

Proceso No 29183

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

Dr. **JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ**

Aprobado acta número 333

Quibdó, dieciocho de noviembre de dos mil ocho.

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación presentado por la defensora del procesado **OSCAR YESID JIMÉNEZ ARENAS**, contra la sentencia dictada el 12 de octubre de 2007 por el Tribunal Superior de Bogotá, con la cual confirmó la pena que le impuso el Juzgado 7ª Penal del Circuito de conocimiento el 24 de julio del mismo año, de 70 meses de

prisión y multa de 8 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por haberlo hallado responsable del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes.

HECHOS

Los declaró de la siguiente forma el Tribunal en el fallo recurrido:

“La génesis de la actuación tiene su ocurrencia para el 29 de marzo de 2006, hacia las 18:00 horas, cuando agentes del orden realizaban un patrullaje por el sector de la carrera 70 B frente al No. 35-07, procedieron a practicar una requisa a Oscar Yesid Jiménez Arenas, hallándole en el bolso que portaba en la espalda una bolsa transparente contentiva de 12 bolsas pequeñas de sustancia vegetal, la cual al ser sometida a estudio arrojó positivo para la marihuana con un peso neto de veintinueve punto nueve gramos (29.9 gramos).”

ANTECEDENTES

1. El 30 de marzo de 2006 se llevaron a cabo en el Juzgado 41 Penal Municipal con funciones de control de garantías, las

audiencias de legalización de la captura y formulación de la imputación.

La Fiscalía,^{1[1]} coadyuvada por el Agente del Ministerio Público, en atención a que en la actuación se demostraba el arraigo del imputado en la comunidad, la ausencia de antecedentes y que *‘quizás por ingenuidad sobrepasó el límite de dosis personal’*, solicitó la libertad provisional la cual fue concedida por el juez de control de garantías al advertir, además, que la conducta surgía intrascendente desde la perspectiva de la antijuridicidad material.

2. El 12 de septiembre de ese mismo año, ante el Juzgado 7º Penal del Circuito de conocimiento, la Fiscalía presentó escrito de acusación en contra del señor **Jiménez Arenas** por el delito de tráfico fabricación y porte de estupefacientes. Se adelantó la audiencia preparatoria y el trámite del juicio oral, el cual concluyó con la condena de 70 meses de prisión y multa de 8 salarios mínimos mensuales legales que se impuso al acusado.

3. La defensa interpuso recurso de apelación en contra de esta decisión y el Tribunal Superior de Bogotá la confirmó con la sentencia del 12 de octubre de 2007, objeto del recurso de casación que la Corte resuelve en esta oportunidad.

DEMANDA DE CASACIÓN

Cuatro cargos, todos al amparo de la causal primera de casación, por violación directa de la ley sustancial, presentó la demandante contra la sentencia impugnada.

Cargo primero: Indebida aplicación del artículo 376 del Código Penal y falta de aplicación del artículo 29-2 de la Constitución Política que establece el principio de legalidad basado en el derecho penal de acto.

La recurrente sostiene que la norma constitucional referida implica que no se puede caracterizar el delito como modo de ser de la persona. Al contrario, las normas penales se dirigen a la conducta social del hombre en función de la protección efectiva de bienes jurídicos y no en función de lo que se es, como sucede en el derecho penal de autor.

Desde esta perspectiva, señala, la sentencia del Tribunal viola “... el principio constitucional de acto, en cuanto que el acusado OSCAR YESID JIMÉNEZ ARENAS fue condenado por el hecho de llevar consigo sustancia estupefaciente tipo marihuana para su consumo personal, debido a su situación de dependencia o de adicción, como así se demostró en la audiencia de juicio oral...”

Según sostiene, los juzgadores de instancia reconocieron la condición de adicto del procesado. Sin embargo, se apartaron de la caracterización del delito, dándole un alcance que no tiene, al señalar que su situación de adicto no lo exoneraba de la responsabilidad penal, debido a que la sustancia incautada excedió en 9 gramos los límites permitidos.

De esa manera, agrega, resulta equivocada la imputación del delito previsto en el artículo 376 del Código Penal y la declaración de responsabilidad del acusado que efectúa el Tribunal al señalar que la tenencia de la sustancia "... de por sí representa una amenaza concreta para la salud pública, no solo porque se excede el máximo permitido para el consumo personal y ello ya de por sí genera un daño a la salud, sino también porque puede utilizarse para comercializarse o distribuirse de cualquier manera, acto con el que se pone en riesgo a la comunidad."

Propende, entonces, por el respeto del derecho penal de acto, el cual supone la adopción del principio de culpabilidad y la existencia material de un resultado lesivo a otros (antijuridicidad material), perspectiva desde la cual resulta pertinente examinar si se ofrece necesario un juicio de reproche al consumidor de sustancias ilícitas, que adquiere para su consumo una dosis ligeramente superior a la permitida, cuando su conducta obedece a un asunto propio, de libre albedrío.

Si bien el delito previsto en el artículo 376 del Código Penal se considera de peligro, agrega, el artículo 11 de ese estatuto establece el principio de lesividad, según el cual para que una conducta sea punible se requiere que lesione o *ponga efectivamente en peligro* el bien jurídico tutelado por la ley. Al acusado no se le atribuyó la condición de traficante (*expendedor, distribuidor, etc.*), sino de consumidor, pues el alucinógeno lo adquirió para su uso personal.

En este orden de ideas, precisa, razonablemente no puede aceptarse que 9,9 gramos por encima de la dosis personal para marihuana (*20 gr. art. 2-j L. 30/86*), corresponda a un exceso intolerable que autorice la intervención del sistema penal, pues se trata de una cantidad sin incidencia para el bien jurídico protegido con el tipo de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes.

En síntesis, afirma que si el Tribunal hubiere aplicado los principios constitucionales enunciados, el resultado del proceso hubiere sido diferente, *nunca de reproche jurídico ante la atipicidad subjetiva de la conducta*, que llamaba a declarar su inocencia frente al tipo penal imputado. Por esta razón, solicita de la Corte casar la sentencia de manera que en el fallo de reemplazo correspondiente, absuelva al procesado y se alcance la efectividad del derecho material.

Cargo segundo: Por la misma vía (*violación directa*) la recurrente alega la exclusión o falta de aplicación del *principio pro hómine* o cláusula de favorabilidad, porque el Tribunal fundamentó el fallo en una jurisprudencia restrictiva a los derechos del acusado, omitiendo aquella que lo favorecía y que, por supuesto, estaba llamada a regular el caso.

En demostración del cargo afirma que el Tribunal, en las consideraciones del fallo tuvo en cuenta dos decisiones de la Corte, las sentencias de casación del 26 de abril de 2006 (Rad. 24612) y del 8 de agosto de 2005 (Rad. 18609), en las cuales, afirma, se examinó la situación del adicto que es sorprendido llevando consigo una cantidad de estupefacientes superior a la legalmente autorizada. No obstante, agrega, la segunda providencia es más restrictiva a los derechos fundamentales de las personas.

Según sostiene, en el fallo del 26 de abril de 2006 se ponderó la categoría de tipo de peligro abstracto del artículo 376 del Código Penal, correspondiente al delito de fabricación, tráfico y porte de estupefacientes sin importar que el bien jurídico protegido resulte materialmente afectado. Por consiguiente, la adicción no es causal eximente de responsabilidad.

Contrario sensu, continúa, la providencia del 8 de agosto de 2005 destaca la trascendencia del concepto de lesividad en el derecho penal, en la medida que la sanción de la conducta obedece no solo al desvalor de acción sino también al desvalor de resultado, en donde se concreta la denominada antijuridicidad material prevista en el artículo 11 del Código Penal.

Según sostiene, el Tribunal aplicó la providencia inicialmente relacionada, con detrimento de la cláusula de favorabilidad aludida, por lo que procede casar el fallo atacado, de manera que se unifique la jurisprudencia entorno a la problemática de los adictos sorprendidos con cantidades superiores a la dosis personal, porque la diversidad de criterios apareja desconfianza, ausencia de credibilidad en las instituciones del Estado y da cabida a la arbitrariedad judicial.

Cargo Tercero: Falta de aplicación del artículo 32-10 del Código Penal, que establece la causal de ausencia de responsabilidad penal por error sobre el tipo.

Sostiene la demandante que el Tribunal erró al omitir la aplicación de la norma referida, pues 'sin contar con elementos probatorios, consideró que la conducta del acusado era dolosa porque, como adicto, con el simple tacto de la sustancia, debió

saber que la cantidad de marihuana adquirida era superior a la dosis personal’.

Según afirma, en el proceso se demostró que el acusado fue sorprendido con 29,9 gramos de marihuana y, además, que **Jiménez Arenas** tiene la condición de consumidor de esa sustancia. Objetivamente, entonces, se verifica el delito de porte de estupefacientes, pero la Fiscalía no demostró que el acusado hubiere obrado con pleno conocimiento de la tipicidad de la conducta.

Con la finalidad de que se logre en este caso la efectividad del derecho material, la demandante solicita que se case la sentencia y se profiera la absolutoria de reemplazo.

Cargo Cuarto: Falta de aplicación de los artículos 3° y 4° del Código Penal, que conlleva a la indebida aplicación del tipo penal del artículo 376 Ib.

Según la demandante, las consideraciones del Tribunal relacionadas con el carácter punible de la conducta atribuida al procesado, confrontadas con los principios que orientan la imposición de las sanciones penales, conducen a concluir que se le impone por su condición de adicto y no porque hubiere obrado en forma contraria a derecho, de manera voluntaria y

libre, o por haber lesionado o puesto efectivamente en peligro el bien jurídico de la salud pública.

Este modo de razonar, señala, desconocen los valores y principios del Estado social de derecho y, además, va en contravía de importantes avances de la dogmática penal como los principio de insignificancia, de limitación del ius puniendi, de necesidad de imposición de la pena y el principio de utilidad de la sanción.

En razón de lo anterior, concluye, la pena de prisión que se impuso al procesado, además de ilegal por ausencia de los elementos estructurantes del delito, desconoce los principios de necesidad, proporcionalidad y racionalidad de las sanciones penales; carece de utilidad práctica para el problema de adicción que padece y se exhibe como una retaliación frente a los consumidores de droga, lo cual no satisface a la conciencia social.

Como en los reproches anteriores, solicita que se case la sentencia y se profiera la absolutoria de reemplazo.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

La defensora del procesado llama la atención de la Sala en relación con el cargo segundo de la demanda, para insistir que el sentenciado no es un traficante de sustancias ilegales sino un simple consumidor que traspasó en 9 gramos la dosis personal de marihuana, circunstancia que desdibuja la antijuridicidad material de su conducta.

La **Fiscal Cuarta Delegada ante la Corte**, como sujeto procesal no recurrente, manifiesta que la demanda presenta cargos contradictorios y carentes de fundamentación, razón por la cual deben ser desestimados

En términos generales, considera que la sentencia recurrida no desconoce el derecho penal de autor, ni el principio pro hómine y como los cargos de la demanda carecen de respaldo frente a la evaluación probatoria del Tribunal, la sentencia debe mantenerse, siendo esta la petición que eleva a la Corte.

Similar solicitud presenta el **Procurador Cuarto para la Casación Penal**, quien en relación con los cargos de la demanda manifiesta lo siguiente.

Frente al cargo primero, relacionado con el desconocimiento del principio de derecho penal de acto, advierte que el Tribunal estableció la materialidad de la conducta y la responsabilidad del acusado, a través de los medios de convicción incorporados

a la actuación. Esto significa que el juicio de responsabilidad no corresponde a los fundamentos del derecho penal de autor, ni propende por una forma de responsabilidad objetiva, de manera que el cargo no está llamado a prosperar.

En relación con el segundo reproche, alusivo al supuesto desconocimiento del principio pro hómine, considera que el cargo no corresponde a este postulado pues lo que denuncia la actora no revela un evento de tensión entre normas que regulan derechos fundamentales, sino el supuesto conflicto entre dos decisiones judiciales, tema relacionado con los criterios de interpretación jurisprudencial que no constituye causal de casación.

Frente al cargo tercero, con el que se denuncia la falta de aplicación del artículo 32-10 del Código Penal, manifiesta que el modelo de procedimiento penal previsto en la Ley 906 de 2004, está cimentado en principios y garantías fundamentales como los de no autoincriminación y el derecho a guardar silencio. Sin embargo, agrega, cuando se pretende el reconocimiento de causales subjetivas eximentes de responsabilidad, resulta indispensable que el procesado renuncie a las garantías aludidas, porque sin su versión resulta imposible demostrarlas.

El error de tipo que expone la demandante, agrega, no lo establece el Tribunal en el fallo censurado desde el punto de

vista fáctico o jurídico, circunstancia que impide adelantar un análisis sobre el particular, menos cuando en la actuación no se cuenta con pruebas o elementos materiales probatorios relacionados con dicho tema. Se trata tan solo de una hipótesis expuesta por la recurrente, de manera que este cargo tampoco tiene vocación de prosperar.

Y, en relación con el cargo cuarto, considera que la demandante no concreta un reproche que pueda afectar la legalidad de la sentencia. Si bien menciona diferentes principios rectores del derecho penal (*legalidad de los delitos y de las penas, antijuridicidad*), el ataque no toma en cuenta la sanción finalmente impuesta al procesado y tampoco expone en qué medida el juzgador quebrantó los principios enunciados.

Frente a la imprecisiones de la demanda y porque no se advierte vulneración a los derechos fundamentales del procesado con la imposición y la dosificación de la pena, solicita desestimar también este cargo y que no se case la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala no se detendrá en los defectos de la demanda a los que aluden los representantes de la Fiscalía General de la Nación y

del Ministerio Público, porque una vez admitida el censor adquiere el derecho a que se le responda de fondo sobre los cuestionamientos que presenta en contra de la sentencia de segunda instancia.

Cuando la Corte declara ajustado el libelo no debe volver sobre un tema ya superado en el trámite de la casación, pues justamente para realizar ese examen el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal (213 L. 600/00) estableció la calificación de la demanda.^{2[2]}

La citada norma de la Ley 906 de 2004, determina los eventos en los cuales no se selecciona a trámite una demanda de casación (*si el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos, o cuando se advierta de su contexto que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso*). Sin embargo, también impone a la Corte el deber de superar los defectos del libelo y decidir el fondo del asunto, teniendo en cuenta los fines de la casación, la fundamentación de los mismos, la posición del impugnante dentro del proceso o la índole de la controversia planteada.

De esa manera, como en oportunidad se dio aplicación a esta norma, los defectos de la demanda se entienden superados,

razón por la cual la Corte procede a responder los reproches en ella contenidos.

Como las censuras se fundamentan en la violación directa de la ley sustancial y el recurrente no estableció prioridad alguna en las postulaciones, la Corte las examinará en el siguiente orden.

1. Cargo segundo. A través de la violación directa de la ley, la demandante alega la *exclusión o falta de aplicación del principio pro hómine*, porque el Tribunal sustentó la decisión en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia que considera restrictiva de los derechos del acusado, con desconocimiento de otra de alcance favorable que, en su criterio, estaba llamada a regular el caso.

En respuesta a este cargo, bastará con precisar acogiendo la opinión del Agente del Ministerio Público, que la cláusula de favorabilidad a la que alude la recurrente, cobra aplicabilidad en el caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan los derechos humanos, evento en el cual el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos.^{3[3]}

El principio pro homine es un instrumento fundamental para la correcta interpretación de las disposiciones relacionadas con los

derechos humanos. La referencia que se hace a esta cláusula, atiende a la existencia de normas que regulan derechos de esa naturaleza de manera que, en caso de conflicto entre diversas disposiciones, debe aplicarse la que se advierta más favorable a la persona.

En la censura, la recurrente no alude a normas del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal que hubieren resultado afectadas con la sentencia proferida por el Tribunal, sino al desconocimiento de la cláusula aludida en relación con decisiones judiciales, pues, sostiene, si uno de los postulados fundamentales de interpretación de los derechos humanos es el de la favorabilidad, entonces, *‘el intérprete debe escoger no solo la norma más favorable a la vigencia de los derechos humanos, sino también la jurisprudencia que resulte más benéfica en los casos que involucren derechos humanos’*.

De esa manera, asiste razón a los sujetos procesales no recurrentes cuando afirman que el cargo propuesto por la demandante no demuestra la causal sobre la cual se estructura, en la medida que omite preciar la norma de derecho sustancial prevista en el Bloque de Constitucionalidad, en la Constitución o en la ley, que hubiere sido omitida, interpretada en forma errada o aplicada indebidamente por el sentenciador en este asunto.

El artículo 181-1 del Código de Procedimiento Penal, como lo señaló con precisión el Agente del Ministerio Público, no contempla la posibilidad de denunciar en sede de casación vicisitudes de análisis jurisprudencial, su finalidad es permitir el examen de constitucionalidad y legalidad de las sentencias de segunda instancia, en virtud del yerro en que pudo incurrir el sentenciador al aplicar la normatividad llamada a regular el caso concreto, bien por falta de aplicación o exclusión evidente, aplicación indebida, o interpretación errónea de la ley sustancial.

De acuerdo con lo anterior, como la recurrente no demuestra que el Tribunal, a través de alguno de los yerros indicados, hubiere violado en forma directa disposiciones de derecho sustancial, el cargo no está llamado a prosperar.

2. Cargo tercero de la demanda. Falta de aplicación del artículo 32-10 del Código Penal, relacionado con la ausencia de responsabilidad por error de tipo.

Según la demandante, en el proceso se demostró que el acusado fue sorprendido con 29,9 gramos de marihuana y que tiene la condición de consumidor de esa sustancia, pero no se demostró que hubiere obrado con conocimiento de la tipicidad de la conducta, pues no tenía forma de corroborar que la cantidad adquirida excedía los 20 gramos de la dosis personal.

Cuando se invoca la violación directa de la ley como causal de casación, la actividad del censor, a quien no le es dado cuestionar la valoración de las pruebas realizada por el sentenciador ni discutir la declaración de los hechos consignada en el fallo, debe orientarse exclusivamente a demostrar la equivocación en que incurrió el Tribunal al aplicar la normatividad al caso concreto.

Se trata, según tiene dicho la Corte, de un estudio estrictamente jurídico, pues cualquiera que sea la modalidad de violación directa de la ley, el yerro de los juzgadores recae indefectiblemente en forma inmediata sobre la normatividad, todo lo cual implica un cuestionamiento en un punto de derecho, sea porque se deja de lado el precepto regulador de la situación concreta demostrada, porque el hecho se adecua a un precepto estructurado con supuestos distintos a los establecidos, o porque se desborda la intelección propia de la disposición aplicable al caso concreto.

La demandante no desarrolla el reproche conforme a los presupuestos consignados, tan solo afirma que no se aplicó el artículo 32-10 del Código Penal. Sin embargo, en el desarrollo del cargo ni siquiera indica qué dice en concreto la norma, cómo regula la materia en debate, qué interpretación le dio el Tribunal, de qué manera se equivocó al fijar su alcance, cómo afecta el

caso, y cuál sería la recta inteligencia que a ella corresponde. Es decir, la propuesta no va más allá del enunciado, pues en forma alguna se propende por su desarrollo y demostración, según era de esperarse.

Por el contrario, la postulación divaga en las apreciaciones personales de la recurrente, quien considera que el Tribunal debió reconocer una causal eximente de responsabilidad que, como con acierto señaló el Procurador, sólo en la demanda de casación tiene existencia, de manera que la postulación aparece del todo inconexa con los hechos demostrados en el juicio y con la valoración probatoria realizada en la sentencia.

Desde esta perspectiva, por sustracción de materia, resulta imposible predicar el error que la recurrente atribuye a la sentencia demandada y, en consecuencia, el cargo no prospera.

3. Cargo cuarto. Violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación de los artículos 3 y 4 del Código Penal.

Las normas supuestamente omitidas hacen alusión a los principios de las sanciones penales (necesidad, proporcionalidad, razonabilidad), y a las funciones de la pena (prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado).

De acuerdo con los términos del reproche, la condena que el Tribunal impuso al acusado en el fallo recurrido resultaba procedente. Sin embargo, la pena se fijó sin consideración a los principios y a las funciones que regulan la sanción penal, previstos en las normas supuestamente omitidas.

Es decir, la recurrente circunscribe el reproche a señalar que las consideraciones que permitieron al Tribunal declarar la responsabilidad del acusado, desconocen valores y principios de orden constitucional relacionados con la pena, la cual resulta ilegal en esta asunto porque se impuso a pesar de que no concurren los elementos estructurantes del delito, de manera que el fallo desconoce los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de las sanciones penales.

Pero, conforme puntualizó el Procurador Delegado, estos argumentos no desarrollan el cargo propuesto, porque la demandante no demuestra que en la dosificación de la pena (*tema en el que adquieren relevancia las disposiciones que supuestamente dejaron de aplicarse*), el Tribunal hubiere omitido la aplicación de los principios y de las funciones que señala la ley para regular las sanciones penales.

Sin hacer referencia alguna a la pena impuesta, a los criterios o a las reglas que el sentenciador tuvo en cuenta para fijarla, alega que la sentencia viola en forma inmediata las normas

referidas, desconociendo que sólo a partir de las consideraciones efectuadas en la sentencia sobre esos tópicos, resultaba posible acreditar el yerro que denuncia por falta de aplicación o exclusión evidente de los artículos 3 y 4 del Código Penal.

El texto de la sentencia informa que en el proceso de individualización de la pena, el juzgador tuvo en cuenta, además de los límites punitivos establecidos en la ley para la infracción, aspectos que en su criterio revelaban la gravedad de la conducta, el daño generado, las casuales que agravaban o atenuaban la punibilidad, la intensidad del dolo *y la función que la pena debía cumplir en el caso concreto*, lo cual pone en evidencia que el yerro denunciado no tiene existencia o por lo menos carece de demostración, en la medida que la recurrente dejó de examinar las consideraciones que tuvo en cuenta el Tribunal al momento de determinar e individualizar la pena, para acreditar a partir de ese análisis, por qué razón resultaron desconocidas las normas que proclama.

En estas condiciones, el cargo no está llamado a prosperar, sin perjuicio de las consideraciones y determinaciones que se adoptarán en relación con la siguiente censura.

4. Cargo primero. Indebida aplicación del artículo 376 del Código Penal y falta de aplicación del artículo 29-2 de la Constitución Política.

En términos generales la demandante sostiene que el error del Tribunal estriba en considerar punible la conducta del acusado, a pesar de que se estableció su condición de adicto a la marihuana y que excedió únicamente en 9 gramos la dosis personal. Es cierto, acota, que el delito que se le atribuye está catalogado como de peligro. No obstante, el artículo 11 del Código Penal establece el principio de lesividad, en virtud del cual son objeto de sanción únicamente los comportamientos que lesionan o ponen efectivamente en peligro el bien jurídico tutelado por la ley.

En torno a este tema se tiene establecido que la antijuridicidad, como elemento estructurante del delito, debe ser entendida en sentido material y no solo desde su perspectiva formal, es decir, como la mera disconformidad de la conducta con el ordenamiento legal.

“Esto significa que el derecho penal no existe para sancionar exclusivamente con base en la confrontación que se haga de la acción humana con la norma, sino, más allá, para punir cuando de manera efectiva e injustificada se afecta o somete a peligro un bien jurídicamente tutelado.

Así lo ha expuesto la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo en la sentencia de casación del 21 de abril del 2004 (radicado 19.930), en la cual afirmó:

Como ha enseñado la Sala^{4[4]}, para que un comportamiento típico pueda considerarse base o fundamento del delito es indispensable que de modo efectivo lesione o al menos ponga en peligro un bien jurídico tutelado por la ley; con tal sentido el principio de lesividad, acuñado por la doctrina jurídico penal, aparece recogido en la legislación penal como uno de los elementos esenciales del delito (artículo 11 del código penal).”^{5[5]}

De lo anterior, como también lo ha dicho la Sala,

“se destaca entonces la trascendencia que tiene la noción de lesividad en el derecho penal, por la cual, como sistema de control lo hace diferente de los de carácter puramente ético o moral, en el sentido de señalar que, además del desvalor de la conducta, que por ello se torna en típica, concurre el desvalor del resultado, entendiendo por tal el impacto en el bien jurídico al exponerlo efectivamente en peligro de lesión o al efectivamente dañarlo, que en ello consiste la llamada antijuridicidad material contemplada en el artículo 11 del Código Penal.

Pero, además, se relaciona este principio con el de la llamada intervención mínima, conforme al cual el derecho penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del ordenamiento jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo, noción en la que se integran los postulados del carácter fragmentario del derecho penal, su consideración de última ratio y su naturaleza subsidiaria o accesorio, conforme a los cuales el derecho penal es respetuoso y garante de la libertad de los ciudadanos, por lo cual sólo ha de intervenir en casos de especial gravedad y relevancia, ante bienes jurídicos importantes y cuando, los demás medios de control resultan inútiles para prevenir o solucionar los conflictos, esto es, reclamando como necesaria la intervención del derecho penal”.^{6[6]}

Sobre estos postulados, la Corte ha establecido que ante la insignificancia de la agresión, o la levedad suma del resultado, *“es inútil o innecesaria la presencia de la actividad penal, como tal es el caso de los llamados delito de resultado de bagatela.”*^{7[7]}

En relación con el delito tráfico, fabricación y porte de estupefacientes (*art. 376 C.P.*), que si bien corresponde a los denominados de peligro abstracto en el sentido de que no exige la concreción de un daño al bien jurídico tutelado, sino que basta la eventualidad de que el interés resulte lesionado (*pues el tráfico de*

sustancias estupefacientes pone en peligro la salubridad pública,^{8[8]} en cuanto constituye la condición necesaria y específica para que los individuos y la comunidad las consuman); no puede perderse de vista 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... {y} 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.”^{9[9]}

Lo anterior si en cuenta se tiene que el bien jurídico constituye la única instancia legitimante del poder punitivo en el Estado social de derecho, en el cual, además, la jurisdicción penal tiene como función esencial la protección de tales intereses, de manera que el legislador no puede establecer como delitos conductas que no los afecten y, por su parte, los jueces tampoco están facultados para imponer sanciones si no se presentan como presupuestos legitimantes de la concreta actuación del poder punitivo estatal, el bien jurídico y la ofensa que en un evento determinado lo lesione o ponga en peligro.^{10[10]}

Por esa razón, el análisis de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, referidos a la posesión de pequeñas cantidades de estupefacientes (*o cualquier otra droga restringida: sicotrópica, alucinógena, sintética, etc.*), debe hacerse desde la perspectiva de la *dosis personal*, esto es, estableciendo si el agente tiene la sustancia para su propio consumo, o si la situación en que se encuentra involucra o insinúa el tráfico de drogas.

En este punto, precisamente, se afincó la diferencia que condujo a la Corte Constitucional a la despenalización de la dosis personal, porque debía distinguirse entre el porte, conservación o consumo de sustancias estupefacientes en la cantidad que correspondía a ese concepto, *y el narcotráfico como ejercicio ilícito alentado por el afán de lucro*, de manera que los efectos del fallo (C-221-94) no comprendía esta actividad.

La temática ya había sido abordada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a propósito de los decretos 1136 de 1970 y 1188 de 1974, al destacar que esas normas ubicaban al adicto en situación privilegiada, y que reservaban "... todo el peso de su merecido rigor sancionatorio y el profundo y franco reproche social, para el que negocia con plantas, drogas o sustancias productoras de dependencia síquica o física, cualquiera sea su forma, v. gr., cultivo, porte,

conservación, transporte, almacenamiento, suministro a terceros, elaboración, importación, exportación.”^{11[11]}

Además, en esa misma decisión precisó que,

“La locución ‘dosis personal’ de por sí fija un significado. No se trata de cantidades considerables sino de porciones mínimas, destinadas al uso propio, desechándose como extraña a esta figura el suministro a terceros, aunque sea gratuito, y, con mayor razón, su tráfico, esto es, su utilización económica.”

Desde esa época, ya la Corte advertía que el ordenamiento legal ve en esa persona a un enfermo, susceptible más bien de recibir un tratamiento médico que una pena, consideración que con mayor ahínco asume de cara a los principios y valores fundantes del Estado social de derecho establecido en la Constitución Política de 1991, en especial los relacionados con el respeto por la dignidad del ser humano, la igualdad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad.^{12[12]}

El concepto de dosis personal al que se ha hecho referencia, **deslindado por completo de conductas que evidencien tráfico, oneroso o gratuito de drogas**, emerge como parámetro de racionalización del poder punitivo del Estado cuando se trata

de examinar la conducta de los adictos o de personas no dependientes, que se encuentren en posesión de cantidades mínimamente superiores a la legalmente permitida, porque a pesar de la percepción simplemente objetiva de haberla superado, es lo cierto que la actividad que desarrollan (*el consumo de dosis personal*) es lícita y corresponde al exclusivo ámbito de libertad de esa persona o, como lo precisa la jurisprudencia constitucional, porque

“... determinar (legalmente) una dosis para consumo personal, 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.”^{13[13]}

Debe, entonces, en cada caso examinarse si la conducta del consumidor trasciende su fuero interno y llega a afectar derechos ajenos, individuales o colectivos, pues sólo así se entenderá superada la exigencia de la afectación, a nivel de lesión o puesta en peligro, del bien jurídico como presupuesto para considerar en estos asuntos, legítimo el ejercicio del poder punitivo del Estado, es decir, para considerar demostrada la antijuridicidad de una conducta susceptible de punibilidad.

En el asunto que se examina, como lo alega la recurrente, la sentencia impugnada, de conformidad con las evidencias del juicio, estableció que el procesado **Jiménez Arenas** tiene la condición de adicto a la marihuana y, además, que la cantidad de alucinógeno que se le encontró, superior a la dosis personal,^{14[14]} fue de 9,9 gramos.

Sobre el tema, el juzgado de primera instancia precisó:

“En relación con la valoración psicológica que también se trajo a juicio para indicar la condición de dependencia del acusado como la razón para el hallazgo del estupefaciente y que en efecto determina que se trata de un consumidor y que tiene una problemática de consumo de tiempo atrás, según se determinó por la Dra. MARISOL SANTANA, se tiene que la valoración y la condición de dependencia no desdibuja la concreción del tipo penal que nos concita, cuando quiera que en todo caso no puede perderse de vista que si se trata de un consumidor y de alguien que lleva sustancia para su propio consumo, nadie mas (sic) preparado y experto que el propio consumidor para conocer de la cantidad de droga de consumo y las posibilidades de poder llevar dosis personal y la sanción penal que comporta superar esa dosis personal por manera que independientemente de la condición de adicción o no, lo cierto es que en la conducta desarrollada por JIMÉNEZ ARENAS y el hallazgo de la sustancia se concreta ciertamente la concreción de su responsabilidad.” (Se subraya).

Y, el Tribunal, en segunda instancia acotó:

“En conclusión, no puede servir como argumento válido para la absolución de Yesid Jiménez Arenas, que la cantidad de estupefaciente incautado supera la dosis personal en 9 gramos solamente, y menos aún su condición de adicto al consumo de alucinógenos, pues aunque es cierto que se trata de una situación que requiere tratamiento especial por parte de profesionales en la salud, ello *per se* no lo exonera de la responsabilidad penal que ahora se le endilga, ya que como se dijo con antelación el legislador también sanciona penalmente el porte de estupefacientes excediendo los límites permitidos y es esta la conducta cometida por el acusado. Si el Tribunal le diera crédito a la tesis del recurrente, habría que aceptar que en todos los casos en que se afirma que el sindicado es consumidor del estupefaciente que porta, fuera absuelto por antijuridicidad de la conducta (sic), situación con la que sin lugar a dudas se desconocerían los principios rectores de la ley penal colombiana.”

Por otra parte, las pruebas del proceso niegan la posibilidad de que el acusado destinara la sustancia incautada para su comercialización o tráfico ilícito, pues no se lo sorprendió en esa actitud ni se insinuó siquiera en la actuación que traficara con el alucinógeno o con otra clase de sustancias ilegales.

Por el contrario, los agentes de Policía que lo aprehendieron declararon que, al momento de la captura el acusado no estaba

haciendo nada en particular, que no se alteró al ser requerido para la requisita y manifestó que la sustancia la requería para el propio consumo.

En consecuencia, los hechos y las pruebas según fueron declarados y valorados por los juzgadores, demuestran que, en efecto, el acusado es un adicto que al momento de la aprehensión, estaba en posesión de 29,9 gramos de marihuana.

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.

Se pregunta la Corte si la simple posesión de la cantidad aludida por encima de la dosis personal, puede en este caso justificar la intervención del derecho penal y legitimar la imposición de una sanción.

Desde ningún punto de vista, teniendo en cuenta que en el proceso no se demostró que la conducta del acusado trascendiera la órbita de sus propios intereses, lo cual significa que la posesión de alucinógeno que se le imputa, no tuvo incidencia sobre derechos ajenos, individuales o colectivos o, lo que es igual, carece de trascendencia penal, sin que resulte válido su ejercicio so pretexto de proteger, a través del castigo, la propia salud del procesado adicto al consumo de marihuana, pues es un tema que sólo corresponde decidir a él en forma autónoma por ser el único rector de su propia vida.

En conclusión, si en ejercicio de sus personales e íntimos derechos, el acusado no afectó los ajenos, entonces no alteró efectivamente ningún bien jurídico, de manera que el comportamiento que se le atribuye carece de antijuridicidad material y, en consecuencia, no puede ser sancionado porque no alcanza la categoría de una conducta punible. El cargo analizado, en consecuencia, está llamado a prosperar.

Lo anterior no significa que en todos los casos en que a una persona se la encuentre en posesión de cantidades ligeramente

superiores a la dosis personal o, inclusive, dentro de los límites de ésta, deba considerarse que no realiza conducta típica y antijurídica, eventualmente culpable y, por consiguiente, punible. Lo que quiere significar la Corte es que cada asunto debe examinarse en forma particular en orden a verificar la demostración de tales presupuestos, de manera que las decisiones de la justicia penal consulten verdaderamente los principios rectores que la orientan, como el de antijuridicidad que aquí se analiza.

Con ello ratifica que, 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 proteger.

Un diagnóstico oportuno de los aspectos que aquí quedaron expuestos, por parte de los funcionarios judiciales, contribuiría a un mejor desenvolvimiento de la actividad judicial estatal en la medida que sus recursos no se disiparían en asuntos

insustanciales, sino que se enfocarían en los que, por su magnitud y trascendencia social, realmente requieran el ejercicio de la acción penal.

Situación que nos conduce a recordar los objetivos propuestos para una justicia mejor, a través de la implementación del sistema acusatorio, en el Acto Legislativo 02 de 2003, desarrollado por la Ley 906 de 2004.

Consultadas las actas correspondientes, se observa que el propósito del constituyente era dar a la Fiscalía la posibilidad de desbrozarse de la cantidad de asuntos menores que desgastaban su actividad, para que pudiera concentrarse en lo que verdaderamente ponía en peligro nuestra convivencia y por ello se concibió, entre otros mecanismos, el del principio de oportunidad.

“Este principio pretenderá resolver los conflictos menores que se presentan con gran frecuencia, que a pesar de que muchas veces no alcanzan a vulnerar materialmente los bienes jurídicos protegidos por el legislador, aumentan las cifras de congestión judicial e implican un desgaste innecesario del sistema.

La filosofía del principio de oportunidad radica pues, en la necesidad de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la

administración de justicia penal, descongestionándola de la criminalidad de poca monta.”^{15[15]}

Por eso, considera la Corte que se requiere desarrollar el derecho penal del Estado social y democrático de derecho, para lo cual esta herramienta que brinda el sistema penal acusatorio resulta de gran ayuda. Y es que afincado en la equidad como principio rector, la fórmula constitucional del Estado social, supone la superación de la igualdad formal característica del Estado liberal, que advertía que todos debían ser tratados por igual; cuando el escenario en que debe actuar el juez del nuevo esquema le impone justamente privilegiar a los desvalidos, a los discriminados y a los infelices que como en el caso que se analiza, cayeron en la desgracia de la adicción. Estas personas merecen respuestas constitucionales y legales diferentes a la pena, que lo único que garantizaría es la insensible agravación de su situación personal, familiar y social.

El mensaje de la superación del culto insensible e insensato de la legalidad y de la igualdad formal, dirigido al juez del Estado social y democrático de derecho, se encuentra inmerso en innumerables espacios de nuestra normatividad, como en los artículos 1º y 13 de la Constitución Política, 1º de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 1º, 11 y 56, entre

otros, del Código Penal y en el 27 de la Ley 906 de 2004; para solo citar los más inmediatos.

En consecuencia, en aras de la búsqueda de la realización del Estado social y por ende de los fines de una mejor justicia, debe seguir desarrollándose el alcance del juez del Estado social y democrático de derecho que modula el concepto de la igualdad formal y estricta, característica del Estado liberal de derecho, para entrar a discriminar a los necesitados de atención diferente a la de la pena, esto es, a personas que viven en la marginación y la exclusión, o en situaciones de desventaja o debilidad manifiesta, tal y como lo ordena el artículo 13 Superior.

En ese propósito surgen determinantes las herramientas ofrecidas por el Legislador para descongestionar a la administración de justicia de investigaciones y procesos adelantados por conductas que, como la que aquí se analiza, no ameritan toda la atención del aparato sancionatorio del Estado, cuando resulta más justa su atención por la vía del ofrecimiento de la oportunidad, de la conciliación, de la mediación, o la senda misma de la ausencia de antijuridicidad material; que en todo caso conducen a situaciones diferentes de la pena de prisión, inútil e ilegítima en asuntos como el que se examina.

Frente a esa gama de posibilidades de justicia mejor, la Corte exhorta a los funcionarios judiciales, especialmente de la Fiscalía General de la Nación, a hacerlos operantes de manera que los grandes esfuerzos institucionales se concentren en los asuntos que realmente sean trascendentes, para evitar así el daño que en la sociedad genera el delito.

Decisión. Como se evidencia el desacierto de la sentencia con la que se condenó al procesado por un comportamiento que no constituye conducta punible, esta circunstancia impone como remedio para restablecer sus garantías fundamentales y hacer efectivo el derecho material en la presente actuación, casar el fallo objeto de impugnación y, en su lugar, absolverlo del cargo por el cual se lo acusó.

Por las razones consignadas, **la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CASAR** la sentencia de segunda instancia del 12 de octubre de 2007, con la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la proferida el 24 de julio de ese mismo año por el Juzgado 7°

Penal del Circuito, que condenó a **Oscar Yesid Jiménez Arenas** como autor responsable del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes.

2. **ABSOLVER** al señor **Jiménez Arenas** del cargo por el que se lo llamó a juicio en esta actuación.

3. Realizar la información de la sentencia absolutoria a que se refiere el inciso 2° del artículo 166 del Código de Procedimiento Penal.