

**La antijuridicidad en el delito de porte de estupefacientes (art 376 C.P.). Comentario a la sentencia de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia, del día 28 de febrero de 2018, radicado 50512, (SP497-2018),
M.P. Patricia Salazar Cuéllar.**

The unlawfulness in the carrying narcotics crime. Considerations on the sentence of 28 of February, 2018, by the Supreme Court of Justice (50512, SP497-2018)

MIGUEL RICARDO MEDINA ESCOBAR¹

Hechos

Para proferir la sentencia que será estudiada, la Corte Suprema tuvo como hechos probados los siguientes: el imputado JFD caminaba por una calle de la ciudad de Cali en horas de la tarde. Una patrulla de policía lo observó y procedieron a requisarlo los patrulleros YCR y ARJ, momento en el cual JFD entregó una bolsa plástica que llevaba en su bolsillo la cual contenía 47 papeletas que, posterior a los exámenes, se constató eran 11,4 gramos de cocaína.

Actuación procesal

Con ocasión de estos hechos fue capturado en flagrancia el señor JFD por los patrulleros YCR y ARJ, y se le procesó en primera instancia por el delito de tráfico de estupefacientes, el cual se encuentra consagrado en el artículo 376 del Código Penal colombiano, en la modalidad de "llevar consigo". El Juzgado 7º Penal del Circuito de Cali (Valle) absolvió al procesado en primera instancia.

1 Estudiante de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, Medellín, Colombia. Contacto: mmedin13@eafit.edu.co

Tras la fiscalía presentar el recurso de apelación, el Tribunal Superior de Cali revocó la sentencia absolutoria y condenó al acusado JFD a 64 meses de prisión y multa de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Ante la anterior decisión, la defensa interpuso recurso extraordinario de casación el cual fue admitido.

La demanda

El demandante alega un único cargo, amparado en la causal primera de casación prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004. Según este, se viola directamente el artículo 376 del Código Penal, por indebida aplicación, y los artículos 29 y 49 (modificado por el Acto legislativo 2 del 2009) de la Constitución Política, por falta de aplicación, toda vez que el Tribunal basó la condena en la cantidad de sustancia estupefaciente incautada que supera la dosis personal máxima permitida, sin examinar la finalidad del autor para llevarla consigo, descartando de tajo que la tuviera con el fin exclusivo de aprovisionamiento para su consumo.

Agrega el demandante que el Tribunal en su sentencia desconoció que al momento de la captura, JFD indicó a los patrulleros que la sustancia era para su propio consumo y que lo que hizo fue trasladar la carga de la prueba de la narco-dependencia a la defensa, cuando es sabido que es la fiscalía quien debe desvirtuar la presunción de inocencia.

Por consiguiente, solicita la absolución de JFD.

Consideraciones de la Corte:

Delimitación del problema jurídico

La Corte comienza por delimitar el problema jurídico que plantea este caso. Así, señala que la defensa lo que sostiene es que la conducta de JFD es atípica toda vez que si bien excedía los límites de consumo personal establecidos en la Ley 30 de 1986, la fiscalía no probó que la cantidad de cocaína que llevaba consigo tuviera una finalidad diferente al consumo personal.

Recuerda la Corte que el Tribunal, al proferir la sentencia condenatoria, adujo como argumento que la defensa no probó que la cantidad que excedía la dosis personal fuera para el autoconsumo. Adicionalmente, el Tribunal infiere que la sustancia incautada no era para el consumo puesto que “un habitante de calle como fue presentado en la audiencia preliminar no tendría los recursos suficientes para comprar la cantidad de papeletas que le fueron encontradas en su poder.”

Es decir, el problema jurídico de este caso gira alrededor de determinar a quién le corresponde acreditar que la sustancia que se incauta es o no para autoconsumo.

El tipo de injusto del artículo 376 del Código Penal

Delimitado el problema, la Corte prosigue a analizar el tipo de injusto contenido en el artículo 376 del Código Penal. Precisa la Corte que ya en múltiples veces ha establecido la necesidad de analizar en qué circunstancias se realiza la conducta descrita en esta norma, para determinar si el sujeto activo tiene la condición de consumidor de estupefacientes y la conducta tiene por fin satisfacer esa actividad o, si por el contrario, la conducta se realiza en aras de traficar sustancias prohibidas.

Lo anterior debe hacerse en obediencia a lo prescrito por la Corte Constitucional en la sentencia C-221 de 1994, en la cual se proscribió la penalización del consumo de sustancias en su dosis personal, por cuanto dicha penalización sería contraria a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. En adición a lo anterior, la misma Corporación declaró exequible el artículo 376 del Código Penal en la sentencia C-689 de 2002, en el entendido de que solo serán punibles las conductas que sean tendientes al narcotráfico y no al consumo personal.

Adicional a esto se expidió el Acto legislativo 2 de 2009, modificatorio del artículo 49 de la Constitución, el cual estableció el consumo de drogas como un problema de salud pública. A partir de esto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional estableció a los consumidores de drogas como sujetos de especial protección Constitucional. Consecuente con lo anterior, la misma Corporación declaró exequible el artículo 11 de la Ley 1453 que reformaba el tipo del 376, en el entendido que la modificación no podrá entenderse como una penalización al consumo de drogas en las cantidades consideradas como dosis personal.

A partir de estos preceptos, la Corte Suprema de Justicia comenzó su propio desarrollo jurisprudencial, en el cual se plantea la correspondencia que existe entre el concepto de dosis personal, y la lesividad al bien jurídico de la salud pública.

En el año 2011 la Corte Suprema establece que las conductas de consumo o encaminadas a este, dentro de los toques de la dosis personal, o ligeramente superiores, son ajenas a las sanciones penales. Precisa que si el exceso a la dosis personal es insignificante, no representa un peligro para el bien jurídico tutelado. Sobre esto comenta la Corte que en aquel momento se establecía una presunción de antijuridicidad que podría ser desvirtuada cuando el exceso a la cantidad permitida era leve. Pero cuando tal exceso es desproporcional, opera una presunción de antijuridicidad de derecho, la cual no admite prueba en contrario.

Lo anterior, señala la Corte, fue corregido más adelante cuando la misma Corporación, a partir de su propia jurisprudencia, establece que no se pueden establecer presunciones de antijuridicidad de derecho. Que en todos los casos, el juez en el proceso valorativo de la lesividad debe analizar la finalidad del porte de estupefacientes para determinar si este es lesivo o no para el bien jurídico. Así, se desprende la jurisprudencia de la idea de que la cantidad de estupefacientes que se porte es lo que determina la lesividad de la conducta.

En concordancia con esta idea, la Corte deja referenciadas diversas sentencias que establecen la premisa de que el consumidor o adicto puede portar legalmente una cantidad superior a lo establecido por la ley, siempre que sea para su propio consumo o aprovisionamiento. Hace énfasis en la idea de que cuando se analiza la tipicidad del porte de estupefacientes, debe constatarse la existencia de un elemento subjetivo tácito, atinente al propósito del sujeto, pues es este el que verdaderamente determina la lesividad de la conducta, pues cuando el porte tiene como finalidad el consumo la conducta es atípica.

Termina la Corte este análisis de la jurisprudencia resumiendo las premisas rectoras y vigentes en materia del delito de porte de estupefacientes, en la modalidad de “llevar consigo”, las cuales son:

1. En los delitos de peligro abstracto hay una presunción legal de peligro, la cual, sin embargo, debe ser analizada en cada caso por el juez para determinar si efectivamente existió o no ese peligro para el bien jurídico.
2. El consumidor no puede ser sujeto pasivo del Derecho penal, sin importar la cantidad que porte, cuando tal porte se realiza con el fin de satisfacer sus propias necesidades y no con fines de tráfico y distribución, pues en estos eventos la conducta no representa ningún peligro para el bien jurídico tutelado.
3. Existe un elemento subjetivo implícito en este delito, el cual es que la intención del portador no sea destinar la sustancia a su propio consumo si no al tráfico o distribución.
4. Sobre la última premisa, recalca la Corte que el elemento anímico mencionado es una carga que le corresponde acreditar a la Fiscalía General de la Nación por ser parte del tipo.

El caso concreto

Revisando el caso concreto, la Corte recuerda que los hechos que tomó el Tribunal por probados son que JFD fue encontrado portando 11,4 gramos de cocaína, los cuales entregó a la policía diciendo que eran para su propio consumo. JFD tenía apariencia de habitante de la calle.

La sentencia condenatoria proferida por el Tribunal se basó en que la defensa no probó que el acusado fuese adicto a la cocaína ni que la sustancia fuese para su consumo, infiriendo que un habitante de la calle no tiene los recursos para comprar la cantidad que tenía JFD.

La Corte sostiene que los errores en este razonamiento son evidentes, y son los siguientes:

El Tribunal trasladó la carga de la prueba, en contravía del artículo 7 de la Ley 906 de 2004 y 29 de la Constitución Política, atribuyéndole a la defensa la carga de probar la inocencia del procesado, basándose en la premisa de la presunción de antijuridicidad de la conducta del porte de estupefacientes. Sostiene la Corte que, al contrario, corresponde es a la Fiscalía probar, además del peso de la sustancia incautada, la finalidad de distribución que debe tener quien la porta para poder ser sancionado penalmente, pues este es el razonamiento coherente con la presunción de inocencia.

Adiciona que la Fiscalía debía desvirtuar lo dicho por el procesado a los agentes de policía, pues este les había informado que la sustancia era para su propio consumo.

Concluye la Corte que este primer error del Tribunal se da por desconocer el precedente de esta Corporación y establecer la responsabilidad penal, únicamente, a partir de la cantidad de sustancia que se portaba, dejando de lado el necesario análisis de la finalidad del sujeto como elemento determinante del peligro para el bien jurídico.

Adicionalmente, la Corte señala otros 2 razonamientos errados realizados por el juez colegiado de segunda instancia.

En primer lugar el Tribunal sostuvo que un habitante de la calle no tiene la capacidad económica para adquirir la cantidad de sustancia que portaba JFD. Además afirmó que al portar la sustancia distribuida en 47 papeletas se podía inferir que tenía como fin la distribución y no el consumo.

Sobre estas premisas la Corte corrige que no solo desborda lo planteado por la Fiscalía en la teoría del caso, sino que son violatorias de las reglas de la sana crítica. La primera por no tener relevancia alguna frente al objeto del proceso, la segunda puesto que la Corte considera normal que los consumidores tengan su dosis en papeletas pues es en esta presentación que se vende en las actividades de microtráfico.

Todo lo anterior para concluir que la Fiscalía no probó que JFD estuviese portando la sustancia incautada con el fin de distribuirla o traficarla. Prueba que se dejó de lado pues ni siquiera se incorporó en el plan investigativo del ente acusador.

A partir de esto, la Corte aduce la existencia de una duda probatoria acerca de la tipicidad de la conducta del procesado, para casar la sentencia y revocar el fallo proferido por el tribunal.

Comentarios

Sobre esta sentencia hay varios aspectos que merecen ser resaltados de forma, eminentemente positiva.

En primer lugar, el recorrido jurisprudencial que realiza la Corte en esta oportunidad permite entender como se ha desarrollado la antijuridicidad en el delito de porte de estupefacientes, sus fluctuaciones en el paso del tiempo, y el estado actual de cosas en esta materia.

En este trayecto, se encuentra el fundamento de instituciones tan polémicas como es la dosis mínima, y la más reciente dosis de aprovisionamiento, las cuales son objeto de constante crítica por parte de la opinión pública, la cual, sin embargo, parece desconocer que estas figuras no son inventadas, sino que encuentran sus raíces en enunciados constitucionales tan importantes como la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

Es importante no perder de vista esto, especialmente en estos días donde se habla constantemente de "eliminar la dosis mínima", ya que tendiendo presente las normas que la fundamentan, se puede analizar cuál sería el mecanismo para eliminarla y su viabilidad jurídica.

En segundo lugar, este tipo de posturas han sido objeto de frecuentes y fuertes críticas por parte del Fiscal General de la Nación, Néstor Humberto Martínez, quien alega que este tipo de precedentes imposibilitan la judicialización de micro traficantes de drogas.

Sobre esto es de resaltar que los argumentos planteados por la Corte Suprema no están, a nuestro juicio, encaminados en sentido alguno a permitir la impunidad de conductas verdaderamente delictivas. Por el contrario, lo que busca es evitar que se sancione como traficante a los consumidores, quien como ya se vio, son sujetos de especial protección constitucional que no pueden ser penalizados por consumir estupefacientes.

Desde este punto de vista, la protección que brinda este tipo de ideas es única y exclusivamente para los consumidores, no para los traficantes o distribuidores, quienes sí son objeto de persecución penal puesto que, como bien se ha especificado, el ánimo de distribuir la sustancia que se porta es lo que determina la lesividad para el bien jurídico y hace punible la conducta. Entonces, no es que no se pueda

judicializar a los distribuidores porque se hacen pasar por consumidores, sino que para hacerlo se demanda un mayor esfuerzo investigativo por parte de la Fiscalía, el cual le permita recolectar las pruebas necesarias para probar que el sindicato tenía por objeto distribuir la sustancia que portaba. Tal esfuerzo probatorio es imperativo para evitar caer en arbitrariedades y sancionar penalmente a quien no ha cometido una conducta punible.

A nuestro juicio, esta sentencia es un respaldo a los pilares del Estado de derecho, los cuales se ven constantemente vulnerados por los afanes de la lucha contra la delincuencia y la obsesión por el "eficientismo" del Derecho penal. No se puede perder de vista, por la necesidad de combatir la delincuencia, cuales son los principios rectores del Derecho penal y recordar, que no importa cual sea el caso, estos no pueden ser objeto de transacción en aras de mostrar resultados.

Estos lineamientos, establecidos por la Corte Suprema, se hacen en respaldo de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y de la presunción de inocencia, los cuales son fundamentales en un Estado de derecho. Y si se llegara a considerar admisible violentar estas premisas por combatir la delincuencia, no estaríamos en un Estado verdaderamente de derecho.