerdo con la decisión adoptada, aclaro mi voto por las siguientes razones:

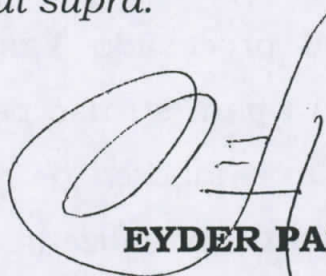
En la sentencia se afirma que la cantidad de marihuana hallada al procesado **YESID ALEXANDER ARIAS PINTO** (50.2 gramos) era para su uso personal, toda vez que es adicto y debía salir a labores de patrullaje. Por ende, corresponde a la dosis despenalizada, lo que hace que la conducta sea atípica.

En mi criterio, la Corte ha debido precisar que en estos eventos, esto es, cuando la ración del estupefaciente es bastante superior a la personal establecida en el literal j) del artículo 2 de la Ley 30 de 1986 -20 gramos-, es imperioso que el juez sea riguroso con la prueba que se lleve al juicio, de manera que con ella se acredite, sin ambages, no solo la adicción del individuo, sino cómo, atendiendo las particularidades del caso y el contexto fáctico respectivo, la cantidad de estupefaciente encontrada en su poder corresponde, sin equívocos, a aquélla destinada para su consumo.

No discuto que, por razones de salud, las personas enfermas dependientes están autorizadas para portar y consumir una cantidad de droga específica, que resulte superior a la indicada en la disposición referida, sin

embargo, considero que esa finalidad debe ser efectivamente comprobada, pues, de lo contrario, se abriría paso a que el derecho penal deje a salvo eventualidades en las que, pretextando la calidad de adicto, se constate un verdadero tráfico o porte de estupefacientes, sí sancionado por el legislador.

Fecha *ut supra*.



EYDER PATIÑO CABRERA