RELEVANTE

SALA DE CASACIÓN PENAL

M. PONENTE	: EUGENIO FERNANDEZ CARLIER
NÚMERO DE PROCESO	: 43725
NÚMERO DE PROVIDENCIA	: SP3605-2017
CLASE DE ACTUACIÓN	: CASACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA
FECHA	: 15/03/2017
DECISIÓN	: NO CASA
DELITOS	: Trafico, fabricación, o porte de estupefacientes
FUENTE FORMAL	: Constitución Política de Colombia de 1991 art. 49 / Convención Única sobre Estupefacientes de la ONU de 1961 art. 36 / Convenio sobre sustancias sicotropicas de la ONU de 1971 art. 20 y 22 / •Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Viena, 20 de diciembre de 1988 / Acto Legislativo 2 de 2009 / Ley 67 de 1993 / Ley 30 de 1986 art. 33 y 51 / Ley 365 de 1997 art. 17 / Ley 599 de 2000 art. 376 / Ley 906 de 2004 art. 180 / Ley 1453 de 2011 / Ley 1566 de 2012

TEMA: **TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo para el consumo, es conducta atípica (ejercicio del derecho de autopuesta en peligro bajo responsabilidad propia) / **TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Dosis personal: consumidor, la dosis se determinará en cada caso concreto (puede ser superior a la legalmente establecida, siempre que sea necesaria para el consumo del sujeto) / **TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Consumidor: presupuestos para no ser tratado como un delincuente / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Fiscalía: carga de la prueba / **TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Demostración

«La Sala considera que la discusión debe resolverse de conformidad con la línea jurisprudencial trazada desde la decisión CSP SP, 9 mar.de 2016, rad. 41760, ratificada en CSJ SP, 6 abr. 2016, rad. 43512, que insta a precisar en cada caso si se está juzgando a un enfermo o a un infractor de la ley, esto es, un consumidor o adicto frente a un distribuidor o comerciante de estupefacientes, porque la justicia penal sólo debe ocuparse de éstos últimos.

[…]

[…] el norte que debe comandar la interpretación judicial es no tratar a la farmacodependencia como delincuencia, por cuanto es necesario distinguir los comportamientos de porte para consumo, uso personal o consumo en ese contexto, de los relativos al narcotráfico, pues son estos últimos los que merecen punición.

Y tras destacar que con anterioridad la Corporación cuando se superaba la cantidad establecida como de uso personal había resuelto los asuntos en sede de antijuridicidad en relación con el daño potencial o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos como la salud pública, la seguridad pública y el orden económico y social, (v.gr CSJ SP, 3 sep. 2014, rad. 33409; CSJ SP, 12 nov. 2014, rad. 42617, entre otros), se puntualizó que ahora tales eventos han de ser desarrollados dogmáticamente en los terrenos de la tipicidad, porque con la modificación hecha a través del Acto Legislativo 02 de 2009 el ánimo de ingesta de las sustancias se constituye en ingrediente subjetivo o finalidad del tipo, de ahí que el porte de una cantidad de droga compatible exclusivamente con ese propósito de consumo ha de considerarse como una conducta atípica.

[…]

En la misma línea, la Corte ha clarificado que incluso tratándose de consumidores o adictos siempre se debe analizar si la finalidad de la posesión o tenencia del alcaloide era para su consumo personal, porque puede suceder que la cantidad supere exageradamente la requerida por el consumidor, o la intención sea sacarla o introducirla al país, transportarla, llevarla consigo, almacenarla, conservarla, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla, financiarla, suministrarla o portarla con ánimo diverso al consumo personal, casos en los cuales la conducta del consumidor, concurrente con esas otras finalidades, lo convierte en un infractor penal.

De lo expuesto se concluye que el consumidor o adicto puede portar una cantidad diferente a la legalmente establecida como dosis personal, siempre que sea con la finalidad de su consumo personal y aprovisionamiento, conducta que, se insiste, no puede enmarcarse en al ámbito penal, sino que el sujeto ha de ser pasible de las medidas administrativas de carácter pedagógico, profiláctico y terapéutico.

Por lo tanto, para conformar la proposición jurídica ha de entenderse integrada por las previsiones de la Ley 30 de 1986 respecto a las cuantificaciones de la dosis mínima, pero también el Acto Legislativo 02 de 2009 y las sentencias adoptadas con posterioridad que siempre que esté destinada al uso personal dan cabida a una cantidad mayor.

Por eso, la dosis personal debe entenderse como la que, sin desnaturalizar ese concepto, es requerida por el procesado dada su adicción, lo que en el caso concreto debe ser objeto de comprobación, por tanto no están excluidas necesariamente las dosis que superan el monto señalado en el artículo 2° de la Ley 30 de 1986.

[…]

En este sentido la Sala reitera que lo importante es que la tipicidad de toda acción que se ajuste a la descripción objetiva del artículo 376 del Código Penal dependa del fin exteriorizado por el autor. Pero no tanto de un propósito de consumo propio como criterio excluyente de responsabilidad, sino de la verificación por parte de la Fiscalía de una conducta pre-ordenada al tráfico de estupefacientes.

Corresponderá al juez, luego de valorar la prueba en conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica, determinar si es razonable condenar por el delito del artículo 376 del Código Penal a un consumidor habitual de sustancias prohibidas que porte 5,7 gramos de cocaína, o a quien fuere hallado con una dosis pequeña, para la cual debe apreciar si la cantidad es demostrativa de un propósito y uso diferente al consumo personal, o si ese gramaje junto con los demás medios evidencian que se trata de un porte de sustancia para la exclusiva ingesta sin otro ánimo del procesado.

[…]

La postura del ad quem no está imbuida de error y, por el contrario, se ajusta a los criterios actuales del legislador y la jurisprudencia.

A CHMJ la Fiscalía jamás le demostró que la acción de llevar consigo cinco coma siete (5.7) gramos de cocaína los hubiere fabricado, o los hubiese detentado con el ánimo de traficar con esa sustancia. Lo anterior ya era suficiente para concluir que no le era atribuible el tipo previsto en el artículo 376 del Código Penal. Pero además, la defensa estableció, sin demostrarse lo contrario, que el porte obedeció a un hábito de un dependiente de sustancias prohibidas [...].

Dado que para la tipicidad de la conducta del porte de sustancias estupefacientes debe sopesarse el ingrediente subjetivo tácito que plasmó el legislador al excluir de la previsión legal la conducta de quien tenga la finalidad exclusiva de su uso personal por razón de la dependencia como consumidor, adicto o enfermo, teniendo en cuenta que en las instancias se acreditó ese ánimo y la fármaco-dependencia de MJ, habrá de concluirse que el porte de los 5,7 gramos de cocaína deviene en atípico.

De ahí que la absolución debe sustentarse en el supuesto del ejercicio de un derecho, el de autopuesta en peligro bajo responsabilidad propia.

[…]

La protección de los consumidores implica la carga procesal por parte de la Fiscalía de demostrar un contexto de actividad orientada al tráfico de estupefacientes. Aquí es obvio que esto no se desprende de la situación fáctica que las partes reconstruyeron en el juicio.

El cargo no prospera».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:
Rad: C-176 | Fecha: 12/04/1994 | Tema: TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Elementos: verbos rectores, llevar consigo para el consumo, es conducta atípica (ejercicio del derecho de autopuesta en peligro bajo responsabilidad propia)
Rad: C-221 | Fecha: 05/05/1994 | Tema: TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Elementos: verbos rectores, llevar consigo para el

consumo, es conducta atípica (ejercicio del derecho de autopuesta en peligro bajo responsabilidad propia)
Rad: 33409 | Fecha: 03/09/2014 | Tema: TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Elementos: verbos rectores, llevar consigo para el consumo, es conducta atípica (ejercicio del derecho de autopuesta en peligro bajo responsabilidad propia)
Rad: 42617 | Fecha: 12/11/2014 | Tema: TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Elementos: verbos rectores, llevar consigo para el consumo, es conducta atípica (ejercicio del derecho de autopuesta en peligro bajo responsabilidad propia)