

Proceso nº 35978

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

Magistrado Ponente:

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Aprobado Acta No. 290

Bogotá D.C., agosto diecisiete (17) de dos mil once (2011).

VISTOS

Procede la Sala a emitir el fallo de casación dentro del proceso que se adelanta a JUAN CARLOS VELA GÓMEZ, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Yopal el 9 de diciembre de 2010, a través de la cual confirmó la dictada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Monterrey (Casanare), el 26 de octubre de 2010, en la que se condenó al procesado como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

ANTECEDENTES FÁCTICOS

Los hechos que motivaron esta investigación fueron sintetizados por el *ad quem*, en los siguientes términos:

“El 13 de mayo de 2010, siendo aproximadamente las 5.30 de la tarde, fue capturado en flagrancia el joven JUAN CARLOS VELA GÓMEZ en el municipio de Tauramena (Casanare). Portaba la

cantidad de 79.9 gramos de marihuana, le fue imputado el delito porte de estupefacientes”.

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. Por los anteriores hechos, el 14 de mayo de 2010, la Fiscalía General de la Nación le formuló al procesado, cargos por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes previsto en el artículo 376 del Código Penal. En la misma fecha se llevó a cabo audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento, diligencia en la cual se ordenó la privación de la libertad de Juan Carlos Vela Gómez.

2. El 8 de junio de 2010 el ente investigador, presentó escrito de acusación contra el procesado y surtidas las audiencias preparatoria y de juicio oral, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Monterrey, en sentencia del 26 de octubre del mismo año, lo condenó a la pena de 5 años y 4 meses de prisión y multa de 2.66 salarios mínimos legales mensuales vigentes como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

3. La sentencia de primera instancia fue recurrida por la defensa, siendo el fallo confirmado en su totalidad por parte del Tribunal Superior de Yopal, en decisión del 9 de diciembre de 2010.

4. Contra la anterior decisión, el defensor interpuso el recurso de casación, el cual una vez admitido y agotada la audiencia de sustentación del mismo, da lugar a la emisión del fallo respectivo, siendo ello el objeto del actual pronunciamiento.

LA DEMANDA

Cargo Único: Violación directa por interpretación errónea de los artículos 11 y 376 del Código Penal.

Sostiene el censor que no puede predicarse antijuricidad de la conducta por la que fue condenado su representado, toda vez que esa sustancia estaba destinada para su consumo, al haberse demostrado que es farmacodependiente, para lo cual cita las casaciones 25745 del 23 de agosto de 2006, 18609 de 8 de agosto de 2005, 29183 del 18 de noviembre de 2008 y 31531 del 8 de julio de 2010, afirmando que en tales circunstancias, el bien jurídico de la salud pública nunca estuvo en peligro.

Resalta como durante el juicio, la defensa aportó el testimonio de la perito Bárbara Parra Perilla, psicóloga forense, a través del cual se demostró que el acusado era consumidor de estupefacientes en el grado de adicto y ninguna prueba se aportó para concluir que la marihuana con la que se le sorprendió, tenía otro fin distinto a su propio consumo.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. Intervención del casacionista

La defensa, aludiendo a la ley de seguridad ciudadana señala que la figura de la dosis personal desapareció del mundo jurídico y se equipara al adicto con el traficante de sustancias prohibidas.

Sostiene que JUAN CARLOS VELA es toxicómano, por lo que la conducta al él endilgada y por la que fue condenado, tanto en primera como en segunda instancia, atenta contra su propia salud y no contra la pública.

Agrega que ese comportamiento carece de antijuridicidad material, además de que no se precisó el verbo rector en el cual había incurrido el acusado, pero muestra el proceso, que la finalidad de adquisición de la marihuana era para su consumo personal y por tanto, únicamente la portaba.

2. Réplica del delegado de la Fiscalía General de la Nación

Peticona que no se case el fallo recurrido, toda vez que el argumento sobre la carencia de antijuridicidad material del delito, desconoce que el tipo penal protege bienes jurídicos de carácter colectivo como lo es la salud pública, y no individuales como lo pretende hacer ver la defensa.

Resalta el hecho de cómo el procesado fue capturado en posesión de 79 gramos de marihuana, cantidad que ampliamente supera la tolerada, en orden a que no se penalice la acción de quien la porta, lo cual no sucede en esta caso.

3. Procuraduría General de la Nación

Inicia su intervención señalando que el tipo descrito en el artículo 376 del Código Penal es de peligro abstracto y cita las casaciones 18609 de 2005 y 31531 para decir que hay linderos que no se pueden desbordar, pues la Corte ha fijado los parámetros con el fin de determinar cuando hay afectación al bien jurídico, señalándose que el concepto de dosis personal se extiende a aquellos casos en los que el portador lleva consigo una cantidad ligeramente superior a la tolerada, que para el caso de la marihuana es de 20 gramos.

Aclara que en tres situaciones es posible hablar de dosis personal, a saber, porciones mínimas destinadas al uso propio, que no se suministre a terceros así sea de manera gratuita y que la sustancia estupefaciente no esté destinada a su tráfico.

Coincide con el argumento de la fiscalía acerca de que la cantidad incautada a JUAN CARLOS VELA es cuatro veces superior a la permitida, sin que pueda considerarse como dosis de aprovisionamiento, porque éste portaba una bolsa plástica escondida detrás de la chaqueta y es falso que se encontrara fumando marihuana como lo manifestó en su entrevista, pues ninguno de los informes policiales dan cuenta de esta circunstancia.

Afirma que para exculpar el comportamiento, el mismo debe estar desligado de la intención de suministro a terceras personas, situación que tampoco se reputa en este asunto, pues para el momento de la captura del procesado, él se encontraba compartiendo con otros del “parche” en la vía pública, lo cual motivó el llamado de la ciudadanía a las autoridades de la policía.

Según la delegada de la Procuraduría General, dicha situación es reconocida por el acusado, cuando en su entrevista afirmó que se retroalimentaba con los otros del “parche” y eso apunta al suministro no gratuito de la droga a terceros, lo cual claramente afecta el bien jurídico de la salud pública, pues se trata de consumo colectivo en la vía pública tal y como se refirió en la casación 31531.

Por último, señala que no emerge elemento de juicio para demostrar la condición de adicto de JUAN CARLOS VELA, pues el único medio de convicción que concurre es una entrevista hecha con base en la propia versión del acusado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Teniendo como referente el reparo único que se postula contra la legalidad de la sentencia de segunda instancia, el problema a resolver es determinar si el comportamiento atribuido al procesado vulneró el bien jurídico de la salud pública, al haber sido sorprendido con una cantidad de droga que supera ampliamente el límite conocido como “dosis personal”, aún cuando la defensa aportó prueba de su condición de adicto a esta sustancia. Es decir, se resolverá la cuestión sobre si estando probada la fármacodependencia del infractor y no emergiendo prueba de que la sustancia prohibida estaba destinada a un fin distinto al consumo, la cantidad de droga es un criterio para establecer la afectación a la salud pública y por contera, si ese comportamiento merece ser reprochado penalmente.

1. Precisiones y antecedentes sobre el concepto de dosis personal

1.1 El tema de la dosis personal como criterio para despenalizar comportamientos de porte de sustancias estupefacientes, fue desarrollado a fondo por primera vez en la jurisprudencia nacional, en la sentencia C 221 de 1994 con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad del literal j) del artículo 2o y el artículo 51 de la ley 30 de 1986. Sin embargo, previamente, en casación 4771 de julio de 1991, esta Corte estableció los límites para definir esta figura, insertada en nuestro sistema jurídico desde el año 1986, afirmando *que “no será dosis personal la que ‘exceda’ de la cantidad que de modo expreso se señala, tampoco la que aún por debajo del tope fijado, no se halle destinada al ‘propio consumo’, ni la que tenga por destinación su distribución o venta”*.

El literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, define la dosis personal como *“aquella cantidad de estupefaciente que una persona porta o conserva para su propio consumo. Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís la que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos. No es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad”*.

No obstante incluirse en la legislación vigente para la época (Ley 30 de 1986), el concepto de dosis personal, de todas formas su artículo 51 establecía una serie de sanciones consistentes en arresto y multa, las cuáles variaban según la

reincidencia del sujeto, y en caso de tratarse de una persona drogadicta, se inaplicaba la sanción, procediéndose a su internación en un establecimiento psiquiátrico o similar por el tiempo necesario para su recuperación.

En la sentencia C-221/94 la Corte Constitucional tomó como premisa aquella según la cual el derecho sólo puede entrar a regular las conductas humanas que interfieran con las de los demás, precisando que la naturaleza del derecho es *“tener como objeto de regulación el comportamiento interferido, esto es, las acciones de una persona en la medida en que interfieren en la órbita de acción de otra u otras, se entrecruzan con ella, la interfieren. Mientras esto no ocurra, es la norma moral la que evalúa la conducta del sujeto actuante (incluyendo la conducta omisiva dentro de la categoría genérica de la acción). Por eso se dice, con toda propiedad, que mientras el derecho es ad alterum, la moral es ab agenti o, de otro modo, que mientras la norma jurídica es bilateral, la moral es unilateral”*.

El análisis de constitucionalidad de los preceptos demandados, se hizo con relación al artículo 49 de la Carta que señalaba: *“Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.”*. Sin embargo, aludiendo al derecho a la libertad individual y a la consagración del Estado Colombiano como liberal, señaló que cada persona es libre de cuidar de su salud sin que pueda constituirse ello en un deber por imposición del Estado, de allí que la Corte Constitucional en ese momento haya declarado la inexecutable del artículo 51 de la Ley 30 de 1986, pues al obligar al drogadicto al internamiento en una institución

psiquiátrica o mental, se estaba interfiriendo indebidamente en un comportamiento que pertenece al fuero interno del individuo cuando éste, en ejercicio del derecho a su libre desarrollo de la personalidad, decide entregarse al consumo de sustancias estupefacientes, señalando la Corporación: *“Si yo soy dueño de mi vida, a fortiori soy libre de cuidar o no de mi salud cuyo deterioro lleva a la muerte que, lícitamente, yo puedo infligirme”*, de donde se concluyó que las normas que consideran el consumo de drogas un delito, son contrarias a la Constitución Política.

No se arribó a la misma conclusión, frente al literal j) del artículo 2º de la referida ley, en tanto que dicha norma consagraba la incorporación al ordenamiento jurídico, del concepto de dosis personal, el cual *“implica fijar los límites de una actividad lícita (que sólo toca con la libertad del consumidor), con otra ilícita: el narcotráfico que, en función del lucro, estimula tendencias que se estiman socialmente indeseables”*.

1.2 Con la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000 que derogó el Decreto Ley 100 de 1980 y las demás normas que lo modificaban y complementaban, pero sólo en lo relacionado con la consagración de prohibiciones y mandatos penales, entre ellas la Ley 30 de 1986, de todas formas se mantuvo el concepto de dosis personal y la tolerancia frente a su porte en las cantidades permitidas según la sustancia, de acuerdo con el literal j) del artículo 2º de esta última reglamentación, pues dicho artículo no constituye una prohibición o precepto de índole penal y por tanto, no fue objeto de derogación, y además con ocasión de la sentencia C 221 de

1994, se siguió estimando impune un comportamiento de tales características.

En aplicación del citado precedente, a partir del cual dejó de considerarse delito el porte de sustancias estupefacientes destinadas para el consumo personal de acuerdo con las cantidades aludidas en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, la Sala Penal de la Corte emitió varias decisiones en las que no se estimó punible el porte de las sustancias allí enumeradas, entre ellas la casación 11177 de marzo de 1996, en aplicación del criterio fijado en la sentencia C-221 de 1994.

Es más, en recientes pronunciamientos, se ha reiterado que el bien jurídico que protege el tipo penal consagrado en el artículo 376 del Código Penal, (antes Ley 30 de 1996), es el de la salud pública, sin embargo también se ha dicho que se trata de un tipo penal pluriofensivo en el que se busca igualmente la protección del orden socio-económico, e indirectamente, la administración pública, la seguridad pública, la autonomía personal y la integridad personal, protección que se enmarca en los comportamientos propios del tráfico de estupefacientes.

Es el carácter pluriofensivo del punible en cuestión por lo que el legislador ha establecido distintas medidas de pena según las cantidades y clase de sustancia, siendo este también el parámetro para despenalizar la conducta en tratándose de dosis personal, pero de todas formas reiterando que superándose esos topos de tolerancia se entra en el terreno del derecho penal.

“En este orden de ideas, considera punible el transporte, porte, venta, adquisición, financiación o suministro, a partir de

más de 1 gramo de droga estupefaciente (cocaína), pues este guarismo marca el límite de permisibilidad, si de dosis personal se trata, es decir, para consumidores, trátense de adictos o de no farmaco dependientes. Con todas las consideraciones que desde el punto de vista político criminal se pueden elaborar acerca del mercado de la cocaína, resulta evidente afirmar que las cantidades que se acercan al límite de lo permitido para consumidores, se ubica en una sutil franja de lo importante a lo insignificante. Empero, si bien el legislador no le ha otorgado discrecionalidad al juez para modificar las cantidades, en orden a su punibilidad, debe tenerse en cuenta que lo dispuesto para la dosis personal marca una pauta importante para fijar la ponderación del bien jurídico en orden a su protección”¹.

Es decir, si el porte de la sustancia es realizado por una persona farmacodependiente en la calidad y cantidad definida en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, la conducta se considera impune por las razones esgrimidas en la sentencia C 221 de 1994, pero si se superan los límites definidos como dosis personal, la conducta debe ser sancionada penalmente con independencia de si se es adicto o no.

El anterior criterio fue reiterado en casación 23609 de 2007, en la que se resolvió el recurso extraordinario frente a una condena en la que el procesado había sido capturado en posesión de 5 gramos de cocaína, los cuales estaban destinados para su personal consumo, la Sala afirmó la antijuricidad de la conducta apelando a las razones expuestas en la sentencia C 420 de 2002, concretamente a la pluriofensividad de las conductas descritas en el artículo 376 del Código Penal, entre ellas, a una de las cuales

¹ Casación 18609 de 2005

se ajustaba la endilgada al acusado por llevar consigo una cantidad superior de cocaína a la permitida como dosis personal.

En casación 28195 de octubre de 2008, se negó la exclusión de la antijuridicidad de la conducta a un individuo que fue capturado en posesión de 38.7 gramos de marihuana, pues dadas las particularidades del caso, era dable concluir que ese estupefaciente no estaba destinado al consumo personal, sino a su distribución y por tanto, se concretaba el riesgo para el bien jurídico de la salud pública. No obstante, se admitió que luego de analizadas las circunstancias particulares de cada caso, es posible señalar que tal comportamiento carece de relevancia penal, según lo estipulado en el artículo 11 de la ley 599 de 2000 (principio de antijuridicidad material), siempre y cuando se haya demostrado que sólo podía repercutir en el ámbito de la privacidad de quien consume la sustancia y se trate de una dosis personal, o que no supere esa cantidad de manera importante.

En otra decisión² en la que el procesado portaba 1.3 gamos de cocaína superando ligeramente el tope permitido, la Corporación, acudiendo al principio de lesividad como legitimador y limitador del poder sancionador del Estado, indicó que en relación con el comportamiento estudiado en esa providencia, *no se requiere de mayores argumentos para advertir que se trata de un porte de sustancia estupefaciente en pequeña cantidad, la cual de manera escasa sobrepasó la denominada dosis personal máxima presuntiva*, motivo por el cual concluyó la falta de lesividad de la acción y por tanto que esa conducta no comportaba la calificación como delito, debiéndose absolver al procesado.

² Casación 31531 de 2009

Este mismo criterio fue aplicado en la casación 29183 de 2008 en un caso en el que el acusado portaba una cantidad de marihuana que superaba en 9 gramos la dosis permitida y al estar demostrada su calidad de adicto a esta sustancia, se optó por su absolución por la ausencia de desvalor de resultado y por la falta de demostración sobre que su comportamiento estuviera encaminado a interferir en la conducta de otros, es decir, las particularidades del hecho llevaban a señalar que la acción del acusado hacía parte de su fuero interno, en donde el Estado no podía intervenir para obligarlo a preservar su propia salud. Allí se señaló:

“La tipicidad de la conducta (desvalor de acción), no tiene discusión en este caso, pues de conformidad con el artículo 376 del Código Penal, incurre en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia.

Pero, lo que no se demuestra en la actuación es que los bienes jurídicos tutelados con el tipo penal referido (salud pública, seguridad pública, orden económico y social), hayan sido afectados con la posesión de 9,9 gramos que por encima de la dosis personal tenía en su poder el acusado, de quien se sabe es un consumidor habitual, un adicto, que no ejecutaba actividades de distribución o venta del alucinógeno”. (Subrayado de la Sala)

Como ha quedado visto, los límites de ilicitud penal en lo que a porte, tráfico o fabricación de estupefacientes se refiere, se define así: “cuando se trata de cantidades de drogas ilegales, comprendidas inclusive dentro del concepto de la dosis personal, destinadas no al propio consumo sino a la comercialización o, por

qué no, a la distribución gratuita, la conducta será antijurídica pues afecta los bienes que el tipo penal protege; lo que no acontece cuando la sustancia (atendiendo obviamente cantidades insignificantes o no desproporcionadas), está destinada exclusivamente al consumo propio de la persona, adicta o sin problemas de dependencia, evento en el que no existe tal incidencia sobre las categorías jurídicas que el legislador pretende proteger³.

1.3 Las referencias jurisprudenciales a las que se ha venido haciendo alusión, corresponden a situaciones materializadas antes del Acto Legislativo 02 de diciembre 21 de 2009, a través del cual se modificó el artículo 49 de la Constitución Política, en orden a prohibir el porte y consumo de sustancias estupefacientes salvo prescripción médica y establecer una serie de medidas administrativas pedagógicas, profilácticas o terapéuticas para las personas que consuman dichas sustancias. El texto de la norma es del siguiente tenor:

“ARTICULO 49. <Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

³ Casación 29183 de 2008

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.” (Resaltado nuestro).

A partir de la modificación de la Carta por vía de acto legislativo, en la comunidad jurídica surgió la convicción acerca de que el concepto de dosis personal había desaparecido del ordenamiento jurídico, ante la prohibición del consumo y porte de cualquier tipo de sustancia estupefaciente, de donde ya no sería posible afirmar la impunidad de las conductas del adicto encaminadas a proveerse de la droga en las cantidades fijadas en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986 o en montos ligeramente superiores a aquellas.

Esta convicción se refuerza con la expedición de la ley 1453 de 2011, que modificó el artículo 376 del Código Penal, precepto que suprimió la excepción de la dosis personal para entrar a penalizar, toda clase de porte de estupefacientes. Veamos:

“ARTÍCULO 11. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES. El artículo 376 de la Ley 599 de 2000 quedará así:

Artículo 376. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve,

elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno⁴, dos⁵, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de droga sintética, sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de ketamina y GHB, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de droga sintética, quinientos (500) gramos de nitrato de amilo, quinientos (500) gramos de ketamina y GHB, la pena será de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de ciento veinte y cuatro (124) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

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

⁴ En la convención de las Naciones Unidas Sobre el Tráfico de Drogas de 1961 se referencian como anexo lo cuadros I y II en los cuales se discriminan las sustancias consideradas como prohibidas así: Cuadro I: ÁCIDO LISÉRGICO; EFREDINA; ERGOMETRINA; ERGOTAMINA; 1-FENIL-2PROPANO; SEUDOEFREDINA. CUADRO II: ACETONA; ÁCIDO ANTRANÍLICO; ÁCIDO FENILACÉTICO; ANHÍDRICO ACÉTICO; ÉTER ETÍLICO; PIPERIDINA. Por su parte en el Convenio de Sustancias Sicotrópicas de 1971 las sustancias restringidas son: DET; DMHP; LISERGIDA; MESCALINA; PSILOCINA; PSILOCIBINA; STP; DOM; TETRAHIDROCANNABINOLES; ANFETAMINA; DEXANFETAMINA; METANFETAMINA; METILFENIDATO; FENCICLIDINA; FENMETRACINA; AMOBARBITAL; CICLOBARBITAL; GLUTETIMIDA; ENTOBARBITAL; SECOBARBITAL; ANFEPRAMONA; BARBITAL; ETINAMATO; MEPROBAMATO; METACUALONA; METILFENOBARBITAL; METIPRILONA; FENOBARBITAL; PIPRADROL; SPA.

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

Considera la Sala que aún con la prohibición constitucional de porte y consumo de estupefacientes, el concepto de dosis personal no ha desaparecido del ordenamiento jurídico, pues el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, no ha sido derogado, a pesar de las varias normas que se han expedido en orden a tener por lícito su consumo y ahora por penalizarlo.

Lo que advierte la Sala es un conflicto entre normas de carácter constitucional, a saber, el artículo 49 que prohíbe el porte y consumo de lo conocido en nuestra comunidad jurídica como dosis personal, y el artículo 16 que consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por cuya defensa y efectividad, desde el año 1994, la Corte Constitucional declaró contraria a la Carta la norma legal, artículo 51 de la ley 30 de 1986, que sancionaba penalmente a personas adictas a las drogas enunciadas en el artículo 376.

Dicha pugna debe resolverse de acuerdo con los parámetros fijados por la propia Corte Constitucional, cuando señaló que *“se soluciona el conflicto de normas mediante un análisis razonable que puede llegar a hacer compatibles ambas disposiciones, mediante la aplicación preferente de la norma que encarne un mayor contenido axiológico y que, al mismo*

tiempo, no sacrifique el núcleo esencial de la otra disposición”⁶. Y también “las posibles incompatibilidades entre las disposiciones del mismo rango se resuelven, en principio, con la aplicación de las reglas de la lógica jurídica tradicional, salvo expresa disposición constitucional en contrario”⁷

En aplicación de lo anterior, para la Sala la norma superior que prohíbe el consumo y porte de estupefacientes como dosis personal interpretada junto con aquel precepto legal que establece pena de prisión para esta clase de comportamientos (artículo 376 del Código Penal), implica la anulación del derecho fundamental que consagra el artículo 16 constitucional, pues se reprime y sanciona con el castigo más severo (pena de prisión), la decisión de la persona de abandonar el cuidado de su salud individual, elección que corresponde a su fuero interno y no trasciende en el menoscabo de los derechos de los otros miembros de la sociedad, mas allá de un mero reproche moral que de ninguna manera puede soportar la imposición de una pena.

Como se expuso al principio de este capítulo, las anteriores razones fueron las expuestas en su momento por la Corte Constitucional en su sentencia C 221 de 1994, argumentos que continúan vigentes ante la cada día más clara tendencia del Estado Colombiano de respetar y defender las libertades individuales, de allí que cualquier norma, así sea también de rango constitucional, que pretenda sancionar el ejercicio de ese derecho por conductas que puedan resultar moralmente reprochables, es contraria a la Constitución e impone del operador judicial interpretar el ordenamiento jurídico conforme a esta tendencia.

⁶ Sentencia C- 059 de 1993

⁷ Sentencia C 593 de 1995

Es decir, a pesar de la reforma constitucional a través del Acto Legislativo 02 de 2009 y de la modificación del artículo 376 del Código Penal mediante el artículo 11 de la Ley de Seguridad Ciudadana, es posible tener por impunes las conductas de los individuos dirigidas al consumo de estupefacientes en las dosis fijadas en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, o en cantidades ligeramente superiores a esos topes, esto último de acuerdo con el desarrollo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema.

Lo anterior, en razón al respeto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, y a la ausencia de lesividad de conductas de porte de estupefacientes encaminadas al consumo del adicto dentro de los límites de la dosis personal, pues éstas no trascienden a la afectación, siquiera abstracta, del bien jurídico de la salud pública, el cual es el que principalmente protege el tipo penal descrito en el artículo 376 del Código Penal.

No puede pasarse por alto que la sanción penal contenida en los artículos 376 y siguientes de dicho estatuto, es producto del compromiso adquirido por Colombia a través de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas aprobada mediante Ley 67 de agosto 23 de 1993, cuyo proceso de revisión constitucional se hizo en sentencia C-176 de 1994, la cual impone a los Estados parte, la tipificación de comportamientos que tengan que ver con el comercio de estas sustancias, siendo esta su principal finalidad, más no la sanción para el consumidor, pues dicha cuestión se dejó a reserva de cada Estado de acuerdo con sus principios

constitucionales⁸, siendo lo que se ajusta a nuestro orden interno, aquella posición que propende por la no sanción del porte de sustancias por parte del adicto para su consumo en las cantidades fijadas por nuestro legislador, postura sentada desde el año 1994 en la tantas veces mencionada sentencia C 221.

Esta visión fue el punto de partida para que la Corte Constitucional en su sentencia C -420 de 2002, al hacer el análisis de constitucionalidad de todas las normas que tipificaban el tráfico de estupefacientes, frente a una demanda que considerada necesaria la despenalización del narcotráfico, realizara su análisis respecto del grado de dañosidad del comercio de estas sustancias, señalando que era legítima su tipificación como delito ante la clara afectación de intereses colectivos como la seguridad pública, el orden económico y social, además de la salud pública. Además por la obligación del Estado Colombiano frente a la comunidad internacional de prohibir en forma absoluta *“la producción, el uso o tráfico de esas sustancias cuando éstos se efectúan con finalidades diferentes a las estrictamente médicas o científicas”*⁹.

En aquella sentencia, se dejó en claro la conformidad con la Carta de la criminalización de comportamientos contenidos en ese gran conjunto del tráfico de estupefacientes:

⁸ En el artículo 3º de la Convención, denominado Delitos y Sanciones, su artículo 2º dispone: “A reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales conforme a su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente, la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o sustancias sicotrópicas para el consumo personal en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971”.

⁹ Sentencia C-176-94

“En las condiciones expuestas, si bien a la Corte no le incumbe la determinación del modelo de política criminal que ha de adoptar el Estado colombiano en materia de narcotráfico, si advierte que la penalización del tráfico de estupefacientes no contraría los fundamentos constitucionales de la imputación penal en cuanto comprende una gama de conductas que trascienden el fuero interno de la persona y que se proyectan en una amplia gama de derechos ajenos”¹⁰. (Resaltado nuestro)

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

Las anteriores razones reafirman la postura de la Corte en torno a cómo es posible dejar impune el comportamiento del adicto que porta una sustancia para su consumo personal en la dosis permitida, sin que ello implique renunciar a la efectiva sanción penal del tráfico de estupefacientes en todas sus modalidades.

2. Caso concreto

Según se ha expuesto, es posible dejar de sancionar penalmente al consumidor que es sorprendido en posesión de sustancia estupefaciente en las cantidades conocidas como dosis personal o las que ligeramente las superen.

Para el caso de JUAN CARLOS VELA, la defensa cumplió con la carga de demostrar su condición de adicto a la marihuana que fue

¹⁰ Sentencia C- 420 de 2002

la sustancia con la que fue sorprendido, a través de la valoración psicológica hecha por una profesional en la materia, medio de convicción cuya idoneidad y credibilidad no ha sido desvirtuada a pesar de las críticas lanzadas por la delegada del Ministerio Público, pues dentro del proceso no se acopió prueba alguna para concluir que el acusado no es farmacodependiente a este alucinógeno.

Sin embargo, mal puede aceptar la Corte este argumento para disculpar la acción de JUAN CARLOS VELA al portar marihuana en una cantidad superior en cuatro a veces la dosis tolerada, pues claramente esta cuantía, desborda el límite de razonabilidad, no porque se afirme que estaba destinada a la distribución gratuita por parte del acusado para con los sujetos que generaron la sospecha de la ciudadanía y la posterior presencia de agentes de la policía, como lo pretende hacer ver la delegada del Ministerio Público, pues no concurre medio de convicción para afirmar que ese grupo de personas se aprestaba a consumir la droga que portaba el procesado, o que éste pretendía distribuísela de manera gratuita u onerosa, caso en el cual no habría duda en torno a la lesividad de la conducta.

La razón para rechazar el pedimento del casacionista sobre la ausencia de lesividad de la conducta del procesado, es la que tiene que ver con la presunción que opera sobre la puesta en riesgo de bienes jurídicos como la salud pública, el orden económico y social, entre otros intereses, cuando alguien es sorprendido en poder de droga en una cantidad importante, la cual es definida por el legislador en el artículo 376, pues si es ostensiblemente superior a lo definido como dosis personal, no es posible concluir que esté destinada al consumo, sino a cualquiera

de las conductas consideradas lesivas y por tanto, objeto de sanción penal.

El adicto, si bien es una persona enferma, de todas formas debe someterse a las pautas que regulan una situación que la sociedad no puede desconocer como una realidad, cual es la necesidad de despenalizar el consumo y porte de la dosis personal, en orden a garantizar el ejercicio al libre desarrollo de la personalidad del enfermo, empero, esa libertad no puede extenderse a permitirle llevar libremente cantidades de estupefaciente que desbordan gravemente lo tolerado, pues una eventualidad como esa indica en forma legítima a presumir una destinación ilícita de la droga incautada, pues sólo puede concluirse un fin de consumo, cuando la cantidad se encuentra en los topes definidos como dosis personal o superados ligeramente.

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

Así las cosas, el reparo de la defensa sobre la violación directa de la Ley sustancial por falta de aplicación de la norma que establece el principio de lesividad como uno de los presupuestos de punibilidad de una conducta típica, artículo 11 del Código Penal, no está llamado a prosperar, dado que según se ha expuesto, el comportamiento desplegado por JUAN CARLOS VELA, no puede

calificarse como el porte de estupefacientes para el consumo de dosis personal, ante el desborde significativo de la cantidad tolerada, circunstancia que es suficiente para predicar la puesta en peligro abstracto del bien jurídico de la salud pública.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,
SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia de segunda instancia proferida
contra **JUAN CARLOS VELA GÓMEZ**.

Notifíquese y cúmplase.

JAVIER ZAPATA ORTIZ

JOSÈ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Comisión de servicio

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÈREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

CASACIÓN N°35978

Juan Carlos Vela Gómez

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria