

La conducta de “llevar consigo” en el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes. Reflexiones a propósito de la sentencia del 11 de julio de 2017 (SP9916-2017, Radicado 44997), proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia del 11 de agosto de 2017 (Radicado 05-001-60-00206-2014-06599) del Tribunal Superior de Medellín

The conduct of "carry" in the crime of trafficking, manufacture and carrying narcotics. Considerations on the sentence 11 of July, 2017 (SP9916-2017, 44997), by the Supreme Court of Justice and the judgment of 11 August, 2017 (05-001-60 -00206-2014-06599) of the Medellín Superior Court

NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ¹

Introducción

Con el auge del narcotráfico y la existencia de los carteles dedicados a la comercialización de estupefacientes, la política criminal del Estado colombiano se vio obligada a enfrentar el problema a través de reformas legislativas tendientes a

1 Docente investigador de la Universidad Libre (Bogotá). Director (E) del Consultorio Jurídico de la Universidad de los Andes y asesor docente del Grupo de Prisiones de la misma Universidad. Abogado, especialista y magister en derecho penal de la Universidad Libre (Bogotá). Especialista en derecho constitucional y en derecho administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá). Máster en criminología y ejecución penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Bogotá). Contacto: noherji@gmail.com

reprimir estas conductas, directamente influenciado por uno de los destinatarios principales de estas sustancias: los Estados Unidos. Es así, como nace el denominado Estatuto Nacional de Estupefacientes (Ley 30 de 1986), que se encargaba de las facetas de prevención a través de la erradicación de cultivos y la implementación de campañas e influía directamente en el *ius puniendi*, a pesar que no enunciaba de manera concreta un bien jurídico concreto de protección (Pabón, 2013, p. 857), como se acostumbra en los compendios punitivos contemporáneos.

El legislador del año 2000 reprodujo el artículo 33 de la Ley 30 de 1986 (Corredor, 2011, p. 317), el cual padeció diferentes modificaciones (Arboleda y Vallejo, 2002, p. 915; Pabón, 2013, p. 857), entre ellas, la que ameritó la consagración de la salvedad sobre lo dispuesto como dosis personal, resultando ajustado a la Constitución (sentencia C-689/02, M.P. Álvaro Tafur Galvis), con base en el precedente sentado por la Corte Constitucional en la sentencia C-221/94 (M.P. Carlos Gaviria Díaz)².

Esto obedece igualmente al debate sobre la antijuridicidad del comportamiento y la salud pública como bien jurídico tutelado. En este sentido, para la doctrina dominante³ el principio de lesividad se circunscribe dentro del debate entre derecho y moral. Este mandato de optimización responde al axioma *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria* que implica que el derecho penal protege bienes no garantizables de otro modo, siendo el daño ocasionado a terceros, el detonante para habilitar la presencia del castigo penal⁴. Esto se compagina con el carácter fragmentario del derecho penal y su rótulo como *ultima ratio*⁵, lo cual se justifica por el carácter represivo y sumamente fuerte que implica la respuesta penal, en contra del agresor de los parámetros establecidos por el contrato social. Se suma a la disyuntiva entre derecho y moral ínsita en este tema, el principio de utilidad que encuentra injustificada toda prohibición de la que no se derive una eficacia intimidante como ocurre con el aborto, el adulterio, el concubinato, la mendicidad, la evasión de presos o la tóxico-dependencia⁶.

Los delitos relacionados contra el consumo y autocultivo de drogas, suelen clasificarse dentro del bien jurídico tutelado: salud pública. Esto atendiendo a que los

2 Esto acorde con lo que de antaño se había expresado en la dogmática jurídico penal, atendiendo a que el consumo personal no ataca la salud de la colectividad, siendo considerada ora como conducta atípica, ya como autolesión, con dudoso merecimiento de pena, por no recaer las lesiones sobre un tercero (PICCININO, 1968, p. 130).

3 JAKOBS, 2000, p. 43.

4 FERRAJOLI, 2009, p. 466.

5 MIR PUIG, 2003, p. 109.

6 FERRAJOLI, 2009, p. 473.

estupefacientes pueden alterar nocivamente la conservación de la salud, partiendo de una concepción unitaria del individuo, que se extrapola a la colectividad, por la afectación potencial en contra de una multitud⁷. Ahora bien, ciertamente el legislador puede establecer límites en las actividades de los ciudadanos e incluso fijar medidas de protección coactivas (como la obligación de usar cinturón de seguridad), pero no políticas perfeccionistas tendientes a fijar un determinado modelo de virtud o de excelencia humana (sentencia C-309/97, M.P. Alejandro Martínez Caballero). Corolario de lo anterior, no puede invadir la órbita personal de los sujetos, más aún cuando se reconoce la autonomía personal de aquellos, cuya barrera inquebrantable es la autonomía ajena (sentencia C-221/94, M.P. Carlos Gaviria Díaz). Al hacerlo, el Estado se convierte en paternalista y esa actitud degenera en inmoral⁸.

La doctrina, en torno a este tema ha considerado que:

“El énfasis en la lesión de los intereses de terceros, central para el harm principle, puede contribuir a demarcar la diferencia entre el menoscabo de los intereses de terceros y los intereses del propio agente, diferencia también reconocida dentro de la teoría del bien jurídico aunque no suficientemente atendida. Ello puede mostrarse de la mano de la discusión sobre la penalización del consumo de drogas (...). No hay duda de que hay ciertas drogas nocivas para la salud, al menos para la salud de aquellos que las consumen. Es decir, los daños para la salud resultantes de consumo de drogas son auto infligidos por los consumidores. Y los daños que uno mismo se inflige tienen poco o nada que ver con el menoscabo de intereses de terceros. Es indudable que tengo un interés jurídicamente merecedor de protección en que mi salud no sea menoscabada por acciones de tercero. Pero, ¿tengo una pretensión semejante hacia mí mismo? La idea de la amenaza de un bien propio resulta forzada. Si se quiere sostener la legitimación de los tipos penales del derecho penal de las drogas en un bien jurídico vinculado a la salud, debería configurarse éste de modo que sólo quedarían abarcados daños a la salud causados por terceras personas, lo que sin embargo vendría a restringir de modo considerable el ámbito de aplicación de dichos tipos legales, los cuales, no obstante, sólo a través de esa vía serían susceptibles de legitimación. En todo caso, desde esa perspectiva no puede justificarse la reacción penal frente al consumo voluntario de drogas.”⁹

7 PUIG, 1988, p. 267.

8 ZAFFARONI et. al., 2000, p. 120.

9 VON HIRSCH, 2007, p. 38.

No obstante lo anterior, para Jakobs¹⁰, la visión de esta problemática es sustancialmente diferente. Para este autor, lo importante no es la lesión, como manifestación de la realización del daño en contra de un tercero, sino la afectación a la sociedad en general y el mantenimiento de esta última que es lo que se persigue con la norma. Por esto, la preocupación no se centra en el individuo sino en el ataque a la vigencia de la norma y la estabilización de la sociedad. Por lo anterior considera que la pena confirma la estructura de la sociedad, representada en la norma, y los otros efectos que devengan de su imposición no son esenciales¹¹. Desde esta perspectiva funcionalista, el debate introducido sobre el daño personalísimo que produce el consumo de drogas carece de fundamento, ya que el enfoque es colectivo y no individual.

En lo que atañe a la regulación sobre el consumo de drogas en Colombia, esta ha fluctuado en las últimas décadas, no solo con el advenimiento de una nueva Constitución Política y la creación de la Corte Constitucional, sino también por las políticas implementadas por los Gobiernos de turno. En este sentido y como se mencionaba anteriormente, en el año 1994 le correspondió a la Corte Constitucional estudiar el Estatuto Nacional de Estupefacientes que consagraba penas de arresto y multa respecto del porte y consumo personal de estupefacientes, cuando los mismos correspondieran a la cantidad establecida como dosis personal. La sentencia C-221 de 1994¹² declaró inexecutable estas sanciones, atendiendo a que sobrepasaban el poder del Estado para intervenir en la salud de los ciudadanos y riñe contra el libre desarrollo de la personalidad, comoquiera que el consumo no trasciende a la esfera íntima de la persona, siendo el límite de este derecho, el no afectar los derechos de terceros. Con base en esto se despenalizó el porte y el consumo de la dosis personal e incluso se habilitó la dosis de aprovisionamiento, siempre y cuando la misma no estuviera destinada a la distribución^{13 14}.

Esta postura se mantuvo pacífica durante varios años, hasta el 2009 cuando se presentó un proyecto de acto legislativo para modificar el artículo 49 Constitucional,

10 JAKOBS, 2000, p. 57.

11 *Ibid.*, p. 59.

12 Para un análisis de la sentencia se pueden consultar, entre otros, Arturo (2015, pp. 125-164), GUZMÁN y UPRIMNY (2010, p. 2-4) y Pérez y Bedoya (2015, pp. 106-110),

13 Sobre la cantidad de la dosis de aprovisionamiento es importante un pronunciamiento reciente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia SP2940-2016, Radicación 41760 (09-03-16), M.P. Eugenio Fernández Carlier.

14 GUZMÁN y UPRIMNY, 2010, p. 4.

con el fin de proteger la salud del consumidor, prohibiendo el porte y el consumo, acompañados de medidas profilácticas (Acto legislativo 02 de 2009). Es decir, que en la actualidad se encuentran prohibidas estas conductas pero no son objeto de una respuesta estatal a través del *ius puniendi*. En el mismo sentido ha sido reiterativa la jurisprudencia constitucional [sentencias C- 574 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez) y C-491 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)], advirtiendo que el tratamiento implantado, corresponde a una carga estatal.

De lo anterior se concluye que el porte y consumo de estupefacientes en Colombia, en cantidades que no superen la dosis personal¹⁵ no se encuentra penalizada, pero estas conductas pueden ser objeto de tratamientos terapéuticos con el consentimiento informado del adicto, de conformidad con la reforma constitucional del año 2009.

Ahora bien, el artículo 376 del Código Penal consagra una conducta plúrima¹⁶, es decir que su verbo rector es compuesto y alternativo¹⁷, comprendiendo los siguientes actos: (i) introducir o sacar del país, (ii) transportar, (iii) **llevar consigo**, (iv) almacenar, (v) conservar, (vi) elaborar, (vii) vender, (viii) ofrecer, (viii), adquirir, (ix) financiar y (x) suministrar.

Uniendo los argumentos anteriormente desarrollados, huelga concluir que quien **lleva consigo** sustancias estupefacientes destinadas para su consumo personal, no actualiza el tipo penal en comento y por ende no es responsable penalmente por este delito¹⁸.

Precedente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (antes del 11 de julio de 2017)

Son múltiples los pronunciamientos del máximo Tribunal de la Justicia ordinaria penal sobre la judicialización de comportamientos relacionados con el delito de

15 Los topes máximos para ser considerados dosis personal, son: Marihuana (20 gramos); Hachís (5 gramos); cocaína o de cualquier sustancia a base de cocaína (1 gramo), y de metacualona (2 gramos) [Artículo 2º, literal j, Ley 30 de 1986].

16 CORREDOR, 2011, p. 317.

17 "[...] la conducta descrita en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986 [...] se trata de un delito de conducta alternativa que está integrado por varios verbos rectores, donde cada uno configura una conducta autónoma e independiente. Al iniciarse la acción en cualquiera de las modalidades previstas, ya se está consumando el delito. La norma no demanda la presencia de un dolo específico, pues basta con la voluntad de cumplir el acto que por sí solo se conoce contrario a la ley" Sentencia del 18 de diciembre de 2000, Radicado 12713, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, citada en sentencia de la misma Corporación datada 23 de junio de 2000, Radicado 31352, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

18 En el mismo sentido sentencia del 9 de marzo de 2016 [SP2940-2016, (Radicación 41760)].

tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, con base en la conducta de **llevar consigo**.

Baste con citar:

- Providencia del 27 de abril de 1992, Radicado 6613, M.P. Guillermo Duque Ruiz
- Providencia del 29 de octubre de 2001, Radicado 15570, M.P. Jorge E. Cordoba Poveda
- Providencia del 3 de marzo de 2010, Radicado 33646, M.P. Alfredo Gómez Quintero
- Providencia del 12 de noviembre de 2014, Radicado 42617, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernandez
- Providencia del 28 de octubre de 2015, Radicado 45949, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero
- Providencia del 13 de abril de 2016, Radicado 44718, M.P. Eugenio Fernández Carlier

En la providencia del 12 de noviembre de 2014 (Radicado 42617) se advirtió *"La conducta consistente en portar o llevar consigo estupefacientes para el propio consumo, el factor cuantitativo juega varios roles: 1) Es un elemento determinante de tipicidad, pues sólo un exceso de la dosis personal establecida en el artículo 2, literal j), de la Ley 30 de 1986, permite ubicar el comportamiento en el espectro típico; 2) En consecuencia, la cantidad de droga es uno de los elementos típicos a partir del cual se presume la existencia de riesgo para los bienes jurídicos protegidos; y 3) Es criterio de graduación de la punibilidad, al igual que para las demás conductas prohibidas en el tipo, pues la pena imponible será mayor en la medida en que también lo sea la cantidad de estupefacientes que constituya el objeto material del delito."*

¿Cuál es el cambio con la sentencia del 11 de julio de 2017 (SP9916-2017, Radicado 44997)?

De la lectura de la providencia objeto de análisis podríamos concluir que más que un debate dogmático sobre el verbo rector **llevar consigo** y su relación con el consumo personal, nos encontramos frente una disputa probatoria en beneficio de la presunción de inocencia y la carga probatoria que debe agotar la Fiscalía para acreditar que la conducta citada, es típica.

Así, la Corte es enfática en señalar que acorde con lo normado en el artículo 7º de la Ley 906 de 2004, la carga de la prueba corresponde al órgano de persecución penal y que en ningún caso, esta podrá invertirse. Apoya lo anterior en instrumentos

internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 11), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14-2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8-2).

Con base en lo anterior, casó la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, absolviendo al acusado de los cargos endilgados. Esto por cuanto la Fiscalía no logró demostrar la finalidad con la que el acusado portaba la cantidad de estupefaciente ni desvirtuó que la misma se encontrara destinada para su consumo personal (elementos subjetivos del injusto).

De esta manera, la Corte declaró la falta de seriedad en la investigación desplegada por parte de la Fiscalía, de la manera como lo exige la doctrina¹⁹, a través de la absolución.

Errores probatorios por parte de la Fiscalía

El caso es problemático si se analiza la situación fáctica narrada y da para pensar que la absolución no era el camino axiomático. No obstante, es preciso insistir que si la Fiscalía no ejerce con "*seriedad*" su actividad y no demuestra ante el juez los elementos típicos de la conducta, la solución debe beneficiar al ciudadano sometido al escenario *kafkiano* del proceso, que en la realidad no dista mucho de la representación literaria.

Veamos, el sujeto fue capturado por la Policía Nacional tras verificar que las características de él y su compañero, coincidían con la información que se les había aportado sobre dos hombres que se dedicaban a la venta de estupefacientes. En el procedimiento fue incautada la sustancia estupefaciente y dinero en efectivo. A pesar de lo anterior, los supuestos miembros de la comunidad que observaron la actividad ilícita no rindieron testimonio (ni siquiera entrevista, según se desprende de la providencia, ya que se tiene como información anónima) y como si esto fuera poco, los policías que realizaron la captura, al rendir testimonio, afirmaron que no observaron que se estuviera desplegando la actividad deprecada.

Confió entonces la Fiscalía en la posible inferencia lógica de la Judicatura para declarar la responsabilidad penal en el caso concreto, sin sentar las bases necesarias para realizar este ejercicio racional y apresurándose, sin agotar las actividades de investigación de las que dispone. Empero, el indicio adquiere calidad de prueba luego de hacer uso del ejercicio lógico jurídico, a través del cual, de un hecho probado se infiere la existencia de otro hecho, con la guía de los parámetros de la sana crítica,

19 BAYTELMAN y DUCE, 2005, p. 65.

acudiendo a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los aportes científicos²⁰. Esta inferencia lógica se podría construir a partir del señalamiento de los testigos que supuestamente afirmaron la actividad de venta de estupefacientes respecto del procesado, sumado a los indicios de la manera como se encontraban fraccionados en dosis los estupefacientes y la incautación del dinero, fruto de la actividad de comercialización. Sobre estos últimos, le asiste razón a la Corte que son argumentos débiles para erigir un fallo de condena, ya que las porciones efectivamente indican la forma de comercialización pero pudo ser la forma como se adquirió el estupefaciente para el consumo personal, sumado a que no se acredita la conexión entre el dinero y la presunta actividad ilícita.

Pero en todo caso, insisto que la Fiscalía contaba con una prueba testimonial que debió traer a juicio para su formación, logrando así demostrar la comisión del delito. Esta falencia debe ser sancionada en contra del Estado, representado para estos efectos por la Fiscalía General de la Nación y en consecuencia dar lugar a un fallo absolutorio.

También contaba la Fiscalía con otros actos de investigación, como por ejemplo el seguimiento de personas, la infiltración en la organización criminal o la utilización de la figura del agente encubierto, entre otros. Pero confió en obtener la convalidación de un procedimiento precario que no logra satisfacer los requisitos demandados por el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal para erigir un fallo adverso a los intereses del acusado.

Sentencia del 11 de agosto de 2017 (Radicado 05-001-60-00206-2014-06599), Tribunal Superior de Medellín

Un caso similar al anteriormente estudiado fue objeto de pronunciamiento por el Tribunal Superior de Medellín. En este, un sujeto fue capturado luego de huir de la Policía Nacional y arrojar una bolsa negra que contenía estupefacientes.

Con base en lo anterior y siguiendo el precedente sentado por la Corte en la providencia del 11 de julio de 2017, considera el Tribunal que se encuentra demostrada la materialidad de la conducta (la sustancia corresponde a marihuana, cocaína y los derivados de ambos), pero no se acreditó que la intención del agente era diferente al consumo propio.

En consecuencia se revocó la sentencia condenatoria de primera instancia y en su lugar se absolvió al acusado de los cargos endilgados en su contra.

¡Enhorabuena por las decisiones judiciales garantistas! Pero ojo con la impunidad ante las falencias investigativas de la Fiscalía.

Bibliografía

- ARBOLEDA, MARIO Y RUIZ, JORGE, (2002). *Manual de derecho penal. Partes general y especial conforme con el nuevo código penal*. Bogotá: Leyer.
- ARTURO, NÉSTOR, (2015). *Dosis Personal. Estado social de derecho*. Cali: Pontificia Universidad Javeriana.
- BAYTELMAN, ANDRÉS y DUCE, MAURICIO, (2005). *Litigación penal. Juicio oral y prueba*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- CORREDOR, DIEGO, (2011). "De los delitos contra la salud pública". En: *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 291-327.
- FERRAJOLI, LUIGI, (2009). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andres Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Madrid: Trotta.
- GUZMAN, DIANA Y UPRIMNY, RODRIGO, (2010). "La prohibición como retroceso. La dosis personal en Colombia" *Serie reforma legislativa en materia de drogas* No. 4. TNI y WOLA.
- HERNÁNDEZ, NORBERTO, (2015). "Receptación y dogmática penal. Estudio de caso en el contexto del sistema penal acusatorio colombiano". *Revista Advocatus* No. 24, Cap. 7, No. 1, 2015, Universidad Libre (Seccional Barranquilla).
- JAKOBS, GÜNTHER, (2000). "¿Qué protege el derecho penal: Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?" En: Jakobs/Cancio, *El sistema funcionalista de derecho penal*. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal (Lima, 29, 31 de agosto y 01 de setiembre de 2000). Lima: Grijley.
- MIR PUIG, SANTIAGO, (2003). *Introducción a las bases del derecho Penal*. Montevideo: B de F, Buenos Aires.
- PABÓN, PEDRO, (2013). *Manual de derecho penal. Tomo II. Parte especial*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- TÉLLEZ, JAIRO y BEDOYA, JUAN, (2015). "Dosis personal de drogas: inconsistencias técnico-científicas en la legislación y la jurisprudencia colombiana". *Revista persona y bioética*, Vol. 19, núm. 1.

PICCINI, RENATO, (1968). *Delitti contro la salute pubblica*. Milán: Franco Angeli.

PUIG, FEDERICO, (1988). *Derecho penal. Parte especial*. Madrid: Pinto

VON HIRSCH, ANDREW, (2007). "El concepto de bien jurídico y el principio del daño".
En: *La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación penal o juego de abalorios dogmático?*, Hefendel, Roland, von Hirsch, Andrew, Wohlers, Wolfgang
(editores), Madrid: Marcial Pons.

ZAFFARONI, EUGENIO, ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, (2000). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.