

Universidad de Medellín

Facultad de Derecho

Monografía

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL PORTE DE
ESTUPEFACIENTES EN CONSUMIDORES**

Autor: Luis Eduardo Marín Marín

C.C.: 8'460.897

2011

Medellín – Colombia

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	3
1. Conceptualización y precedentes sobre dosis personal de estupefacientes .	4
2. Tesis discordantes entre las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, y las sentencias del Tribunal Superior de Medellín	5
2.1. Pronunciamiento de La Corte Suprema de Justicia.....	5
2.2. Pronunciamiento del Tribunal superior de Medellín.....	8
3. La praxis en los Estrados Judiciales.....	12
4. Conclusiones	21
Bibliografía	24

INTRODUCCIÓN

Es objeto de debate, y desde hace varios años, si el hecho de condenar a una persona consumidora de estupefacientes por su porte incurra, constituye indebida aplicación del *Artículo 376 del Código Penal* y falta de aplicación del *Artículo 29-2 de la Constitución Política de Colombia*, que establece el principio de legalidad basado en el derecho penal de acto.

El análisis respecto de los consumidores de estupefacientes se hace, entonces, para establecer si su comportamiento resulta antijurídico materialmente o no y si ante la falta de esa antijuridicidad material, su comportamiento deviene en atípico y, asimismo, si al superar lo previsto para dosis de uso personal en el literal *j* del *Artículo 2° de la Ley 30 de 1986*, si ese exceso constituye o no dosis de aprovisionamiento y hasta en qué cantidades y en qué condiciones.

Ante la vigencia del acto legislativo *número 002 del 21 de diciembre de 2009* que prohíbe todo porte y consumo de estupefacientes, salvo prescripción médica y ante la modificación que hiciera la *Ley 1453 del 24 de junio del 2011*, al enunciar las conductas del *Artículo 376 del Código Penal*, se discute si existe dosis personal o no, de estupefacientes.

Las numerosas interpretaciones jurisprudenciales al respecto vienen dando lugar, ante mismas situaciones de hecho, decisiones contrarias en derecho que generan inseguridad jurídica y las mismas serán objeto de ejemplificación en el desarrollo de esta temática, en procura de lograr, en la medida de lo posible, decisiones uniformes por parte de la judicatura, sin que se violenten principios constitucionales como el de la igualdad, legalidad, derecho de defensa y debido proceso.

1. CONCEPTUALIZACIÓN Y PRECEDENTES SOBRE DOSIS PERSONAL DE ESTUPEFACIENTES

El literal *j* del *Artículo 2° de la Ley 30 de 1986* define la dosis personal como *“aquella cantidad de estupefaciente que una persona porta o conserva para su propio consumo. Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachis que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos. 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”*.

La dosis personal como criterio para despenalizar comportamientos de porte de sustancias estupefacientes fue desarrollado ampliamente y, por primera vez, en la Jurisprudencia Nacional, en la *Sentencia C-221 de 1994*, con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad del literal *j* de los *Artículo 2 y 51 de la Ley 30 de 1986*. Sin embargo, previamente, en *casación 4771 de julio de 1991*, la *Corte Suprema de Justicia* estableció los límites para definir esa figura, insertada en nuestro sistema jurídica desde el año 1986, la cual afirma que *“no será dosis personal la que exceda de la cantidad que de modo expreso se señala, tampoco la que aún por debajo del tope fijado, no se halle destinado al propio consumo, ni la que tenga por destinación su distribución o venta”*.

2. TESIS DISCORDANTES ENTRE LAS DECISIONES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, EN SALA DE CASACIÓN PENAL, Y LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

2.1. Pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia

A partir de la modificación de la Constitución Nacional, por vía del acto legislativo número 002 del 21 de diciembre de 2009, surgió la convicción en la comunidad jurídica acerca de que el concepto de dosis personal había desaparecido del ordenamiento jurídico, ante la prohibición del consumo y porte de cualquier sustancia estupefaciente de donde ya no sería posible afirmar la impunidad de las conductas del adicto encaminadas a proveerse de la droga en las cantidades fijadas como dosis de uso personal, y esa convicción se vio reforzada con la expedición de la *Ley 1453 del 24 de junio de 2011*, que modificó el *Artículo 376 del Código Penal*, suprimiendo la excepción de la dosis personal para entrar a penalizar toda clase de porte de estupefacientes.

Sin embargo, *en casación 35978 del 17 de agosto del 2011*, con ponencia del magistrado Fernando Alberto Castro Caballero, se expone *“que establecer dicha conclusión sería tanto como avalar un procedimiento de carácter sancionatorio para el enfermo que padece de adicción a sustancias alucinógenas, y por vía de la pena, el Estado exigirle al individuo el cuidado de su propia salud, privándolo de su derecho a la libertad de autodeterminación cuando ha decidido abandonar la preservación de su salud física y mental, optando por el consumo de drogas.*

La sala consideró que aun con la prohibición constitucional de porte y consumo de estupefacientes, el concepto de dosis personal no ha desaparecido

del ordenamiento jurídico, pues el literal j del Artículo 2° de la Ley 30 de 1986 no ha sido derogado, a pesar de las varias normas que se han expedido en orden a tener por lícito su consumo y ahora por penalizarlo.

Lo que advirtió la Sala es un conflicto entre normas de carácter constitucional, a saber, el Artículo 49 que prohíbe el porte y consumo de lo conocido en nuestra comunidad jurídica como dosis personal, y el Artículo 16 que consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad por cuya defensa y efectividad desde el año 1994, la Corte Constitucional declaró contraria a la Carta la norma legal, Artículo 51 de la Ley 30 de 1986, que sancionaba penalmente a personas adictas a las drogas enunciadas en el Artículo 376. Pugna que debe resolverse de acuerdo con los parámetros fijados por la propia Corte Constitucional cuando señaló «que se soluciona el conflicto de normas mediante un análisis razonable que puede llegar a hacer compatibles ambas disposiciones, mediante la aplicación preferente de la norma que encarne un mayor contenido axiológico y que, al mismo tiempo, no sacrifique el núcleo esencial de la otra disposición» (Sentencia C-059 de 1993) y también «las posibles incompatibilidades entre las disposición del mismo rango se resuelven, en principio, con la aplicación de las reglas de la lógica jurídica tradicional, salvo expresa disposición constitucional en contrario» (Sentencia C-593 de 1995).

Es decir, a pesar de la reforma constitucional a través del acto legislativo 002 de 2009 y de la modificación del Artículo 376 del Código Penal mediante el Artículo 11 de la Ley de Seguridad Ciudadana, es posible tener por impunes las conductas de los individuos dirigidas al consumo de estupefacientes en las dosis fijadas en el literal j del Artículo 2° de la Ley 30 de 1986, o en cantidades ligeramente superiores a esos topes, esto último de acuerdo con el desarrollo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema. Lo anterior, en atención al respeto al derecho del libre desarrollo de la personalidad, y a la ausencia de lesividad de conductas de porte de estupefacientes encaminadas

al consumo del adicto dentro de los límites de la dosis personal, pues estas no trascienden a la afectación, ni si quiera abstracta del bien jurídico de la salud pública, el cual es el que principalmente protege el tipo penal descrito en el Artículo 376 del Código Penal”.

En esta Casación se analiza el porte de 79.9 gramos de marihuana que es una cantidad superior en cuatro veces la dosis permitida y esta cantidad, según la Corte, desborda el límite de razonabilidad, no porque se afirme que estaba destinada a la distribución gratuita por parte del acusado, pues la razón para rechazar la ausencia de lesividad de la conducta del procesado, es la que tiene que ver con la presunción que opera sobre la puesta en riesgo de bienes jurídicos como la salud pública, el orden económico y social, entre otros intereses, cuando alguien es sorprendido en poder de droga en una cantidad importante, la cual es definida por el legislador en el Artículo 376 del Código Penal, pues, si es ostensiblemente superior a lo definido como dosis personal, no es posible concluir que está destinada al consumo sino a cualquiera de las conductas consideradas dañinas y, por tanto, objeto de sanción penal.

Manifiesta la Corte que el adicto, si bien es una persona enferma, de todas formas debe someterse a las pautas que regulan una situación que la sociedad no puede desconocer como una realidad, la cual es la necesidad de despenalizar el consumo y porte de la dosis personal, en orden a garantizar el ejercicio al libre desarrollo de la personalidad del enfermo, empero, esa libertad no puede extenderse a permitirle llevar libremente cantidades de estupefacientes que desbordan gravemente lo tolerado, pues, una eventualidad como esa, indica en forma legítima a presumir una destinación ilícita de la droga incautada, ya que sólo puede concluirse un fin de consumo cuando la cantidad se encuentra en los topes definidos como dosis personal o superados ligeramente.

Es por esto que la Corte, en esta Casación, advirtió que si la persona farmacodependiente pretende que su comportamiento sea excusado dada esa particular condición, debe ejercer esa opción que ha elegido de consumir estupefacientes, respetando la regulación que para ese fenómeno ha implementado el Estado, con portar la dosis en las cantidades permitidas o que la superen mínimamente, pues sólo de esa manera se deriva la falta de afectación a bienes jurídicos de naturaleza abstracta como lo es la salud pública.

2.2. Pronunciamiento del Tribunal Superior de Medellín

En *decisión de segunda instancia de octubre 18 de 2011*, con ponencia del magistrado Santiago Apraéz Villota, en el caso 2011-80081, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín consideró que no existe conflicto normativo entre el *Artículo 49 de la Constitución Política*, con la modificación introducida por el *acto legislativo 002 del 21 diciembre de 2009*, que prohíbe el porte y consumo de lo conocido en nuestra comunidad como dosis personal y el *Artículo 16* que consagra el libre desarrollo de la personalidad, lo cual la llevó a resolver ese conflicto, a través de hacer prevalecer este último derecho con su mayor contenido axiológico, pues considera el Tribunal que no es cierto que el citado *Artículo 49*, tal como quedó modificado por el acto legislativo, criminalice el porte o consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, simplemente lo prohíbe, salvo prescripción médica, imponiendo al infractor medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para los consumidores e incluso para no desacatar la *Sentencia C-221 de 1994*, establece la posibilidad de que aquel manifieste su consentimiento para someterse a las mismas, en respeto al derecho del libre desarrollo de la personalidad.

Dice el Tribunal que no era necesario acudir, como lo hizo La Corte, al contenido literal del *Artículo 11 de la Ley 1453 de 2011*, que modificó el *Artículo 376 del*

Código Penal, en cuanto suprimió la frase “salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal”, pues resulta claro que es esta norma y no los preceptos constitucionales entre sí, la que entra en aparente conflicto con los *Artículos 16 y 49 de la Constitución Política*, pero por ser norma de inferior categoría debe interpretarse, en consonancia con aquellas, en el sentido de señalar que únicamente resulta objeto de reproche penal el porte de cualquier sustancia de las allí enunciadas, distinto a aquella cantidad que la persona lleva consigo para su propio consumo.

Expresa la Sala Penal del Tribunal que la conclusión a la que llega la Corte, si bien resulta acertada en cuanto defiende la imposibilidad de castigar a quien porta la sustancia estupefaciente para su propio consumo, aun por encima de los límites fijados en el *literal j del Artículo 2 de la Ley 30 de 1986*, resulta en su sentir errada, en tanto termina, de una parte, ligando el concepto de dosis personal a los topes allí establecidos y, por tanto, declarando la vigencia de la norma sin suministrar una explicación concreta al respecto y, de otra, al darle prioridad a una solución eminentemente cuantitativa. Agrega que la nueva dogmática introducida a raíz de la expedición del *Código Penal del 2000* y el contenido del *Acto Legislativo 002 de 2000*, indican que tales topes establecidos para las cantidades de sustancias “penalmente” permitidas, fueron derogados y que aquello que importa realmente, en punto de la intervención penal, radica en establecer si la persona porta la sustancia para fines distintos al consumo, independientemente de la cantidad decomisada. Que la lectura aislada del pronunciamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha servido incluso a los detractores de la llamada dosis personal, a sostener que como el *literal j del Artículo 2 de la Ley 30 de 1986* sigue manteniendo su vigencia, no hay siquiera la posibilidad de plantearse la no intervención penal en aquellos casos que se supera los límites establecidos, aunque el sentido de la decisión de la alta corporación sea otro, como se lee del contenido de la citada sentencia, *de agosto 17 de 2011*.

Agrega el Tribunal que la postura de la Corte acepta que es penalmente responsable quien porte cantidades superiores a las previstas como dosis de uso personal, es insostenible, pues de no admitirse que tales límites desaparecieron del orden jurídico, la verdad es que la tendencia jurisprudencial actual considera admisible que aun, en cantidades que los superan, no se requiere la intervención penal, tratándose de porción de sustancia no significativas que la persona lleva consigo para su consumo. En este sentido, varios han sido los fallos de la Corte.

También dice el Tribunal que la tesis de la Corte que no es penalmente responsable quien porte tales sustancia para su propio consumo en dosis que, aunque superiores a esos límites, resulten cercanas a los mismos o que no desborden el límite de razonabilidad en punto al factor cantidad, pues, si bien es una postura mayoritaria en estrados judiciales y encuentra apoyo en varias sentencias de la Corte Suprema de Justicia, incluso en fallos de Tribunales y Jueces que han dicho que el verdadero sentido de los fallos de la alta corporación es que quien sea sorprendido en cantidades que superen en el doble a aquellos límites, debe responder penalmente sin importar si la sustancia la porta o no para su propio consumo. Pero dice el Tribunal que resulta de imposible concreción, establecer cuándo la cantidad desborda el “límite de razonabilidad” en el contexto abordado por la Corte, cuando en el caso sometido a su consideración expresó que *“mal puede aceptar la Corte este argumento para disculpar la acción de (...) al portar marihuana en una cantidad superior en cuatro veces a la dosis tolerada, pues claramente esa cuantía, desborda el límite de razonabilidad”*, según la *Sentencia de octubre 18 de 2011 del radicado 201180081, MP Santiago Apraez Villota*.

Igualmente expresa el Tribunal, en dicha Sentencia, que en su sentir *“ningún criterio cuantitativo es válido, ni siquiera aquel de la doble cantidad del límite establecido en el citado literal j como se ha venido pregonando caprichosamente por algunos, pues el problema no es simplemente matemático sino de orden*

cuantitativo. La cantidad requerida por cada persona para calmar su propia adicción involucra múltiples factores, en el entendido que el efecto estupefaciente no sólo varía en función a la cantidad, naturaleza y pureza de la droga o sustancia sino también en razón a la constitución y grado de adicción de la persona e incluso de su situación socioeconómica y estado de ánimo, al punto que en este campo es muy relativo el valor del dictamen médico, no obstante, ha de calificarse, cuanto contiene fundamentos racionales y ha sido practicado con observancia de las reglas científicas, como un buen criterio de orientación, siendo los Jueces los llamados, a establecer, con base en el material probatorio recaudado, cuando una cantidad incautada de estupefacientes puede ser o no consumida gradualmente en dosis personal”.

3. LA PRAXIS EN LOS ESTRADOS JUDICIALES

Quienes recurren en apelación ante las Salas del Tribunal Superior de Medellín o ante las Salas de Casación de la Corte Suprema de Justicia, sostienen que la norma constitucional del *Artículo 29-2 de la Carta Política* implican que no se puede caracterizar el delito como modo de ser de la persona, que 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 suceden en el derecho penal de autor, que por esto se requiere acreditar que la sustancia que el procesado lleva consigo es para su consumo personal, debido a su situación de dependencia o de adicción, argumentando algunos que en consecuencia no importa la cantidad o exceso en que se desborda lo previsto como dosis para uso personal, en tanto que otros manifiestan que ese exceso debe ser en cantidades razonables o moderadas.

Quienes consideran que al condenarse a un consumidor de alucinógenos, afirman que resulta equivocada la imputación prevista en el *Artículo 376 del Código Penal* y la responsabilidad del acusado, cuando se afirma que el porte de dicha sustancia, de por sí representan una amenaza concreta para la salud pública, no sólo porque se excede del máximo permitido para consumo personal, en el literal *j* del *Artículo 2° de la Ley 30 de 1986*, y ellos 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 comunidad¹.

Quienes lo analizan e interpretan de esta manera propenden por el respeto del derecho penal del acto que supone la adopción del principio de culpabilidad y la existencia material de un resultado lesivo a otros bienes igualmente protegidos por la ley (antijuridicidad material), perspectiva desde la cual resulta necesario examinar si se ofrece un juicio de reproche al consumidor de sustancias ilícitas,

¹ Sentencia de Casación 29183 del 18 de noviembre del 2008. MP José Leonidas Bustos Martínez.

que adquiere para su consumo, con exceso en cantidades moderadas y razonables, superiores a la permitida como dosis, cuando su conducta o comportamiento obedece a un asunto propio del Derecho Constitucional del libre albedrío y del desarrollo de la personalidad.

El tipo penal previsto en el *Artículo 376 del Código Penal* es considerado un delito de peligro y de conformidad con lo establecido en el *Artículo 11* del mismo estatuto, que regula el principio de lesividad, no basta la antijuridicidad formal sino que se requiere de la concurrencia de la antijuridicidad material, y esto no es diferente al lesionamiento o puesta efectivamente en peligro del bien jurídico tutelado por la ley, que en el caso de estupefacientes son entre otros, la salubridad y seguridad pública, el orden económico social, ya que es un tipo pluriofensivo, y así lo analiza la Corte Suprema de Justicia², al exigir que la conducta típica para que sea punible requiere lesionar o poner en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente protegido por la ley penal y, es claro entonces, que la presencia de la lesividad se alcanza de manera exclusiva en los eventos en que se demuestre cabalmente la concurrencia de la antijuridicidad formal y material, exige de forma perentoria la confluencia de los desvalores de acción y resultado para que la conducta, además de típica, sea antijurídica, entendiéndose el primero como el reproche que se hace al sujeto activo por oponer su voluntar a la prohibición o mandato que contiene la norma. Y el segundo como la censura que recae sobre la conducta por lesiones o poner en peligro, sin justa cauca, el bien jurídico tutelado. Abundante ha sido la jurisprudencia, aceptándose por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, que la posesión de pequeñas cantidades de estupefacientes que superan, ligeramente, la dosis personal establecida por el legislador en el literal *j* del *Artículo 2 de la Ley 30 de 1896*, destinada exclusivamente para el consumo personal del adicto, no vulnera el bien jurídico

² Sentencia de casación 16066 del 6 de octubre del 1004. MP Edgar Lombana Trujillo.

tutelado por la ley, ya que el daño y la afectación a la salud y a su propia integridad lo recibe el consumidor y no la comunidad en que se desenvuelve y, es por esto, entonces, que no se cumple la exigencia del principio de lesividad.

La Corte Suprema de Justicia en *Casación 29183 del 18 de noviembre del 2008*, con ponencia del magistrado José Leonidas Bustos Martínez, se cuestiona si la simple posesión de una cantidad determinada de estupefacientes por encima de las previstas como dosis para uso personal, pueden justificar la intervención del derecho penal y legitimar la imposición de una sanción de carácter penal, casación en la que se llama la atención para que la judicatura analice cada caso en concreto, estableciendo las circunstancias en que se producen, la captura, la incautación del alucinógeno, la finalidad con la que se porte o lleve consigo el mismo y la cantidad de tal sustancia, para de esa manera establecer si resulta o no procedente la imposición de carácter penal, haciendo alusión en esta sentencia a la jurisprudencia del *20 de mayo del 2003*, radicado 16633 con ponencia del magistrado Álvaro Orlando Pérez Pinzón, sobre la teoría de la Adecuación Social, la cual describe que "*...una conducta es típica cuando, además de reunir los elementos e ingredientes tradicionales del tipo penal objetivo, es socialmente relevante, es decir, cuando afecta la relación del hombre con su entorno o mundo circundante y las consecuencias de su actuación alcanzan a este último*"³. Es decir que si la afectación no sale del entorno personal y meramente individual, sin afectar derechos de terceros, el comportamiento deviene en atípico por falta de antijuridicidad material.

Sin embargo, que se analice la falta de antijuridicidad material como parte de la atipicidad (Tesis de la Atipicidad Conglobante) o que se analice en forma independiente como lo exige el *Artículo 11 del Código Penal*, respeto a lo cual se exige que concurra la antijuridicidad material y que no basta la antijuridicidad

³ Sentencia de Casación 16636 del 20 de mayo del 2003.

formal, tal como lo analiza la misma Corte Suprema de Justicia⁴ al estudiar el principio de lesividad en el sentido de señalar que además del desvalor de la conducta, que por ello se torna en típica, debe concurrir el desvalor del resultado, entendiendo por tal el impacto en el bien jurídico al exponerlo, efectivamente, en peligro de lesión o al dañarlo, que consiste la llamada antijuridicidad material, principio que además que se relaciona con el de la denominada 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 intolerable que se realizan contra el mismo”*⁵, noción en la que se integran los postulados del carácter fragmentario del Derecho Penal, su consideración de *ultima 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 los casos de especial gravedad y relevancia, ante bienes jurídicos importantes y cuando los demás miembros de control resulten inútiles para prevenir o solucionar los conflictos, esto es, reclamando como necesaria la intervención del Derecho Penal. Sobre esas bases, es bien claro que ante la insignificancia de la agresión, ante la levedad suma del resultado, es inútil e innecesaria la presencia de la actividad penal, como tal es el caso de los llamados delitos re resultado de bagatela.

Con posterioridad la Corte Suprema de Justicia, en Casación⁶ retoma una posición abandonada, que era la teoría del aprovisionamiento como ligada al concepto de dosis personal, evidenciado en dependientes (habituales, disfuncionales o

⁴ Sentencia de Casación 18609 del 8 de agosto del 2005. MP Herman Galán Castellanos.

⁵ Principios Sociales en el Estado Social Democrático y de Derecho. Martos Núñez, Juan Antonio. Revista de Derecho Penal y Criminología, 1991. Pág. 217 y ss.

⁶ Sentencia de Casación 31531 del 8 de julio de 2009. MP Yesid Ramírez Bastidas.

destruictivos) o experimentadores y ocasionales apenas en proceso de iniciación en ese mundo, a quienes como “*Consumidores hormiga*”⁷ se les sorprende llevando consigo estupefacientes o cualquier otra droga que produzca dependencia física, síquica y fenómenos de tolerancia, en cantidades escasas que sobrepasen los topes legalmente permitidos, eventos en los que antes que producir un daño o peligro de menoscabo al bien jurídico sociocolectivo de la Salud Pública, lo que se pone de presente es un comportamiento autodestructivo o de autolesión, el cual incumbe los ámbitos exclusivos de la libertad de esa persona, es decir, a un fenómeno singular carente de antijuridicidad material (ausencia de lesividad) y que, por ende, no es punible.

En esta decisión la Corte considera que no es procedente la imposición de reproche penal, cuando se establece que el porte de alucinógenos estaba destinado al consumo personal y se trata de cantidades moderadamente superiores a las previstas como dosis personal y deslindada por completo de la actividad del tráfico o suministro a terceros, a cualquier título, pero para llegar a estas decisiones, como lo analiza el magistrado Nelson Saray Botero, del Tribunal Superior de Medellín⁸, se dieron en Colombia varios debates alrededor de la problemática de la dosis personal y fue así como para el año 1991, promulgada la Constitución Nacional, la política de lucha contra las drogas estaba reglamentada por la Ley 30 de 1986, que regulaba, tanto las campañas de prevención como los mecanismos de control a la fabricación, importación y distribución de sustancias farmacodependientes, así como los tipos penales y dentro de estos consagraba el porte y consumo de la dosis personal que era sancionado con arresto y multa, pero si de acuerdo con un dictamen médico legal se comprobaba que el consumidor era un adicto, la sanción era de internación en establecimiento psiquiátrico o similar.

⁷ Ídem.

⁸ Sentencia Penal 002 del 26 de enero de 2011. MP Hender Augusto Andrade Becerra.

Mediante la *Sentencia C-221 de 1994*, la Corte Constitucional despenalizó el porte y consumo de la dosis personal, argumentando principalmente que la imposición de penas van en contravía del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en virtud del cual la persona es autónoma para decidir la forma en que quiera llevar su vida, con el único límite de no afectar los derechos de los demás, lo que permite concluir que no había razón para imponer sanciones por el hecho de portar o consumir la dosis de uso personal, y esa decisión dio paso a las dificultades que se presentaban ante el hecho de que la persona fuera sorprendida y capturada con cantidades que excedieran las dosis permitidas por la ley, lo cual generó providencias encontradas entre los operadores jurídicos, pues para los más radicales, en su posición, la sola circunstancia de que sobrepasara esos límites establecidos por el legislador, era suficiente para considerarlo como delito, en tanto que otros empezaron a aplicar que un límite razonable en el exceso estaría en una cantidad que no sobrepasara la mitad de la dosis mínima, pero otros consideraron que era más justo que ese exceso no fuera más del doble de la dosis mínima, pero lo uno y lo otro resultaba arbitrario en la medida de que se podría considerar como cantidad razonable y permitida en el exceso de la dosis personal ya que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, considera en varias de sus sentencias, atípicas, conductas en las cuales el exceso en la dosis mínima apenas superaba en cantidades ínfimas lo permitido, sin establecer una demarcación en cuanto a las cantidades como era lo pretendido por algunos jueces, pues como ya se advirtió, lo que hay que hacer es el estudio de cada caso en concreto.

En la *Casación 29183 del 18 de noviembre de 1008* con ponencia del magistrado José Leonidas Bustos Martínez se establece que si el acusado no afectó los derechos ajenos entonces no alteraba efectivamente ningún bien jurídico y, por esto, el comportamiento que se le atribuía carecía de antijuridicidad material y en

consecuencia, no podría ser penalizado porque no alcanzaba la categoría de una conducta punible.

En el 2009, y en la casación ya referida, con ponencia del magistrado Yesid Ramírez Bastidas, sobre la dosis de aprovisionamiento, estima que debía tratarse de cantidades escasas que sobrepasaran los topes legalmente permitidos, pues ese tipo de conductas no producen daño o peligro al bien jurídico de la salubridad pública, y esas sentencias sirvieron en la interpretación de las normas referentes a la dosis personal y a su penalización, pues sirvieron de fundamentos para judicialización, la cantidad de droga incauta y la condición de consumidor del procesado, admitiéndose como legal la dosis de aprovisionamiento, pero no la de distribución, razón para que la persona no fuera juzgada ni sometida a la imposición de condenas.

En *Casación del 23 de junio de 2010*, número 31352, con ponencia del magistrado Julio Enrique Socha Salamanca, se hace un recuento del avance jurisprudencial sobre el tópico de que versa esta monografía, lo que concluye a decir, que si bien la conducta prevista en el *Artículo 376 del Código Penal* es de los llamadas tipos de peligro presunto, es decir, aquellos en los que el legislador presupone de manera *iusuris tantum* el menoscabo del bien jurídico con la realización de cualquiera de los verbos rectores previstos en la norma, sin que sea necesario esperar la producción de un resultado de lesión material o no valorativo. Lo cierto es que la Corte sólo ha considerado relevantes los comportamientos ajenos al consumo personal que impliquen una participación en la actividad ilícita del narcotráfico. Por esta razón, la Corte ha descartado de la figura de la dosis personal el suministro a terceros aunque sea gratuito y, con mayor razón, su tráfico; esto es, su utilización económica y, así, ha precisado que la posesión o tenencia de sustancias prohibidas sólo tiene relevancia a efectos de la aplicación penal en cuanto la misma se halle destinada al posterior tráfico ilícito y que por eso la expresión que consagraba el *inciso 2 del Artículo 376 del Código Penal*

“salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal” contenida en la prohibición normativa, no abarca el consumo a título privado, así se trate de cantidades superiores a las previstas en el literal *j* del *Artículo 2 de la Ley 30 de 1986* que impliquen aprovisionamiento, sino toda acción que de cualquier otra manera promueva, favorezca o facilite su tráfico ilícito, en otras palabras, el comportamiento no lesivo en el tipo consagrado en el *Artículo 376 del Código Penal*, es aquel que ha sido “deslindado por completo de conductas que evidencien tráfico, oneroso o gratuito de drogas”⁹.

Con el acto legislativo 002 del 21 de diciembre de 2009 se introdujo una reforma constitucional mediante la cual se prohíbe el porte o consumo de estupefacientes, salvo prescripción médica, lo que ha sido considerado como un retroceso, pues va en contravía de lo que ya varios países han superado, despenalizando el porte y consumo personal, al considerar que la represión no es la solución en la lucha contra las drogas, reconociendo que muchas de las políticas antidrogas han sido equivocadas y no han dado resultados como lo pregona actualmente ante la comunidad internacional nuestro actual presidente de la República, Juan Manuel Santos Calderón, pero, lastimosamente, ese acto legislativo que modifica el *Artículo 49 de la Constitución Nacional* no ha sido reglamentado. Sin embargo, el mismo no pretendió volver a sancionar con pena privativa de la libertad el consumo de la dosis personal, sino acompañarlo con medidas pedagógicas, profilácticas y terapéuticas que le ayudarán al infractor y a su familia, a superar sus dificultades, aunque de todos modos requieren de la aceptación, sometimiento el consentimiento de la persona, se excluye la imposición de castigos como tal, pues, era más garantista y acorde con las últimas posiciones universales de la lucha contra la droga, acerca de lo que necesitan los consumidores y adictos de estupefacientes, es un tratamiento interdisciplinario de rehabilitación para poderse integrar a la sociedad.

⁹ Sentencia Casación 29183 del 18 de noviembre de 2008. MP José Leonidas Bustos Martínez.

Queda claro que el *Artículo 49 de la Carta Magna* establece que con fines preventivos y rehabilitadores, la ley debía establecer medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman de estas sustancias y estos son tratamientos administrativos y no punitivos por no considerarse tal conducta como delito. Por esto, si constitucionalmente un consumidor no puede ser sancionado con pena, resulta obvio que tal conducta no sería un delito y, por ende, su comportamiento se catalogaría atípico y eso está en consonancia con los principios rectores del Código Penal, como el de la legalidad, previsto en el *Artículo 6º*, según el cual nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, con el principio de conducta punible, previsto en el *Artículo 9* de la misma codificación, se requiere que la conducta sea típica, antijurídica y culpable, para que sea punible, y el de tipicidad que consagra el *Artículo 10 ibídem*, que prevé que la ley penal definirá, de manera inequívoca, expresa y clara, las características básicas estructurales de los tipos penales.

Por esto, se ha considerado entonces que atendiendo el principio de legalidad de las penas que establece, que no hay delito ni pena sin ley y a haber desaparecido de la legislación, por derogatorio tácita, la penalización para el consumidor, o por lo menos, al tratarse de un tipo penal incompleto, al describirse una conducta sin punibilidad, no es posible su aplicación y atendiendo el principio de favorabilidad, no resulta viable la penalización de la conducta.

4. CONCLUSIONES

Es posible tener por impunes las conductas de los individuos dirigidas al consumo de estupefacientes en las dosis fijadas en el *literal j del Artículo 2° de la Ley 30 de 1986*, o en cantidades ligeramente superiores a esos topes. Esto último de acuerdo con el desarrollo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a pesar de la reforma constitucional, a través del *acto legislativo 002 de 2009* y de la modificación del *Artículo 376 del Código Penal*, mediante el *Artículo 11 de la Ley 1453 del 24 de junio de 2011*, Seguridad Ciudadana, en razón al respeto al derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la ausencia de lesividad de conductas de porte de estupefacientes encaminadas al consumo del adicto dentro de los límites de la dosis personal, pues éstas no trascienden a la afectación, siquiera abstracta, del bien jurídico de la Salud Pública, el cual principalmente protege el tipo penal descrito en el *Artículo 376 del Código Penal*.

El portar estupefacientes en cantidades importantes, no moderadas y razonables, desborda el límite de esa razonabilidad por la presunción que opera sobre la puesta en riesgo de bienes jurídicos como la Salud Pública el Orden Económico y Social, entre otros intereses, cuando alguien es sorprendido en poder de droga en una cantidad importante, la cual es definida por el legislador en el *Artículo 376 del Código Penal*, pues si es ostensiblemente superior a lo definido como dosis personal, no es posible concluir que esté destinada al consumo, sino a cualquiera de las conductas consideradas lesivas y por tanto, objeto de sanción penal.

Si bien, el adicto es una persona enferma, de todas formas debe someterse a las pautas que regulan una situación que la sociedad no puede desconocer como una realidad, cual es la necesidad de despenalizar el consumo y porte de la dosis personal, en orden a garantizar el ejercicio al libre desarrollo de la personas del enfermo, empero, esa libertad no puede extenderse a permitirle llevar libremente

cantidades de estupefacientes que desbordan gravemente lo tolerado, pues una eventualidad como esa indica en forma legítima, a presumir una destinación ilícita de la droga incautada, pues sólo puede concluirse un fin de consumo, cuando la cantidad se encuentra en los topes definidos como dosis personal o superados ligeramente.

Si las personas farmacodependientes pretenden que su comportamiento sea excusado, dada esa particular condición, deben ejercer esa opción que han elegido de consumir estupefacientes, respetando la regulación que para ese fenómeno ha implementado el Estado, conformándose con portar la dosis en las cantidades permitidas o que las superen mínimamente, pues solamente de esa manera se deriva la falta de afectación a bienes jurídicos de naturaleza abstracta como lo es la Salud Pública.

Surge como necesidad imperiosa la reglamentación del *Acto Legislativo 002 del 21 de diciembre de 2009*, toda vez que aunque el mismo está vigente, no ha sido objeto de reglamentación y, por eso, la judicatura tiene que conocer todos los casos que se presenten relacionados con estupefacientes, incluyendo los de consumo, precisamente porque no se han expedido las reglas que permitan establecer el derrotero a seguir en relación a estas personas y para que prontamente se les pueda prestar la atención interdisciplinaria para su rehabilitación y su reintegro a la sociedad.

Pese a los esfuerzos jurisprudenciales y doctrinarios sobre el tema, hasta que no haya decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, reiterada o unificadora, sobre la interpretación a cerca de los dosis de uso personal y su exceso, dosis de aprovisionamiento, etc., los operadores jurídicos continuarán interpretando según su criterio y debidamente fundamentadas las posiciones que a bien tengan, adoptar al respecto, continuando entonces, con diversidad de pronunciamientos que a la larga terminan perjudicando por la desigualdad en la

aplicación, los intereses de quienes se ven sometidos a investigaciones por este tipo de conductas, debiéndose entonces analizar cada caso en concreto y ahondar en las indagaciones para establecer si la persona que porta esas sustancias es o no consumidora, si la misma obedece o no a una dosis de aprovisionamiento, si estaba destinada a su consumo personal y afectación de su propia salud e integridad o si, por el contrario, al suministro oneroso o gratuito a terceros, para así establecer la procedente o no de la imposición de sanciones penales, o de tipo terapéutico, como lo manda en *acto legislativo 002 de 2009*.

BIBLIOGRAFÍA

Acevedo, Carlos M. Los Estupefacientes. Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín, Primera Edición, 2010.

Constitución Política de Colombia. Legis Editores S. A. Bogotá D. C.

Escobar López, Edgar. Estupefacientes Delitos y Contravenciones. Editorial Leyer. Bogotá D.C, Tercera Edición, 2001.

Martos Núñez, Juan Antonio. Principios Sociales en el Estado Social Democrático y de Derecho. Revista de Derecho Penal y Criminología. Bogotá D. C. 1991.

Régimen Penal Colombiano. Lagis Editores S. A. Bogotá.

Sentencia Casación 29183 del 18 de noviembre de 2008. MP José Leonidas Bustos Martínez.

Sentencia de casación 16066 del 6 de octubre del 1004. MP Edgar Lombana Trujillo.

Sentencia de Casación 16636 del 20 de mayo del 2003.

Sentencia de Casación 18609 del 8 de agosto del 2005. MP Herman Galán Castellanos.

Sentencia de Casación 29183 del 18 de noviembre del 2008. MP José Leonidas Bustos Martínez.

Sentencia de Casación 31531 del 8 de julio de 2009. MP Yesid Ramírez Bastidas.

Sentencia Penal 002 del 26 de enero de 2011. MP Hender Augusto Andrade Becerra.