



Proceso No 31531

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado ponente:

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Aprobado Acta N°209

Bogotá, D. C., julio ocho (8) de dos mil nueve (2009).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensora de ANCÍZAR JARAMILLO QUINTERO, contra la sentencia del Tribunal de Armenia que confirmó la dictada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de conocimiento de esa ciudad, mediante la cual se le condenó como autor responsable del delito de *llevar consigo* sustancia estupefaciente.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

1.- Los primeros fueron tratados en el fallo impugnado de la siguiente manera:



El cinco (5) de agosto de dos mil ocho (2008), siendo las 4:25 de la tarde, en el sector de la carrera 18 con calle 51 de Armenia, agentes de la Policía Nacional sorprendieron al señor ANCÍZAR JARAMILLO QUINTERO cuando portaba 1.3 gramos de cocaína que llevaba en dos papeletas.

2.- Por los anteriores acontecimientos, el 5 de agosto de 2008 la Fiscalía Primera Seccional URI formuló imputación ante el Juzgado Quinto Penal Municipal con funciones de control de garantías contra ANCÍZAR JARAMILLO QUINTERO como autor del delito de porte de estupefacientes en la modalidad de “llevar consigo”, atribución a la que se allanó.

3.- El 19 de septiembre de ese año se radicó escrito de acusación y el 23 de octubre siguiente el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Armenia con funciones de conocimiento, lo condenó a la pena principal de sesenta y cuatro (64) meses de prisión, multa de un millón doscientos veintisiete mil quinientos noventa (\$1.227.590.00) pesos y a la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por un periodo igual como autor responsable del delito imputado, y le negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por obrar en su contra antecedente penal, sentencia de abril 17 de 2006, por habersele encontrado “una bolsa blanca en plástico la que contenía unas hojas secas, con semilla verde, olor fuerte, penetrante, con características similares a la marihuana”, peso de 48 gramos, imputándosele *porte* de *cannabis sativa*, sin que



existiera prueba de ánimo de tráfico, y concediéndosele el subrogado penal por su calidad de “delincuente primario”.

4.- La anterior decisión fue apelada por el defensor y el 28 de noviembre de 2008 el Tribunal de Armenia la confirmó en todas sus partes.

5.- Mediante auto del cuatro (4) de mayo de 2009 se admitió el libelo y se fijó el 17 de junio siguiente a las 3:00 p.m. para la sustentación de la impugnación extraordinaria.

LA DEMANDA:

Sobre la finalidad del recurso de que trata el artículo 180 de la Ley 906 de 2004, la impugnante guardó silencio.

En el **cargo único**, al amparo de la causal primera del artículo 181 ejusdem acusa la sentencia de segunda instancia de incurrir en falta de aplicación, aplicación indebida e interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal llamada a regular el caso.

Adujo que el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007 que prohíbe toda clase de subrogados a las personas, no se puede aplicar por analogía contra JARAMILLO QUINTERO porque cuando éste aceptó



los cargos imputados por la Fiscalía, se hizo acreedor a la rebaja consagrada en el artículo 351 del C. de P.P.

Consideró que la primera y la segunda instancia efectuaron una interpretación errónea del artículo 32 de la Ley 1142 de 2007 pues equipararon el derecho de rebaja de pena del artículo 351 de la Ley 906 de 2004 que adquirió el procesado por virtud de la aceptación de cargos a un beneficio.

Argumentó que en el Código Penal de manera expresa se consagran figuras que se constituyen en mecanismos sustitutos de la pena privativa, como lo son la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la libertad condicional, la reclusión domiciliaria y algunas gracias administrativas reguladas en el Código Penitenciario. Y, en su contrario:

De acuerdo con el artículo 288 de la Ley 906 de 2004, se determina en el numeral 3º para el investigado, la posibilidad de allanarse a la imputación y obtener una rebaja de pena de conformidad con el artículo 351 ibídem, la cual es dable conceder hasta en la mitad de la imponible.

De otra parte, argumentó que la Ley 1142 del 28 de junio 2007 sólo puede aplicarse a partir de esa fecha y hacia futuro y no con efectos retroactivos porque de esa manera se contraría el



artículo 29 de la Carta Política, si se tiene en cuenta que el antecedente que registra JARAMILLO QUINTERO es del año 2006.

Hizo mención a la sentencia C-425 de 2008 en la que se dispuso la exequibilidad del artículo 32 en cita, y en la cual a su juicio se hizo una enumeración de los beneficios y subrogados penales que se reportan excluidos y que se encuentran regulados en los artículos 63 a 69 de la Ley 599 de 2000 y 465 a 476 de la Ley 906 de 2004, sin que en el texto de la misma se hubiese efectuado referencia a las rebajas de pena tratadas en los artículos 351, 356 y 367 del Código de Procedimiento Penal ni se plasmó pauta alguna para asimilarlas como beneficios, de donde infiere que la Ley 1142 de 2007 en su artículo 32 no afecta a las normas en cita.

Por lo anterior, solicita a la Corte casar la sentencia y conceder a ANCÍZAR JARAMILLO QUINTERO la máxima rebaja de pena a la que tiene derecho por haber aceptado los cargos en la audiencia de imputación.

INTERVENCIONES EN LA AUDIENCIA PÚBLICA:

1.- Recurrente.-



El defensor público que sustituyó a la inicial impugnante, manifestó que no tenía agregados complementarios por argumentar con referencia a los aspectos objeto de la demanda.

2.- Fiscalía.-

Adujo que el fallo de primera instancia tiene incoherencias entre la parte motiva y la resolutive, aspecto que no fue materia de censura por la casacionista, pues en aquella se reconoce que se reducirá al procesado la pena a la mitad y se falló en sentido negativo, decisión que confirmó el Tribunal sin referirse a ese tema sustancial, razón por la que solicitó se anulara la sentencia y en su reemplazo se profiriera una en la que se reconozca la rebaja.

De otra parte, argumentó que el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 no ha sufrido derogación expresa ni tácita por virtud de la entrada en vigencia del artículo 32 de la Ley 1142 de 2007.

Hizo mención al tránsito legislativo que tuvo la citada disposición en las Gacetas 418 del 26 de julio de 2006, 428 de 4 de octubre de 2006, 124 de 19 de abril de 2007, 209 de mayo 25 de 2007 y 287 de 14 de junio de 2007.

Recordó que la intención inicial del legislador estuvo dada en excluir tanto las rebajas de pena como los subrogados y



beneficios a quienes tuvieran antecedentes penales por delitos dolosos o preterintencionales dentro de los cinco años anteriores, propuesta que se mantuvo hasta la ponencia para primer debate del 27 de septiembre de 2006, pero que luego en el informe de ponencia para el segundo debate, el texto apareció en la forma como en la actualidad se consagra en el artículo 32 ejusdem, de donde infiere que no puede interpretarse que esa norma excluye las rebajas de pena del artículo 351 de la Ley 906 de 2004 porque si el legislador lo hubiera querido consagrar, lo habría estipulado de manera expresa.

Por lo anterior, solicitó “se decrete la nulidad de la sentencia y en su reemplazo se profiera una en la que se reconozca la rebaja del 50% al aquí procesado”.

3.- Ministerio Público.-

El Procurador Primero Delegado para la Casación Penal, consideró que la demanda adolecía de defectos técnicos pues sobre una norma sustancial no era dable censurar de manera conjunta falta de aplicación, aplicación indebida e interpretación errónea, como se había alegado en el libelo.

De otra parte, hizo referencia a que el juez de primera instancia en la parte motiva del fallo reconoció a JARAMILLO QUINTERO la rebaja de la mitad de la pena, y no obstante no se



dispuso lo correspondiente en el acápite resolutorio de la misma, y que el Tribunal no dijo nada al respecto y de manera indebida negó esa reducción.

Adujo que en casos de consumidores, como el ciudadano aquí procesado que sobrepasó en el *llevar consigo* de manera escasa la dosis personal, no puede hablarse de antijuridicidad material ni de lesividad.

Por lo anterior, solicitó a la Corte casar la sentencia y en su reemplazo absolver al procesado, “para lo cual se debe decretar la nulidad desde la aceptación de culpabilidad”.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

La Sala no se detendrá en los defectos de la demanda a los que hizo referencia el Ministerio Público porque, una vez admitida, el impugnante adquiere el derecho a que se le responda de fondo sobre las censuras presentadas en contra de la sentencia de segunda instancia.

El artículo 184 de la Ley 906 de 2004 estipula los eventos en los cuales no se selecciona 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). Pero en el objetivo de hacer real el recurso entendido como control constitucional y legal contra las sentencias proferidas en segunda instancia, se 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.

En esa medida, 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.

1.- De la no aplicabilidad del artículo 32 de la Ley 1142 de 2007 y su ausencia de afectación del artículo 351 de la Ley 906 de 2004.-

Previo paso a plasmar consideraciones sustanciales acerca de la petición de casación y por ende absolución del aquí procesado por ausencia de lesividad que hizo el Ministerio Público, aspecto trascendente que para el caso se torna prioritario y desplaza la solicitud efectuada por la Fiscalía, se hace necesario efectuar algunas precisiones relativas a los alcances del artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, toda vez que el cargo



único de la demanda se formuló y desarrolló impugnando la indebida aplicación de esa normativa:

1.1.- La Ley 906 de 2004 establece:

Artículo 351.- Modalidades.- La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación.

Artículo 352.- Preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación.- Presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el fiscal y el acusado podrán realizar preacuerdos en los términos previstos en el artículo anterior.

Cuando los preacuerdos se realizaren en este ámbito procesal, la pena imponible *se reducirá* en una tercera parte.

Artículo 356.- Desarrollo de la audiencia preparatoria.- En desarrollo de la audiencia el juez dispondrá:

1.- Que las partes manifiesten sus observaciones pertinentes al procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios, en especial, si el efectuado fuera de la sede de la audiencia de formulación de acusación ha quedado completo. Si no lo estuviere, el juez lo rechazará.

2.- Que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física.

3.- Que la fiscalía y defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público.



4.- Que las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias. En este caso decretará un receso por el término de una (1) hora, al cabo de la cual se reanudará la audiencia para que la fiscalía y la defensa se manifiesten al respecto.

Parágrafo.- Se entiende por estipulaciones probatorias los acuerdos celebrados entre la fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias.

5.- Que el acusado manifieste si acepta o no los cargos. En el primer caso se procederá a dictar sentencia reduciendo hasta en la tercera parte la pena a imponer, conforme lo previsto en el artículo 351. En el segundo caso se continuará con el trámite ordinario.

Artículo 367.- Alegación inicial.- Una vez instalado el juicio oral, el juez advertirá al acusado, si está presente, que le asiste el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, y le concederá el uso de la palabra para que manifieste, sin apremio ni juramento, si se declara inocente o culpable. La declaración podrá ser mixta o sea, de culpabilidad para alguno de los cargos y de inocencia para otros.

De declararse culpable *tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena* imponible respecto de los cargos aceptados.

La Ley 1142 del 28 de junio de 2007, artículo 32, adicionó el artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, en los siguientes términos:

Exclusión de beneficios y subrogados.- No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutos de la pena privativa de libertad, de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o



administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley siempre que ésta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.

Desde el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial, debe advertirse que el espíritu y texto del artículo 32 de la Ley 1142 de 2007 convertido en artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, está dado de manera inequívoca en la exclusión de *beneficios y subrogados*, para aquellas personas que hubiesen sido condenadas por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores, finalidad que por técnica legislativa se observa al estar integrada dicha norma dentro del Capítulo II del Código Penal el cual trata y regula los mecanismos sustitutos de la pena privativa de la libertad.

De otra parte, no puede perderse de vista que la Ley 906 de 2004 entre las modalidades de terminación del proceso comporta las sentencias que se produzcan como resultado de las políticas del consenso, esto es, las que se derivan de manera anticipada previo paso de la aceptación de cargos, preacuerdos, negociaciones o aceptación de culpabilidad, eventos en los que de manera precisa se ha previsto unas rebajas de sanción, las que desde una perspectiva sustancial constituyen un *derecho* y se integran al principio de legalidad de la pena.

Los subrogados de que trata el Capítulo II de la Ley 599 de 2000: (i).- artículo 63.- suspensión condicional de la ejecución de



la pena¹, (ii).- artículo 64.- libertad condicional², como la detención en el lugar de la residencia (art. 314 Ley 906 de 2004) y prisión domiciliaria³, al igual que los beneficios judiciales o administrativos, son consecuencias que derivan en modalidades alternativas para lograr que el condenado esté por fuera del

¹ Artículo 63.- Suspensión condicional de la ejecución de la pena.- La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un periodo de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos: (i).- Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años, (ii).- Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena. La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.

² Artículo 64.- Modificado por el artículo 5 de la Ley 890 de 2004.- El juez podrá conceder la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad previa valoración de la gravedad de la conducta punible, cuando haya cumplido las dos terceras partes de la pena y su buena conducta durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena. En todo caso su concesión estará supeditada al pago total de la multa. El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena se tendrá como periodo de prueba. Cuando éste sea inferior a tres años, el juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto.

³ Artículo 38 Ley 599 de 2000.- La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión.- La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurren los siguientes presupuestos: (i).- Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos, (ii).- Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena, (iii).- Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones: 1.- Cuando sea del caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia, 2.- Observar buena conducta, 3.- Reparar los daños ocasionados con el delito, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo, 4.- Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello, y 5.- Permitir la entrada a la residencia a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y la reglamentación del INPEC.



establecimiento carcelario y obtenga la libertad, resultados que para lograrse, de manera diferenciada están sujetos a condiciones.

Desde la teoría del delito se comprende sin dificultad que los subrogados y beneficios no hacen parte del factor pena ni se constituyen en elemento para la dosimetría de la misma como máximo, mínimo ni reducción de aquella, esto es, no se integran al principio de legalidad de la pena, como en su diferencia sí lo son las rebajas de que tratan los artículos 351, 352, 356 numeral 5º y 367 ejusdem, de lo que se infiere que el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007 no afectó los *derechos de degradación punitiva* consagrados en esas normas, como de manera equivocada lo interpretó el Tribunal cuando dijo:

Esta Sala mantiene la posición que ha asumido en relación con este tema desde la sentencia de noviembre 27 de 2007 (radicación 631306000082200700213), en el sentido que esa exclusión no sólo está ligada a los subrogados penales o mecanismos sustitutos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional, como a la prisión domiciliaria, sustitutiva de la prisión, sino también, a cualquier otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, exceptuándose, únicamente los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que ésta sea efectiva.

En este orden de ideas, es dable inferir que el artículo 68 A hace parte de las medidas tomadas por el legislador en la ley 1142 de 2007, por medio de la cual se adoptan mecanismos para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana, es decir, se refiere a un ámbito que



supera el tema de los subrogados, tanto que el canon mencionado los relaciona taxativamente y agrega otras figuras jurídicas que no están en ese capítulo, como la prisión domiciliaria y los demás beneficios legales, judiciales o administrativos.

En consecuencia, como el señor JARAMILLO QUINTERO fue condenado por delitos dolosos (sic) dentro de los cinco años anteriores al ilícito por el que se adelanta el presente proceso, no es posible reconocerle la rebaja de pena por aceptación de responsabilidad por expresa disposición del artículo 68 A del Código Penal.

El artículo 367 de la Ley 906 de 2004, es inequívoco al establecer que si el acusado se declara culpable en el juicio oral *tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible.*

En igual sentido el artículo 352 ejusdem en el inciso 2º es determinante al indicar que si los preacuerdos se realizaren en tiempo posterior a la presentación de la acusación *la pena se reducirá en una tercera parte.*

En esa medida, se puede colegir que no es cierto que el artículo 68 de *manera expresa* esté prohibiendo o excluyendo la disminución punitiva de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, afirmación a la que de manera errónea arribó el Tribunal, postulado que de acogerse se haría extensivo a las dosimetrías establecidas en las otras normas citadas.



Por lo anterior, se insiste que desde la teoría del delito y más concretamente desde los rigores del principio de legalidad de la pena, no se torna posible confundir ni hacer entremezclas híbridas entre los subrogados, beneficios y los aspectos que regulan la punibilidad pues éstos últimos se constituyen en un derecho al punto dado que inciden en el quantum a imponer y afectan los topes de prescripción.

Además de lo anterior, en el objetivo de comprender a cabalidad los alcances el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, puede acudirse al querer del legislador. En efecto, como lo puso de presente la Fiscalía en la audiencia de sustentación, en los inicios de la presentación del proyecto de ley modificatorio del artículo 68 A ejusdem, la pretensión inicial en el Congreso de la República estuvo dada en la de excluir *rebajas de pena, beneficios y subrogados* a quienes hubiesen sido condenados por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores, propósito que se mantuvo hasta el 27 de septiembre de 2006 cuando se presentó ponencia para primer debate, pero luego en el informe para la segunda discusión, no se incluyó dentro de las prohibiciones lo relativo a las degradaciones punitivas, de donde se infiere que si la voluntad de aquel hubiese sido hacer extensiva la restricción a esos factores, pues así de manera expresa lo habría manifestado.



Por todo lo visto, se le otorga razón a la casacionista cuando planteó que JARAMILLO QUINTERO tiene derecho a la rebaja del artículo 351 por la circunstancia de haber aceptado la imputación de la referencia y se concluye que el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007 no afectó los derechos de rebaja de pena regulados en los artículos 351, 352, 356 numeral 5º y 367 de la Ley 906 de 2004, amén que el antecedente judicial debe haberse dado, *por favorabilidad*, en vigencia de la mencionada ley expedida el 28 de julio de 2007.

No obstante, la Sala precisa que en el caso objeto de control constitucional y legal, el tema de fondo va más allá de la rebaja de pena aquí solicitada. Por tanto, se procederá a decidir desde la perspectiva de la prevalencia del derecho sustancial, toda vez que se advierte que la conducta por la que resultó condenado JARAMILLO QUINTERO se reporta carente de antijuridicidad material y se impone su absolución. En efecto:

2.- Del principio de lesividad en el Estado constitucional, social y democrático de Derecho.-

De acuerdo con los elementos materiales de prueba que obran en la actuación, se tiene establecido que el aquí procesado al momento de su aprehensión *llevaba consigo* una cantidad de 1.3 gramos de cocaína que iban en dos papeletas, objetividad de la cual se infiere que apenas sobrepasó la dosis personal,



comportamiento por el que resultó condenado a la pena principal de sesenta y cuatro (64) meses de prisión, sin que los jueces de instancia hubiesen reparado que el Código Penal dentro de sus normas rectoras tiene consagrado el principio de lesividad así:

Ley 599 de 2000.- art. 11.- Antijuridicidad.- Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

Sobre éste postulado, la Corte entre otros pronunciamientos ha dicho:

Del concepto así expresado 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, entendiéndose 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.

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 delitos de resultado de bagatela⁴.”

En igual sentido la Corte dijo:

El principio de lesividad de la conducta punible surgió como un criterio de limitación del poder punitivo dentro del moderno Estado de derecho, en el entendido de que constituye una obligación ineludible para las autoridades tolerar toda actitud o comportamiento que de manera significativa no dañe o ponga en peligro a otras personas, individual o colectivamente consideradas, respecto de los bienes y derechos que el ordenamiento jurídico penal está llamado como última medida a proteger.

Este principio, propio del derecho penal ilustrado, no sólo está íntimamente ligado a otros de la misma índole (como los de necesidad, proporcionalidad, mínima intervención, separación entre derecho y moral, subsidiariedad y naturaleza fragmentaria), sino que también le otorga un sentido crítico a la teoría del bien jurídico, e incluso habilita en el derecho penal la misión de amparo exclusivo de los mismos, tal como lo ha sostenido en forma casi unánime la doctrina al igual que de manera pacífica la jurisprudencia constitucional y la de la Sala en múltiples providencias (...)

De ahí que la función crítica como reductora del bien jurídico no se agota cuando el legislador crea nuevos tipos penales, ni tampoco cuando el Tribunal Constitucional ejerce el control que le es propio respecto de dicha

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, *Sentencia* del 8 de agosto de 2005, Rad. 18609, citada en la del 26 de abril de 2006, Rad. 24612.



competencia, sino que suele manifestarse en la labor de apreciación que todos los operadores jurídicos, y en últimas el juez, realizan acerca del alcance de la descripción típica contenida en la norma frente a la gama de posibilidades que el diario vivir le ofrece a la administración de justicia como motivo de persecución, juzgamiento y sanción jurídico penal. Así lo ha precisado la Sala:

(...) el principio de lesividad ha de operar no en la fase estática de la previsión legislativa, sino en la dinámica de la valoración judicial de la conducta, habida cuenta que el cambiante mundo de las interferencias comunicativas de las que se ha hablado hace que vivencialmente, en un momento socio histórico determinado, ciertos actos tengan una específica significación social que los hacen dañinos por la potencialidad que tienen de afectar un ámbito de interrelación, como la convivencia pacífica en éste caso, o que el mismo comportamiento no tenga la virtualidad de impresionar las condiciones que la permiten en un ámbito temporo espacial diferente.

Si no fuera de ésta manera, es decir, si el principio de lesividad careciera de incidencia alguna al momento de constatar el ingrediente del bien jurídico por parte de los funcionarios, habría que investigar por un delito contra la administración pública al servidor público que tomó una hoja de papel de la oficina y la utilizó para realizar una diligencia personal, o procesar por una conducta punible contra la asistencia de la familia al padre que de manera injustificada tardó un día en el pago oportuno de la cuota de manutención, o acusar por un delito en contra de la integridad a los bromistas que le cortaron el pelo al amigo que se quedó dormido, etcétera⁵.

En relación con el comportamiento que ocupa el control constitucional y legal, no se requiere de mayores argumentos para

⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, *Sentencia* del 13 de mayo de 2009, Rad. 31.362.



advertir que se trata de un *porte* de sustancia estupefaciente en pequeña cantidad, la cual de manera escasa sobrepasó la denominada dosis personal máxima presuntiva⁶, de donde se puede inferir que el aquí procesado la *llevaba consigo* para su consumo, como de manera puntual lo planteó el Ministerio Público en la audiencia⁷, además que no existe prueba en contrario con la que se puedan hacer deducciones en sentido de que el propósito del aquí procesado fuera el de comerciar con ese gramo largo y obtener lucro.

Estos hechos y teniendo en cuenta que en contra del mismo se profirió el 17 de abril de 2006 por parte del Juzgado 4º Penal del Circuito de Armenia un fallo de condena por idéntica conducta, permiten descartar que el destino de aquella era el suministro a

⁶ El artículo 51 de la Ley 30 de 1986, estatuyó: “El que *lleve consigo*, conserve para su propio uso o consuma cocaína, marihuana o cualquier otra droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como *dosis de uso personal*, conforme a lo dispuesto en ésta ley, incurrirá en las siguientes sanciones ...” Y, el artículo 376 cp-2000, dice: “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, incurrirá en prisión de ocho (8) a veinte (20) años y multa de (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes (...).”

A la vez, el artículo 2-j del primer texto legal en cita, señala la *dosis para uso personal* como “la cantidad de estupefaciente que una persona *porte* o conserve para su propio consumo”, y estableció unas “máximas presuntivas” que no exceden de 20 gramos para la marihuana, de cinco gramos para marihuana hachís y de *un (1) gramo para cocaína* o cualquier sustancia a base de cocaína. Y agrega: “no es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera sea su cantidad”.

⁷ “Yo afirmo (...) que en éstos casos en donde consumidores, como éste ciudadano, sobrepasan ligeramente la dosis personal, es un tema de no antijuridicidad material y en concreto de no lesividad (...)” Récord 1.12:24



terceros y excluir el tráfico de la misma para el logro de utilidades económicas.

Respecto de la cantidad mínima de sustancia estupefaciente, la Corte ha dicho:

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 indeseables⁸.

Bien puede afirmarse que al concepto de dosis personal se liga el de “aprovisionamiento”, el cual se evidencia en dependientes (habituales, disfuncionales, destructivos) o

⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, *Sentencia* del 11 de noviembre de 2008, Rad. 29.183.



experimentadores y ocasionales⁹ apenas en proceso de iniciación en ese mundo, a quienes como “consumidores hormiga” se les sorprende *llevando consigo* marihuana, cocaína (derivados) o cualquier otra droga que produzca dependencia física, psíquica 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 socio colectivo de la salud pública de que trata el Título XIII de la Ley 599 de 2000, lo que se pone de presente es un comportamiento “auto–destructivo” o de “auto-lesión” 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.

La anterior conclusión mediante la cual se excluye el injusto, desde luego, no es que se constituya en una generalidad *per se*, sino que, por el contrario, habrá de someterse en cada caso

⁹ El principio de impunidad del consumidor implica defender la no incriminación de todas las conductas relacionadas con la droga, no sólo la tenencia o posesión, que tengan como exclusivo objeto el autoconsumo de la misma por el agente. (...) La impunidad no alcanza sólo al toxicómano o adicto a la droga, que v.gr., cultiva o posea droga para su consumo, sino también al consumidor ocasional, es decir, al que no presenta dependencia ni física ni psíquica y consume esporádicamente droga. La no exigibilidad de responsabilidad criminal en estos casos deriva de la falta de tipicidad del consumo, como acto final o fin objetivo en sí mismo considerado. JAVIER IGNACIO PRIETO RODRÍGUEZ, *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*, Barcelona, Editorial Bosch, 1986, página 221.



concreto a la correspondiente valoración de manera singular,¹⁰ como aquí se hace.

Acerca de la denominada “dosis de aprovisionamiento”, la Corte dijo:

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 ésta figura el suministro a tercero, aunque sea gratuito, y, con mayor razón, su tráfico, esto es, su utilización económica. Ese consumo individualizado se enfatiza con la expresión legal de ingerir o injerir (introducir una cosa en otra), por una sola vez, la sustancia o droga pertinente. Pero esto no equivale a que la reducida cantidad destinada a ese uso tenga que aplicarse unilateralmente, de modo integrado o total. No, la ley considera que esa máxima porción, es lo que, de modo usual y por una ocasión, puede satisfacer la necesidad del drogadicto. De ahí que se entienda por “dosis personal” tanto el consumo fraccionado de la misma, cuando no se

¹⁰ 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 (...)

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. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, *Sentencia* del 18 de noviembre de 2008, Rad. 29.183.



excede el volumen total que es propio a esta noción. Buscándose conservar este sentido y evitar restricciones inadecuadas (consumo de una vez de la máxima cantidad de droga considerada como dosis personal), se insinúa como más apropiada la locución “dosis de aprovisionamiento para uso personal” (Proyecto de Ley num. 13 de 1978, art. 1º. Anales del Congreso de 9 de agosto de 1978).

Pero no se quiere con ésta última expresión ni ampliar la cantidad de consumo personal ni menos dilatarlo indefinidamente en el tiempo, dando margen a la posesión de mayores cantidades de drogas o sustancias, lo cual propicia su aplicación a otros fines, distintos al consumo personal, actividades éstas verdaderamente delictuosas y sometibles a severas penas.

Tan es esto así que el aludido proyecto precisa el concepto de “dosis personal” como “la cantidad de sustancia, droga o fármaco que una persona porta para su propio consumo” y señala diez gramos para marihuana, cinco gramos para marihuana hachís y un gramo para cocaína, siempre y cuando que ésta última sea de una concentración que no exceda del 10%.

Entonces, se repite, no se pretende una fundamental diferencia entre “dosis personal” y “dosis de aprovisionamiento para uso personal”, ni menos se busca su aplicación a situaciones distintas y encontradas. Refiérense ambas a la misma cuestión y suscitan un idéntico tratamiento del tema. La segunda locución procura evitar interpretación que se utilizan en parte y en parte se reservan para intensificar, prolongar o repetir su inicial aplicación o uso.

En definitiva las dos expresiones se refieren a un porte destinado al consumo personal, directo, de escasa cantidad y ajeno por completo a propósito de suministrarla



a terceros gratuitamente, por dinero o cualquier otra utilidad.¹¹

Es un fenómeno social incontrastable que el consumo de marihuana y sustancias estupefacientes genera en la persona problemas de adicción y esclavitud que lo convierten en un enfermo compulsivo (en variedad de intensidades) merecedor de recibir tratamientos médicos terapéuticos antes que un castigo, pena o reducción a un establecimiento carcelario.

En esa condición de afectación de su voluntad y limitaciones a su capacidad de auto-determinación, despliega comportamientos orientados a la consecución de la droga con la cual puede calmar sus apetencias (no ilimitadas). En esos propósitos, al encontrar la fuente de abastecimiento y previendo la persecución, opta por adquirir la “dosis personal” o alternativamente la de “aprovisionamiento”¹² para consumir y

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Sentencia* del 6 de mayo de 1980, M. P., Dr. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ.

¹² Ante aquella introducción en el precepto de la simple tenencia, habría que distinguir tres supuestos:

a.- La tenencia para el propio consumo es impune. Ello es exigencia del principio de impunidad del consumidor. No penándose el consumo (droga consumida), se adelanta la protección a la tenencia para el consumo. Unos escasos instantes –los precisos para consumir la droga- no pueden justificar la incriminación de la tenencia exterior de la droga por el toxicómano o consumidor (es decir, la tenencia de droga antes de ser consumida), por un lado, y la impunidad de la tenencia interna (después de que la droga ya ha sido consumida), por otro.

b.- La tenencia no destinada ni al tráfico ni al auto consumo por ejemplo, la posesión de droga por el coleccionista. A mi entender, para la incriminación de la tenencia, es necesario una ulterior intención de transmisión.



alterar de manera nociva su mente y su cuerpo no durante una oportunidad sino previendo la posibilidad de varias (en eventos, acompañado de varios sujetos consumidores¹³), razón por la que en circunstancias como la que ahora es objeto de control constitucional y legal, puede aparecer como portador de cantidades un poco mayores de las permitidas, resultado objetivo que al valorarse al interior de una actuación como la presente, se

c.- Por último, la tenencia de drogas, destinada con el fin de transmitirla a terceros, única modalidad incriminada. JAVIER IGNACIO PRIETO RODRÍGUEZ, *El delito...*, ob. cit., páginas 225 y 226.

¹³ Es muy frecuente que varios sujetos consumidores se reúnan entre sí con el fin de consumir de un modo conjunto el producto estupefaciente, siendo suministrado éste por uno o varios (pero no todos) de los intervinientes.

Normalmente es la amistad la que impone y dicta la frecuencia de la droga compartida por parte de jóvenes. Su uso se hace en grupo, participadamente, en verdadera y real comunión. Como afirma BONAL “si estás con los amigos y se decide tomarse unos vasos de vino, Whisky o también fumarse un porro, hay que participar, pues no estaría bien visto que en un ceremonial de ésta especie alguien se negara a participar de algo que es de todos”.

Surge aquí el interrogante de cómo considerar esos actos de distribución de la sustancia dentro del grupo, dirigidos a un consumo colectivo.

A mi juicio, se debe considerar como propio consumo el uso y cesión de droga dentro del grupo de consumidores, aunque se encargue a uno de ellos como mero mandatario adquirir la droga; asimismo, estimo que, todo lo referente a la adquisición, preparación y uso de sustancias estupefacientes realizado en su interior, debe quedar exento de pena, pues como afirma Quintero “en estos casos es imposible apreciar la trascendencia para la colectividad, fundamento que, ya por razones sanitarias, ya por razones culturales es el que legitima la intervención del Derecho Penal”. En efecto, cuando el consumo colectivo de drogas tiene lugar entre adultos y en la intimidad pierde su trascendencia pública, no afectando a la salud pública, sino a la de unos individuos concretos que consienten su ingestión. No obstante, ello deberá ocurrir siempre y cuando no exista por parte del que cede la droga, el “animus específico de promover, favorecer o facilitar (es decir, expandir) su consumo mediante tales actos, sino que muestre única y exclusivamente el “animus” de consumir en grupo las mencionadas sustancias o, en todo caso, asegurar para ocasiones similares e inversas su propio consumo. LUIS FERNANDO REY HUIDOBRO, *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1999, páginas 41 y 42.



proyecta carente de lesividad en la medida que aparece distante de los comportamientos del tráfico y de los objetivos del lucro. Al respecto se ha escrito:

Hay que poner de manifiesto que en el Código penal de 1995 (se refiere al estatuto español), se sigue despenalizando la posesión de estupefacientes encaminada al consumo, sin exigir legalmente ninguna condición de índole cuantitativa (v. gr. que se trate de módicas cantidades etc.), o de índole temporal (v. gr. que las cantidades poseídas no superen las necesidades de consumo de una semana, etc), lo que a mi parecer, es digno de todo elogio, pues semejantes límites o condiciones no hace más que crear un sistema de presunciones absolutas “*musir et de iure*” de destino al tráfico de la sustancia cuando no se cumplen los requisitos legales, no prestando atención entonces a la intención del sujeto, que es lo que en todo caso debe prevalecer, dando lugar a un Derecho penal de mera sospecha que entra en abierta contradicción con el principio de culpabilidad que debe imperar en todo Estado democrático de derecho.

La exención de responsabilidad alcanza a todo poseedor consumidor y no sólo al que reúne la cualidad de toxicómano, como dice la STS de 15 de febrero de 1983: “no sólo la posesión del drogadicto es acto impune, dado que, además de los sujetos adictos al consumo de estupefacientes en estado de dependencia, también se abastecen de tales sustancias quienes todavía no se han iniciado en su uso y desean hacerlo, así como aquellos que, aún iniciados, no han adquirido el hábito de su consumo”.¹⁴

El principio de lesividad encuentra correspondencia en el postulado del *harm principle*:

¹⁴ LUIS FERNANDO REY HUIDOBRO, *El delito...*, ob. cit., página 25.



En los países de habla inglesa suele acudirse como base de legitimación de las normas penales sobre todo al *harm principle* que ha jugado un papel esencial desde el siglo XIX. En relación con el mismo son fundamentales las consideraciones del filósofo JHON STUART MILL, vertidas en su obra *On Liberty*, publicada en 1859. Afirma MILL:

El hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otros; o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos (...) Tan pronto como una parte de la conducta de una persona afecta perjudicialmente a los intereses de otra, la sociedad tiene jurisdicción sobre ella y puede discutirse si su intervención es o no favorable al interés general. Pero no hay lugar a plantear ésta cuestión cuando la conducta de una persona no afecta, en absoluto, a los intereses de ninguna otra (...) En tales casos, existe perfecta libertad, legal y social, para ejecutar la acción y afrontar las consecuencias (...)

Bajo los presupuestos de la concepción de MILL, no pueden castigarse legítimamente conductas que únicamente conllevan una lesión para uno mismo, ni tampoco puede justificarse el castigo de una conducta únicamente en virtud de su inmoralidad (...)

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.¹⁵

Para el evento en singular, es claro que JARAMILLO QUINTERO adecuó su conducta a la descripción típica del artículo 376 de la Ley 599 de 2000, en donde se estipula:

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 adquiriera, financie o suministre a cualquier tipo droga que produzca dependencia (...)

Pero no se evidencia que el bien jurídico tutelado de la salud pública de que trata el Título XIII de la Ley 599 de 2000, se hubiese afectado por el resultado objetivo de *llevar consigo*¹⁶ 1.3

¹⁵ ANDREW VON HIRSCH, *El concepto de bien jurídico y el principio del daño*, en “*La teoría del bien jurídico*”, Madrid, Marcial Pons, 2007, páginas 38, 39, 45 y 46.

¹⁶ El legislador diferenció la conducta de *llevar consigo* con la de *transportar*, señalando para la primera ser característica de porte de pequeñas cantidades, como lo hace el llamado “consumidor-hormiga” o usuario. FERNANDO VELÁSQUEZ



gramos de cocaína, cantidad que de manera por demás escasa sobrepasó la dosis personal, y máxime tratándose de un individuo del cual es dable inferir era un consumidor habitual, como encuentra soporte material y antecedente en la condena que por idéntico comportamiento recibió hace poco tiempo del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Armenia.

De otra parte, no se demostró que la conducta de JARAMILLO QUINTERO tuviera la finalidad de afectar los derechos de otros considerados de manera individual o colectiva, ni existe prueba en contrario con la cual deducir que el aquí procesado tenía el propósito de comerciar con la sustancia que le fue hallada. En esa medida la objetividad así valorada como *llevar consigo* se reporta carente de antijuridicidad material, es decir, ausente de lesividad, sin que resulte válido ni legítimo la imposición de ninguna pena y menos la de sesenta y cuatro (64) meses de prisión y \$1.227.590 de multa, que le fuera atribuida por los jueces de instancia, pues para el caso, tan sólo resulta afectada la salud del aquí procesado (auto-lesión), circunstancia que no le incumbe al derecho penal pues se trata de un comportamiento que corresponde al exclusivo ámbito de su libertad, efecto con el que se hace realidad el principio de intervención mínima o de *última ratio*¹⁷.

VELÁSQUEZ y otros, *Comentarios al Estatuto Nacional de Estupefacientes*, Bogotá, Editorial Temis, 1988, página 115.

¹⁷ En relación a la droga, al Derecho Penal le corresponde intervenir en escasa medida, dada la abundante legislación administrativa existente y la que pueda crearse. Le corresponde intervenir sólo en relación a traficantes y delincuentes, y no con personas que puedan presentar problemas de toxicomanía. Para aquellos la imposición de la sanción penal puede estar justificada; para éstos ha de acudir al



Desde la teoría del delito, la cual no es una suma de postulados dogmático penales ahistóricos sino que, por el contrario, se deben acompasar con los fines y valores del Estado constitucional, social y democrático de Derecho, es dable comprender sin dificultad que el daño o peligro de afectación al bien jurídico tutelado de la salud pública, no se materializa en abstracto ni en el vacío sino en la praxis en situaciones de interrelaciones en las que se produzca un resultado de menoscabo o conato de lesión de los derechos o intereses de otro o de otros.

En esa mirada valorativa es como se entiende que en los eventos de *llevar consigo* dosis personal o de aprovisionamiento de sustancias estupefacientes, se trata de *comportamientos intraneus* en un todo individuales que no afectan la ajenidad singular o colectiva de una comunidad concreta, y no se puede pregonar entonces antijuridicidad material pues, por exclusión de efectos, la ausencia de lesividad social resalta, amén que pueden converger figuras de exoneración de responsabilidad delictiva como la *atipicidad* (PRIETO RODRÍGUEZ), *estado de necesidad* (ANTONIO BERISTAIN), *causal de inculpabilidad*, ya como trastorno mental que implica inimputabilidad o como no exigibilidad de otra conducta por el acoso de la dependencia (BACIGALUPO), y por

adecuado tratamiento médico, material objeto de otras disciplinas ajenas a la jurídica penal, salvo que el toxicómano incurra en la comisión de actos delictivos. Es el derecho administrativo-sanitario el aplicable en estos casos. JAVIER IGNACIO PRIETO RODRÍGUEZ. *El delito...*, ob. cit., páginas 91 y 92.



ende, no se torna jurídico imponer una pena sino, por el contrario, absolver, como aquí se debe proceder.

En fin: si en ejercicio de sus personales e íntimos derechos, el acusado JARAMILLO QUINTERO no afectó los ajenos, no produjo daño ni peligro de menoscabo al bien jurídico de la salud pública, es dable concluir que el comportamiento imputado no va en contravía del artículo 11 de la Ley 599 de 2000 y, en consecuencia, no puede ser objeto de ninguna sanción porque al no presentarse la categoría jurídica de la antijuridicidad, es imposible predicar la configuración de conducta punible.

Desde la perspectiva de la prevalencia del derecho sustancial, como para el caso se evidencia el desacierto de la sentencia con la que se condenó al aquí procesado por un comportamiento que no constituye delito, esta circunstancia objeto de control constitucional y legal impone como remedio para restablecer sus garantías fundamentales y hacer efectivo el derecho material en la presente actuación, casar de oficio el fallo objeto de impugnación y absolverlo del cargo por el cual se lo acusó.

Y, en consideración a que en el fallo de primera instancia ante la denegación de cualquier subrogado penal se dispuso librar orden de captura contra el procesado ANCÍZAR JARAMILLO



QUINTERO, se ordena de inmediato su cancelación en la fecha en la cual se adopta la sentencia de casación (hoy) sin esperar hasta la audiencia de su lectura y comunicación para efectos de publicidad.

Dígase también, en claro respaldo a la fundamentación acopiada, que en Colombia el proceso de definición negativo de las conductas atinentes al tráfico y consumo de drogas adictivas comienza con la expedición de la Ley 11 de septiembre 15 de 1920. Cuando llega la influencia del positivismo penal sociológico, es señalada la adicción como estado pre-delictual o “fronterizo del delito”, recogándose éstos comportamientos en el rubro genérico de “delitos contra la salud pública”, para ocurrir que ya en la década de los años 60 se califica al consumidor como “enfermo”, aspecto al que se refieren los artículos 2-j y 51 de la Ley 30 de 5 de febrero de 1986 y 367 cp.

Así también sucede en las legislaciones de Austria, Chile, España, Francia, Italia, México, Noruega, Portugal, República Federal Alemana, Argentina y Uruguay, mientras que el Convenio Único de las Naciones Unidas de 1961, el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas suscrito en Viena en 1971, el Acuerdo Suramericano sobre Estupefacientes y Sicotrópicos de 1973, y el Segundo Protocolo Adicional del Acuerdo Suramericano, suscrito en Buenos Aires en 1983, indican que la tenencia de éstas drogas



sólo tiene relevancia a efectos de la aplicación penal en cuanto la misma se halle destinada al posterior tráfico ilícito¹⁸.

Todo usuario debe tener en su poder la droga para que se le pueda imputar infracción al estatuto de estupefacientes, a no ser individuos cuya degradación física haya llegado al extremo que implique suministro por manos extrañas. Pero la cantidad incautada, *siempre y cuando no sea excesivamente superior*, no puede ser el factor decisivo para elevar el reproche correspondiente sino que debe amalgamarse con el ánimo, fin o propósito que gobernaba al portador (signo subjetivo de lo injusto), so pena de hacer tabla rasa con el principio rector de la culpabilidad y dar cabida a la derivación de responsabilidad penal meramente por el favor objetivo. “Tener para el comercio significa poseer sustancias con el objeto de hacer comercio clandestino o fraudulento con ellas, no basta la mera tenencia”¹⁹.

3.- De la variación de un precedente jurisprudencial.-

Tratándose de la Ley 906 y las sentencias producidas como resultado de las políticas del consenso o justicia premial, esto es, aceptación de cargos, preacuerdos y negociaciones (arts. 351, 352, 356 nral. 5º y 367 ejusdem), se ha sostenido de manera reiterada por la jurisprudencia que la única opción que tiene el juez es la de proceder a dictar una sentencia de condena con la rebaja que corresponda o la de anular la actuación ante la evidencia de un error antecedente en la formulación de cargos, postulación que ahora se varía y para lo cual se hace necesario efectuar además, otras acotaciones.

¹⁸ FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ y otros, *Comentarios...*, ob.cit., páginas 101/2.

¹⁹ SILVIO RAINIERI, *Manual de derecho penal*, T. IV, Bogotá, Editorial Temis, 1975, pág. 326.



La Ley 906 de 2004 en orden a la censura de los fallos proferidos de manera anticipada, no reprodujo las restricciones para apelar de que se ocupaba el art. 40, inciso 10º de la Ley 600 de 2000, la cual en su texto regulaba el “interés para recurrir” dando por establecido que:

Contra la sentencia procederán los recursos de ley, que podrán interponer el Fiscal General de la Nación o su delegado, el Ministerio Público, el procesado y su defensor respecto de la dosificación de la pena, de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y la extinción del dominio sobre bienes. La parte civil podrá interponer recursos cuando le asista interés jurídico para ello.

Bien puede afirmarse que el predicado del artículo 293 inciso 2º del C. de P.P., referido a la imposibilidad de retractación por parte de los intervinientes una vez se hubiese dado el examen de juridicidad del acuerdo y la aceptación del mismo por parte del juez de conocimiento, contrae una limitante para impugnar los aspectos sustanciales que hubiesen sido objeto del consenso²⁰, traduciéndose conforme al criterio de “interés para recurrir” que en principio los intervinientes en el acuerdo aprobado, carecen de legitimidad para desarrollar censuras en la pretensión de lograr la revocatoria o modificación de aspectos de atribución típica, grados de participación, circunstancias modales, adecuación antijurídica, expresiones de culpabilidad, agravantes genéricas o

²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, *Sentencia* de mayo 10 de 2006, Rad. 25248.



específicas, etc., que hubiesen sido objeto de aceptación, preacuerdo o negociación.

Las anteriores limitaciones tienen su fundamento en el hecho que la segunda instancia como la sede extraordinaria de la casación penal en lo que corresponde a la impugnación de sentencias proferidas en vía de terminación anticipada del proceso, no pueden constituirse en espacios de retractación de lo aceptado, motivo por el cual se restringe para aquellos la discusión probatoria, retractación o negación de los cargos que de manera libre y espontánea hubiesen aceptado.

Lo anterior no excluye que se puedan desplegar censuras sobre aspectos relacionados con la dosificación de la pena en cuanto a sus límites de legalidad, mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, efectos de incongruencia entre los contenidos de lo consensuado y las conductas derivadas, y desde luego, respecto de la transgresión de garantías fundamentales.

De las restricciones derivadas de la irretractabilidad de los aspectos sustanciales que hubieran sido objeto del consenso aprobado, es de donde se deriva que las limitaciones para recurrir sentencias por vía de terminación anticipada del proceso se hagan extensivas a la sede extraordinaria de la casación penal.



Debe precisarse y reiterarse que dentro de los mencionados límites, no se implica lo relacionado con la efectividad del derecho material en orden a la realidad del principio de prevalencia del derecho sustancial, lo relativo al propósito de unificación de la jurisprudencia y lo que dice relación con el menoscabo de garantías fundamentales, de suerte que al sindicado y su defensor les asiste “interés para recurrir” con toda legitimidad en sede de casación penal aspectos relacionados con violación del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de garantías (art. 457) o por violación de garantías de incidencias sustantivas, conforme al artículo 228 constitucional.

Cuando se trata de la censura extraordinaria de una sentencia proferida de manera anticipada orientada a la protección de Principios, Derechos y Garantías Fundamentales, se puede considerar que es a través del art. 184.3 del C. de P.P²¹, como el legislador en vía de la excepción al principio de limitación regente de la casación penal el cual puede afirmarse está des-limitado, plasmó su voluntad jurídica de otorgarle a la Sala de Casación Penal en virtud del principio de seguridad jurídica, facultades oficiosas para proteger y salvaguardar ese plexo axiológico entre las que, como es de su esencia, se

²¹ Ley 906 de 2004. Art. 184. 3.- “En principio la Corte no podrá tener en cuenta causales diferentes de las alegadas por el demandante. Sin embargo, atendiendo a los fines de la casación (*efectividad del derecho material, respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia f.t.*), fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso e índole de la controversia planteada, deberá superar los defectos de la demanda para decidir de fondo”.



implican tanto las de incidencia procesal (errores de estructura o de garantía) como las de repercusiones sustanciales, no sólo para los eventos de la impugnación de sentencias proferidas de manera anticipada, sino también cuando hubiesen culminado de manera normal.

Además, se advierte que las garantías fundamentales son objeto de protección en el artículo 131 cuando en su texto se establece:

Si el imputado o procesado hiciere uso del derecho que le asiste de renunciar a las garantías de guardar silencio y al juicio oral, deberá el juez de control de garantías o el juez del conocimiento verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado.

A su vez el artículo 351.4 de la Ley 906 de 2004, cuando en sus contenidos estatuye:

Los preacuerdos celebrados entre la fiscalía y el acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.

En igual sentido es lo regulado en el artículo 354 ejusdem en el cual se impera que:



Son inexistentes los acuerdos realizados sin la asistencia del defensor.

Además, se observa que el artículo 368 inciso 1º *ibídem*²² en la fase del juicio oral también se ocupa de la protección de garantías fundamentales cuando de manera expresa indica que:

De advertir el juez algún desconocimiento o quebrantamiento de garantías fundamentales, rechazará la alegación de culpabilidad y adelantará el procedimiento como si hubiere habido una alegación de no culpabilidad.

Estas preceptivas, entre otras, además del Preámbulo y los artículos 1 y 2 de la Carta Política que señalan la justicia, el orden justo y la dignidad humana como superiores baluartes axiológicos, se constituyen en los instrumentos por excelencia con los que se puede hacer efectivo el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial (art. 228 superior), facultades que se inscriben dentro de la construcción y aplicación de un derecho penal acorde con la concepción, visión, fines y valores de

²² “Un estudio sistemático de la nueva normatividad procesal penal permite afirmar que el Juez de conocimiento en ejercicio del control de legalidad de los actos de aceptación de cargos por iniciativa propia o por acuerdo previo con la Fiscalía, debe realizar, en principio, tres tipos de constataciones: (i) que el acto de allanamiento o el acuerdo haya sido voluntario, libre, espontáneo y debidamente informado, es decir, que esté exento de vicios esenciales en el consentimiento, (ii) que no viole derechos fundamentales, y (iii) que exista un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta imputada y su tipicidad. La facultad de verificar que el allanamiento a cargos esté exento de vicios, se infiere del contenido de los artículos 8º literal (i), 131, 293 y 368 inciso primero”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Sentencia* del 30 de noviembre de 2006, Radicado No 25108.



un Estado constitucional, social y democrático de Derecho como lo es y pretende ser el nuestro.

Tratándose de sentencias anticipadas que se impugnen en la vía extraordinaria a efectos del control de constitucionalidad y legalidad y a fines de la protección de garantías fundamentales de incidencia procesal, esto es, en orden a la enmendación de errores de estructura o de garantía, la Sala podrá efectuar de manera rogada *u officiosa* los correctivos del caso cuando la sentencia se hubiese dictado en un juicio viciado de nulidad (arts. 23²³, 455²⁴, 456²⁵, 457²⁶ del C. de P.P.), en los eventos en que el fallo se hubiera dictado con fundamento en pruebas ilícitas, por falta de competencia del funcionario judicial, o con irregularidades sustanciales afectantes del debido proceso, o violaciones al derecho de defensa, recordándose que en las dos últimas

²³ Ley 906 de 2004.- “Cláusula de exclusión.- Toda prueba obtenida con violación de garantías fundamentales, será nula de pleno de derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia”.

²⁴ Ley 906 de 2004.- “Nulidad derivada de la prueba ilícita.- Para los efectos del artículo 23 se deben considerar al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley”.

²⁵ Ley 906 de 2004.- “Nulidad por incompetencia del juez.- Será motivo de nulidad el que la actuación se hubiere adelantado ante el juez incompetente por razón del fuero, o porque su conocimiento esté asignado a los jueces penales del circuito especializados”.

²⁶ Ley 906 de 2004.- “Nulidad por violación a garantías fundamentales.- Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales. Los recursos de apelación pendientes de definición al momento de iniciarse el juicio oral, salvo lo relacionado con la negación o admisión de pruebas, no invalidan el procedimiento”.



modalidades no tienen cabida censuras por aspectos relacionados con la omisión de práctica de pruebas, ni por afectación del principio de contradicción probatorio, pues lo esencial de la sentencia anticipada es que se constituye en una renuncia a los ejercicios de oralidad, publicidad, inmediación, concentración, práctica de pruebas y contradicciones fácticas, renunciadas entre las que no se incluyen el despojo de la presunción de inocencia, ni al debido proceso preestablecido, ni a los principios rectores de las pruebas de necesidad, motivación, licitud, ni mucho menos renuncia al derecho de defensa.

Así mismo, cuando se trate de la protección de garantías fundamentales de repercusiones sustanciales que se hubieran materializado como *errores in iudicando*, la Sala Penal de la Corte, cuando se trate de sentencias anticipadas que se impugnen en vía extraordinaria deberá casar la sentencia ya sea de manera rogada *u officiosa* como aquí se hace al encontrar que la violación se ha materializado de manera evidente.

Pueden darse los casos, por ejemplo, entre otros: que la sentencia anticipada se hubiera proferido con violación al principio de derecho penal de acto, al principio de legalidad del delito o de la pena (necesaria, proporcional y razonable), o del principio de favorabilidad sustancial, por violación del principio de prohibición de analogía *in malam partem*, por desconocimiento del principio de cosa juzgada y del *non bis in ídem*, o en la que se hubiera consolidado una violación manifiesta por indebida aplicación sustancial referida a la adecuación del injusto típico, formas de



participación o de las expresiones de culpabilidad atribuidas, o por menoscabo del principio antijuridicidad material y ausencia de lesividad, como es el caso concreto, o del principio de culpabilidad subjetiva en la que se evidencie una ausencia de responsabilidad penal dada la presencia de alguna de las causales que la excluyen y se hubiese condenado con criterios de responsabilidad objetiva, o por desconocimiento del principio de *in dubio pro reo*.

En las sentencias anticipadas proferidas tras la vía de la política del consenso, esto es, de los preacuerdos y negociaciones o al declararse culpable al inicio del juicio oral, exclusivamente se renuncia por parte del imputado o acusado a los ejercicios de prácticas de prueba y de contradicción probatoria, pero no se renuncia a ninguno de los derechos y garantías fundamentales de lo debido sustancial y debido probatorio (necesidad, licitud, legalidad de la prueba), postulados que en un Estado constitucional, social y democrático de Derecho de manera imperativa deben ser objeto de protección, máxime al haberse concebido a la casación penal como un control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias de segundo grado, de nomofilaxis, sede extraordinaria por excelencia en la que tiene espacio y cabida por sobre todo la prevalencia del derecho sustancial, principio constitucional que sin excepciones se proyecta aplicativo tanto a las sentencias que hubiesen terminado de manera normal como las anticipadas.

4.- Otros aspectos.-



Se reitera que como en la sentencia de segunda instancia se ordenó la captura de JARAMILLO QUINTERO, desde hoy 8 de julio de 2009 -fecha de aprobación en Sala de la Sentencia de casación- se ordena su cancelación sin esperar a la audiencia de lectura y comunicación para efectos de publicidad.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1.- No casar el fallo impugnado en los términos que fueron planteados por la defensora de ANCÍZAR JARAMILLO QUINTERO.

2.- **Casar oficiosamente** la sentencia de segunda instancia del 28 de noviembre de 2008, con la cual el Tribunal Superior de Armenia confirmó la proferida el 22 de octubre de ese mismo año por el Juzgado 4º Penal del Circuito de esa ciudad, que condenó a ANCÍZAR JARAMILLO QUINTERO como autor responsable del delito de *llevar consigo* estupefacientes.



3.- **Absolver** al señor JARAMILLO QUINTERO del cargo por el que se lo llamó a juicio en esta actuación.

4.- En consecuencia del fallo, se **ordena de inmediato** la cancelación de la orden de captura contra JARAMILLO QUINTERO dispuesta por el Juez de primera instancia. Y,

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

Contra esta decisión no procede recurso alguno. Devuélvase el expediente al despacho de origen.

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

Casación Fallo sistema acusatorio N° 31.531
ANCÍZAR JARAMILLO QUINTERO

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Permiso

TERESA RUIZ NÚÑEZ
Secretaria