



ANTI JURICIDAD MATERIAL - INEXISTENCIA EN EL CASO DE PERSONAS QUE EVENTUALMENTE SON CONSUMIDORAS - Como quiera que según la información legalmente obtenida, la cantidad de estupefacientes portada excedía la dosis mínima en 25,5 gramos, y como quiera que no hay noticia que la marihuana estuviese destinada para la venta, siendo del caso entender que lo era para el consumo —por fuerza de la presunción de inocencia que, ante la ausencia de acreditación o cualquier otra noticia que la empañe, impone la hipótesis más benigna para el procesado— juzga esta Sala que la agresión a los bienes jurídicos que se tutelan con la prohibición no resultan de significación, naturalmente que en relación, o de cara, con las abundantes cantidades propias del narcotráfico. En estas circunstancias se hace inútil o innecesaria la intervención estatal a través del derecho penal. -

RECHAZO DE LA ACEPTACION DE CARGOS POR NO CONSTAR LA LESIVIDAD DE LA INFRACCION.- Como era del caso que se rechazara la aceptación de cargos, por no constar la lesividad de la infracción, la que no es demostrable con la mera aceptación de los cargos, debería invalidarse la actuación de modo que se dejara sin efecto la sentencia de primera instancia, retrotrayendo la actuación al momento de definir la aceptación de los cargos tal como en otras ocasiones hizo la Sala y disponiendo el rechazo o inadmisión del allanamiento; sin embargo, el Tribunal optará por dar aplicación a la regla que ha venido empleando la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de proceder a la absolución en estos tipos de casos.

Delito	Porte de Estupefacientes
Procesado	Augusto Alexander López Sanabria
Radicado	No. 05001-60-00206-2010-66740
Procedencia	Juzgado Octavo Penal del Circuito de Medellín
Instancia	Segunda
Magistrado Ponente	Miguel Humberto Jaime Contreras
Decisión	Revoca sentencia condenatoria - Absuelve - Deja sin efectos orden de captura.

S A L A P E N A L

Aprobado por Acta No. 147

Medellín, cinco de mayo de dos mil once

1. VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de *Augusto Alexander López Sanabria* en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Medellín que condenó al procesado mencionado como autor del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

2. LOS HECHOS

El 15 de diciembre de 2010, a eso de las 11:10 horas, en la calle 42 con carrera 105 de esta ciudad, agentes de la policía que realizaban labores de patrullaje le practicaron una requisa al señor *Augusto Alexander López Sanabria*, hallando en su poder una bolsa plástica con 45,5 gramos de marihuana, sin que hubiere constancia o información alguna en la que se noticie que se dedicara al expendio.

3. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

3.1. La defensa censura la sentencia de primera instancia porque considera que su prohijado tiene derecho a disfrutar de la prisión domiciliaria. Alega que si bien el procesado no tendría derecho a disfrutar de subrogado penal alguno por aplicación de la prohibición contenida en el artículo 68A del Código Penal, ya que registra en su contra una sentencia del 28 de septiembre de 2010, lo cierto es que se le debe otorgar dicho subrogado teniendo en cuenta la calidad de adicto.

Afirma que su defendido se encuentra en una situación de inmadurez psicológica que se ha visto menguada por su problema de drogadicción. Sostiene que en las audiencias preliminares se dejó claro que el procesado es consumidor habitual de marihuana y que ello le impide desempeñarse al igual que otras personas en la sociedad, pues es tal el grado de dependencia que ha perdido el norte de su vida y hasta su sanidad mental. Estima que en este evento no se cumplen las funciones de la pena y que además con la permanencia en un centro carcelario no se lograría la reinserción social.

4. LAS RAZONES DEL SENTENCIADOR

De la sentencia de primer grado sólo reseñamos lo allí consignado para sustentar los puntos que están en discusión.

Con base en el allanamiento a cargos del Sr. *Augusto Alexander López Sanabria*, sostenido en un mínimo probatorio, la juzgadora encontró ajustado a derecho condenarlo por la comisión del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de “porte”, por lo cual le impuso la pena de 32 meses de prisión y multa de 1,33 salarios mínimos. La jueza de conocimiento no concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria al considerar que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, no es procedente otorgarle al procesado beneficio o subrogado alguno, atendiendo a que le figura una condena por delito similar al aquí cometido, dictada el 28 de septiembre de 2010 por el Juzgado 18° Penal del Circuito de Medellín. En cuanto a la antijuridicidad, la jueza señaló que se trata de una conducta punible cometida en contra del bien jurídico a la salubridad pública, tratándose de un delito de peligro abstracto que no requiere la concreción del riesgo con la afectación a la salud de otras personas, por lo cual sólo la potencialidad del daño es suficiente, producida por la mera tenencia o porte de la sustancia en cantidad que supere la dosis personal.

5. LAS CONSIDERACIONES

Más allá de la sustentación de la defensa, quien, aunque invoca la calidad de adicto de su asistido, reconduce las consecuencias de esta circunstancia como base para obtener la prisión domiciliaria, oficiosamente la Sala advierte la inexistencia de antijuridicidad material en el caso concreto, circunstancia que obliga a la absolución del procesado, lo que pasa a demostrarse.

Con relación a la obligación que, en desarrollo de los principios de legalidad de la función pública e imparcialidad, tiene el juez de conocimiento de determinar la concurrencia de los elementos estructurales del delito, es decir, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad de la conducta, así como de la responsabilidad penal del procesado, aún en los casos de aceptación de cargos, la Corte Constitucional advirtió¹:

6.2. Según la ley penal, para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable (Arts. 9-12 Cód. Penal). En consecuencia, el juez sólo puede imponer condena al imputado cuando establezca con certeza estos elementos estructurales del delito, como se afirma en la demanda. En caso contrario, quebrantaría el principio constitucional de legalidad de la función pública y las normas legales pertinentes, lo cual podría originarle responsabilidad, aparte de que los actos proferidos quedan sometidos a los medios de corrección previstos en la ley.

Esta exigencia primordial para la garantía de la libertad de las personas y del debido proceso, en particular de la presunción de inocencia que forma parte integrante de este último, no resulta quebrantada por la expresión que se examina, ya que ésta sólo contiene la orden de que el juez de conocimiento apruebe el acuerdo de aceptación de la imputación, si es voluntario, libre, informado y espontáneo, y no contiene la orden de proferir condena. Por el contrario, la misma norma demandada, en un aparte no impugnado, establece que aquel *“convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia”*.

¹ .Sentencia C-1195 del 22 de noviembre de 2005, M. P. Dr. Jaime Araujo Rentería

Por otra parte, en lo concerniente a la determinación de dicha responsabilidad y la consiguiente condena en la sentencia, es evidente que el fundamento principal es la aceptación voluntaria de aquella por parte del imputado, lo cual en el campo probatorio configura una confesión, de modo que se puede deducir en forma cierta que la conducta delictiva existió y que aquel es su autor o partícipe.

En todo caso, es oportuno señalar que según lo previsto en el Art. 380 de la Ley 906 de 2004 el juez deberá valorar en conjunto los medios de prueba, la evidencia física y la información legalmente obtenida, conforme a los criterios consagrados en la misma ley en relación con cada uno de ellos, y que en virtud del Art. 381 ibídem, para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

De la anterior cita se extrae que existen razones sistemáticas, constitucionales y legales que le imponen al juez el deber de verificar, más allá de duda razonable, la configuración del delito y la responsabilidad penal del encartado, así medie acuerdo o aceptación de los cargos imputados. La aceptación de cargos puede y debe tenerse presente en la evaluación de la existencia de la conducta punible, pero también debe considerarse que hay aspectos que escapan a la validación que le brinda la aceptación. El juez no puede renunciar, ni aún en estas circunstancias, a ser garante de los derechos fundamentales, entre ellos el del debido proceso, entre otras razones porque no está vinculado por el acuerdo si afecta las garantías básicas.

Ahora bien, para efectuar un juicio de certeza de la existencia del delito en el caso de personas que eventualmente son consumidores y a los que se le encuentra dosis del estupefaciente compatibles con esa calidad, sin noticia de expendio, es menester reparar en el marco normativo de resolución del asunto, sobre el cual cabe hacer inicialmente, la siguiente acotación: Tanto la evolución legislativa —específicamente en la norma rectora del artículo 11 del código penal que demanda la efectiva puesta en peligro del bien jurídico protegido— como el avance jurisprudencial, que dejó de considerar a los delitos de peligro con la rigidez propia de la presunción de derecho, generan tensiones con

la fuerza y alcance de la presunción de inocencia en este tipo de delitos, que aún no vemos del todo resueltas.

Un breve recuento del cambio de perspectiva jurisprudencial reseñada se resume de buen modo en la sentencia del 12 de Octubre del 2006, Rd. 25.465, M. P. Marina Pulido de Barón, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

Si bien en los delitos de peligro presunto el legislador presume la posibilidad de daño para el bien jurídico tutelado, lo cierto es que tal presunción *"no puede ser de aquellas conocidas como juris et de jure, es decir, que no admiten prueba en contrario, porque el carácter democrático y social del Estado de derecho, basado, ante todo, en el respeto a la dignidad humana (artículo 1º de la Constitución), así lo impone, en tanto tal especie de presunción significa desconocer la de inocencia y los derechos de defensa y contradicción"*.

*"Al contrario, al evaluarse judicialmente los contornos de la conducta es ineludible establecer qué tan efectiva fue la puesta en peligro. En otro lenguaje, frente a un delito de peligro debe partirse de la base de que la presunción contenida en la respectiva norma es iuris tantum, es decir, que se admite prueba en contrario acerca de la potencialidad de la conducta para crear un riesgo efectivo al bien jurídico objeto de tutela"*² (subrayas fuera de texto). (Sentencia del 15 de septiembre de 2004 Rad. 21.064)

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

Enfrentada dos presunciones contrarias en la reconstrucción del hecho, inevitable resulta determinar cuál debe ceder en la situación concreta, labor que juzga la Sala no puede hacerse sino a partir de una labor de ponderación y que consulte la especificidad del asunto, así sea

² Sentencia del 15 de septiembre de 2004. Rad. 21064.

con la escasa prueba recogida sobre el acontecimiento. No puede olvidarse que el cambio de perspectiva jurisprudencial al que hemos aludido, tiene que ver con un deslinde de responsabilidades propia de la separación de poderes en un Estado social de derecho, pues mientras al legislador le corresponde la definición abstracta de los preceptos jurídicos para regular la conducta de los asociados, al juez le compete definir en concreto la aplicación del derecho.

Pero al margen de esta labor, lo cierto es que la indicación de la antijuridicidad en los delitos de peligro presunto que tienen que ver con el tráfico de estupefacientes, está atravesado por la distinción de si estamos en presencia de un consumidor o no, por el imperio del artículo 1 del Acto Legislativo 02, que en lo pertinente consagra lo siguiente:

ARTÍCULO 1o. El artículo 49 de la Constitución Política quedará así:

...

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 de la Sala).

Con independencia de la resolución de los aspectos polémicos que han surgido en el ambiente académico y judicial con esta reforma constitucional, esto es, si la vocación normativa de las disposiciones constitucionales y su jerarquía impiden examinar el presente asunto sin considerar la modificación constitucional que empezó a regir desde el 21

de diciembre de 2009, lo que impondría que tanto la valoración de la antijuridicidad como la tipicidad de la infracción al ordenamiento penal por la que se procede, diseñada bajo un esquema constitucional diferente, pudiera y debiera ser evaluada acorde con la nueva orientación de las normas superiores, lo cierto es que la demora del legislador en reglamentar dicha modificación constitucional constituye una omisión que no puede derivar, dentro de las perspectivas que abre el constitucionalismo moderno, en detrimento de los asociados.

Con todo, no puede ignorarse que la reforma constitucional señalada le impuso al legislador la obligación de establecer “medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias” informado por fines preventivos y rehabilitadores, lo cual, en sentido contrario, puede ser interpretado como que la política criminal señalada con el imperio y fijeza de la Constitución, inhibe al Estado de la persecución penal al consumidor. Esto último encaja adecuadamente con la motivación del acto legislativo en la que claramente se establece que no se pretende penalizar al consumidor, tan solo prohibir la dosis personal. El carácter prevalente del texto constitucional y su supremacía, conjuntamente con el principio de mínima intervención del derecho penal y de última ratio, permiten concluir que la ausencia de regulación legal no es óbice para que el intérprete de las normas represivas penales entienda que se encuentra implícito en éstas que ahora apenas pueden referirse al no consumidor o a quien detente el estupefaciente por causa distinta a la de su consumo; o cuando menos, debe concederse que la omisión legislativa obliga a que el juez así lo considere, mientras no haya una regulación distinta compatible con el texto constitucional.

Ante la ausencia de precisiones legales, bien puede entenderse también que el constituyente consagró el principio de impunidad del consumidor, del cual se habló en la sentencia de la Sala penal de la

Corte Suprema de justicia, proferida en el proceso radicado bajo el número 31.531 de julio 8 de 2009, con ponencia del Dr. Yesid Ramirez Bastidas, remitiendo al siguiente concepto doctrinario:

El principio de impunidad del consumidor implica defender la no incriminación de todas las conductas relacionadas con la droga, no sólo la tenencia o posesión, que tengan como exclusivo objeto el autoconsumo de la misma por el agente. (...) La impunidad no alcanza sólo al toxicómano o adicto a la droga, que v.gr., cultiva o posea droga para su consumo, sino también al consumidor ocasional, es decir, al que no presenta dependencia ni física ni psíquica y consume esporádicamente droga. La no exigibilidad de responsabilidad criminal en estos casos deriva de la falta de tipicidad del consumo, como acto final o fin objetivo en sí mismo considerado. JAVIER IGNACIO PRIETO RODRÍGUEZ, *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*, Barcelona, Editorial Bosch, 1986, página 221.

Entonces, bajo el nuevo marco normativo cabe replantearse no solo conceptos como la dosis de aprovisionamiento, sino también el alcance y fuerza de la presunción propia de este tipo de delitos para fijar la antijuridicidad penal en estas infracciones, pues de hecho, el constituyente no percibe que el peligro que se genera para la salud del consumidor por su propia actuación obligue a la intervención penal, naturalmente que en tanto se porte el estupefaciente para ese fin y en cantidad que no obliguen a descartar ese propósito.

Ahora bien, como quiera que según la información legalmente obtenida, la cantidad de estupefacientes portada excedía la dosis mínima en 25,5 gramos, y como quiera que no hay noticia que la marihuana estuviese destinada para la venta, siendo del caso entender que lo era para el consumo —por fuerza de la presunción de inocencia que, ante la ausencia de acreditación o cualquier otra noticia que la empañe, impone la hipótesis más benigna para el procesado— juzga esta Sala que la agresión a los bienes jurídicos que se tutelan con la prohibición no resultan de significación, naturalmente que en relación, o de cara, con las abundantes cantidades propias del narcotráfico. En

estas circunstancias se hace inútil o innecesaria la intervención estatal a través del derecho penal.

Aunque bien es cierto que al procesado no se le persigue por consumidor sino por portar estupefaciente en cantidad superior a la dosis personal, también lo es que así puede considerársele y que la pequeña cantidad que tenía en su poder no puede estimarse ajena a dicha calidad, pues no es notorio el exceso de lo que llevaba consigo de lo que se entiende que es su dosis personal lícita.

En efecto, a juicio de la Sala la cantidad de estupefaciente no es significativa mirado que se trata de un joven de apenas 29 años de edad que revela adicción, tiene como oficio alistador de carros que es diferente al de expendedor y el hecho que tuviera marihuana empacada en una bolsa no permite colegir el fin del expendio, además de que las circunstancias de la aprehensión no indican siquiera esa situación. Por el contrario, el que se tuviere el estupefaciente en una sola porción y en su estado natural, esto es, sin estar distribuida en cigarrillos o papeletas, es indicativo de que el procesado no es expendedor.

Pese a que la sentencia citada de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene una visión restringida de la dosis de aprovisionamiento, el nuevo contexto normativo que instaura el acto legislativo No. 2 de 2009 y el principio de impunidad del consumidor permite reevaluar esa postura para definirla en términos de razonabilidad de la cantidad destinada al consumo y no la mera dosis personal o su mínima superación, referente que ha sido cambiado por el de la dosis terapéutica.

Dada la singularidad y falta de referencia a más fuentes de información, pese a los antecedentes penales del acusado demostrados con anotaciones y una sentencia en la que tampoco se indica siquiera el tráfico de estupefacientes, tenemos que concluir que surge razonable

entender que no se podrá desvirtuar que se trata de un consumidor. Por eso, y en razón de la escasa significación de la conducta en relación directa con la magnitud propia del narcotráfico, resulta procedente inhibirse de intervenir penalmente en la represión de la conducta.

En conclusión, como era del caso que se rechazara la aceptación de cargos, por no constar la lesividad de la infracción, la que no es demostrable con la mera aceptación de los cargos, debería invalidarse la actuación de modo que se dejara sin efecto la sentencia de primera instancia, retrotrayendo la actuación al momento de definir la aceptación de los cargos tal como en otras ocasiones hizo la Sala y disponiendo el rechazo o inadmisión del allanamiento; sin embargo, el Tribunal optará por dar aplicación a la regla que ha venido empleando la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de proceder a la absolución en estos tipos de casos, al respecto en sentencia del 8 de julio de 2009 la alta Corporación expresó lo siguiente³:

En esa mirada valorativa es como se entiende que en los eventos de *llevar consigo* dosis personal o de aprovisionamiento de sustancias estupefacientes, se trata de *comportamientos intraneus* en un todo individuales que no afectan la ajenidad singular o colectiva de una comunidad concreta, y no se puede pregonar entonces antijuridicidad material pues, por exclusión de efectos, la ausencia de lesividad social resalta, amén que pueden converger figuras de exoneración de responsabilidad delictiva como la *atipicidad* (PRIETO RODRÍGUEZ), *estado de necesidad* (ANTONIO BERISTAIN), *causal de inculpabilidad*, ya como trastorno mental que implica inimputabilidad o como no exigibilidad de otra conducta por el acoso de la dependencia (BACIGALUPO), y por ende, no se torna jurídico imponer una pena sino, por el contrario, absolver, como aquí se debe proceder.

En fin: si en ejercicio de sus personales e íntimos derechos, el acusado JARAMILLO QUINTERO no afectó los ajenos, no produjo daño ni peligro de menoscabo al bien jurídico de la salud pública, es dable concluir que el comportamiento imputado no va en contravía del artículo 11 de la Ley 599 de 2000 y, en consecuencia, no puede ser objeto de ninguna sanción porque al no presentarse la categoría jurídica de la antijuridicidad, es imposible predicar la configuración de conducta punible.

³ .Sentencia del 8 de julio de 2009, Rd. 31531, M. P. Dr. Yesid Ramírez Bastidas

Desde la perspectiva de la prevalencia del derecho sustancial, como para el caso se evidencia el desacierto de la sentencia con la que se condenó al aquí procesado por un comportamiento que no constituye delito, esta circunstancia objeto de control constitucional y legal impone como remedio para restablecer sus garantías fundamentales y hacer efectivo el derecho material en la presente actuación, casar de oficio el fallo objeto de impugnación y absolverlo del cargo por el cual se lo acusó.

Otra consecuencia de lo decidido es que se deberá dejar sin efectos la orden de captura inmediata emitida por la jueza de primera instancia pues la restricción de la libertad deriva de la sentencia condenatoria que se revoca.

Por último, dado que el trato benévolo otorgado al acusado se fundamenta en su condición de consumidor de estupefacientes, se oficiará a la Alcaldía de Medellín para que, contando con el consentimiento del señor *Augusto Alexander López Sanabria*, sea objeto de los programas de rehabilitación o prevención de adicciones y de las ayudas psicológicas que requiera para abandonar el consumo de estupefacientes, si es éste su deseo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: Revocar la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Medellín y en su lugar absolver al Sr. *Augusto Alexander López Sanabria* de la acusación que por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes le hiciera la Fiscalía.

Segundo: Dejar sin efectos la orden de captura emitida por el juzgado de primera instancia, en consecuencia, procédase a su cancelación inmediata.

Tercero: Ofíciase a la Alcaldía de Medellín, acorde a lo dicho en la parte motiva.

Cuarto: Contra esta providencia, la que queda notificada en estrado, procede el recurso de casación el que, conforme con el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010, se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes, luego de lo cual se deberá presentar la respectiva demanda ante este Tribunal dentro del término común de treinta (30) días.

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO

MARITZA DEL SOCORRO ORTIZ CASTRO
MAGISTRADA