RELEVANTE	
SALA DE CASACIÓN PENAL	
M. PONENTE	: EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
NÚMERO DE PROCESO	: 41760
NÚMERO DE PROVIDENCIA	: SP2940-2016
CLASE DE ACTUACIÓN	: CASACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA
FECHA	: 09/03/2016
DELITOS	: Trafico, fabricación, o porte de estupefacientes
FUENTE FORMAL	: •Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Viena, 20 de diciembre de 1988 art. 3-1 / Convención Única sobre Estupefacientes de la ONU de 1961 / Protocolo de 1972 adicional a la Convención Única sobre Estupefacientes de la ONU de 1961 art. 39 Y 38 / Convenio sobre sustancias sicotropicas de la ONU de 1971 art. 20 Y 22 / Constitución Política de Colombia de 1991 art. 49 / Ley 30 de 1986 art. 2 Y 51 / Ley 67 de 1993 / Ley 228 de 1995 / Ley 365 de 1997 art. 17 / Ley 599 de 2000 art. 376 / Ley 745 de 2002 / Ley 906 de 2004 / Ley 1153 de 2007 / Ley 1453 de 2011 / Ley 1566 de 2012 / Acto Legislativo 02 de 2009

TEMA: CASACIÓN - Principio de prioridad: cargos que pretendan la absolución prevalecen frente a la nulidad

«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».

TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Tendencia hacia la despenalización del porte y consumo de dosis personal de sustancias estupefacientes / **TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Porte de cantidades ligeramente superiores a la dosis personal / **TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Dosis personal: evolución jurisprudencial / **TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Dosis personal: evolución legislativa

«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 AP para suplir su necesidad de consumo, particularidades que eliminarían el juicio de antijuridicidad material, se hace necesario rememorar antecedentes legislativos y jurisprudenciales del delito en comento.

El ilícito de tráfico fabricación o porte de estupefacientes fue definido inicialmente en el artículo 33 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 2º 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.

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 inexequible el artículo 51 de la Ley 30 de 1986 al reivindicar el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

[…]

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.

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.

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 inexequibilidad 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.

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 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 inexequible 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.

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".

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. 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.

[…]

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.

[…]

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:

[…]

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".

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.

[…]

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"».

TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - La farmacodependencia no puede tratarse como delito: proceden tratamientos pedagógicos, profilácticos o terapéuticos /**TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Dosis personal: ausencia de antijuridicidad de la conducta / **TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, antijuridicidad, delito de peligro abstracto (presunción de hecho)

«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.

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".

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».

TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Elementos: verbos rectores, llevar consigo para el consumo, es conducta atípica / **TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Dosis personal: consumidor, soporte probatorio / **TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Dosis personal: consumidor, la dosis se determinará en cada caso concreto (puede ser superior a la legalmente establecida, siempre que sea necesaria para el consumo del sujeto)

«Para solucionar el presente asunto en el que YAAP, 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), y 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 su proceder es de competencia de las autoridades administrativas de la salud en el orden nacional, departamental o municipal.

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

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

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

Y aunque el Acto Legislativo y decisiones constitucionales que lo analizaron no cuantificaron lo que podía corresponder a la dosis despenalizada, deviene diáfano que la misma no puede ser ilimitada, de ahí que un criterio razonable a fin de establecer la dosis autorizada es el de la necesidad de la persona, monto que

resulta compatible con la política criminal de cariz preventivo y rehabilitador, acorde con la protección de la salud de la persona.

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

Por tanto, la dosis personal que genera atipicidad de la conducta por la circunstancia de cantidad no es solamente la que determina el literal j) del artículo 2 de la Ley 30 de 1986, como hasta ahora se ha venido entendiendo por la jurisprudencia, sino también la que se demuestre en el proceso en un monto superior a esa regulación pero siempre que sea necesaria para el consumo del sujeto que está siendo procesado dada su situación personal en el caso concreto, pues la presunción establecida por el legislador acerca de lo que se debe entender por dosis personal es legal y admite demostración en contrario.

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

En 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 YAAP 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 EOSN y FAP, amigo y 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 incriminado, 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 AP 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».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:
Rad: C-176 | Fecha: 12/04/1994 | Tema: TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Dosis personal: evolución jurisprudencial
Rad: C-221 | Tema: TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Dosis personal: evolución jurisprudencial
Rad: C-686 | Fecha: 08/02/2002 | Tema: TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Dosis personal: evolución jurisprudencial
Rad: C-101 | Fecha: 10/02/2004 | Tema: TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Dosis personal: evolución jurisprudencial
Rad: C-879 | Fecha: 10/09/2008 | Tema: TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Dosis personal: evolución jurisprudencial
Rad: C-574 | Fecha: 12/01/2011 | Tema: TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Dosis personal: evolución jurisprudencial
Rad: C-491 | Fecha: 28/06/2012 | Tema: TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Dosis personal: evolución jurisprudencial
Rad: 33409 | Fecha: 03/09/2014 | Tema: TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Dosis personal: ausencia de antijuridicidad de la conducta
Rad: 42617 | Fecha: 12/11/2014 | Tema: TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Dosis personal: ausencia de antijuridicidad de la conducta

SALVAMENTO / ACLARACIÓN / ADICIÓN DE VOTO:
ACLARACIÓN DE VOTO: EYDER PATIÑO CABRERA

TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Dosis personal: consumidor, la dosis se determinará en cada caso concreto (puede ser superior a la legalmente establecida, siempre que sea necesaria para el consumo del sujeto)

«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».