

**PRESUNCIÓN IURIS TANTUM EN LA DOSIS DE APROVISIONAMIENTO VIOLA
PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL**

Karen Eliana Blanco Garcés

Malory Gutiérrez Rúa

TRABAJO DE GRADO

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS DE COLOMBIA

BOGOTÁ D.C., FEBRERO DE 2017

**PRESUNCIÓN IURIS TANTUM EN LA DOSIS DE APROVISIONAMIENTO
VIOLA PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL**

Karen Eliana Blanco Garcés

Malory Gutiérrez Rúa

TRABAJO DE GRADO

TUTOR:

JUAN FRANCISCO MENDOZA

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS DE COLOMBIA

BOGOTÁ D.C., FEBRERO DE 2017

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
CAPITULO I	7
A. EL CONCEPTO DE DOSIS PERSONAL	7
B. INJUSTO DEL TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES	12
1. SALUD PÚBLICA.....	19
2. SEGURIDAD PÚBLICA.....	23
3. ORDEN ECONÓMICO Y SOCIAL.....	27
4. SALUD PERSONAL.....	30
CAPITULO II	33
A. LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD VS SALUD PUBLICA.....	34
B. JURISPRUDENCIA DOSIS PERSONAL.....	43
1. CORTE CONSTITUCIONAL.....	44
1.1 Sentencia C-574 de 2011.....	44
1.2 Sentencia C-882 de 2011.....	45
1.3 Sentencia C-491 de 2012.....	47
2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.....	48
2.1 Proceso 18609 de 2005.....	48
2.2 Proceso 28195 de 2008.....	49
2.3 Proceso 31531 de 2009.....	50

2.4 Proceso 35978 de 2011.....	52
CAPITULO III.....	54
A. DOSIS DE APROVISIONAMIENTO.....	54
1. APRECIACIÓN JURISPRUDENCIAL.....	54
2. DOSIS PERSONAL VS. DOSIS DE APROVISIONAMIENTO.....	65
B. PRESUNCIÓN IURIS TANTUM Y LA CARGA DE LA PRUEBA.....	68
1. VIOLACIÓN DE PRINCIPIOS Y GARANTIAS FUNDAMENTALES.....	71
C. POSIBLE SOLUCIÓN A LA CONTRADICCIÓN CONSUMO VS. SUMINISTRO...	76
D. PROPUESTAS.....	80
CONCLUSIONES.....	84
REFERENCIAS.....	87

INTRODUCCIÓN

La Convención de Viena impuso a los Estados partes la obligación incondicional de tipificar las conductas que directa o indirectamente configuraran el fenómeno de tráfico ilícito de estupefacientes, tales como son: la producción, la fabricación, la oferta, la venta, la distribución, el envío, el transporte, la importación o la exportación. En cuanto al consumo personal de estupefacientes, su tipificación sólo se consideró imperativa cuando ello se correspondiera con los principios constitucionales y con los conceptos jurídicos fundamentales del Estado. Así lo consideró la Corte Constitucional en la sentencia C-176 de 1994 mediante la cual se estudió la exequibilidad de la Ley 67 de 1993 por medio de la cual se aprobó dicho tratado internacional.

Con la presente investigación se pretende exponer de forma clara y precisa, los temas atinentes al porte de sustancias estupefacientes, refiriéndose específicamente a si la presunción *Iuris Tantum* en la dosis de aprovisionamiento viola principios de derecho penal.

En este orden de ideas, es importante estudiar el concepto de dosis personal, trayendo a colación algunas referencias históricas importantes sobre la problemática del tráfico de estupefacientes, para luego entrar a hablar específicamente sobre los componentes del Injusto penal del tráfico de Estupefacientes establecido en el artículo 376 del actual Código Penal Colombiano (ley 599 de 2000), describiendo dicho injusto como un delito de peligro abstracto de acuerdo con providencias de la Corte Suprema de Justicia, una del 18 de noviembre de 2008 (Rad. N° 29183) y otra del 12 de noviembre del 2014 (Rad. 42617),

Dentro de este contexto, decidimos hacer especial énfasis en los bienes jurídicos que el injusto del Tráfico de Estupefacientes protege, tales como la Salud Pública, la Seguridad Pública, la Salud Personal y el Orden Económico y Social, dando desarrollo a cada uno de ellos mediante la

implementación de doctrina que trata los temas y sentencias de la Corte Suprema de Justicia que, del mismo modo, se ha pronunciado respecto de la materia a tratar en ésta investigación.

Posteriormente, presentamos una breve definición de lo que significa poseer o estar en “tenencia” de una sustancia estupefaciente. De acuerdo a lo anterior, realizaremos un breve relato de uno de los problemas principales que nos genera la investigación y es la confrontación entre el Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad y la Salud Pública en los procesos judiciales donde el indiciado es consumidor de sustancias estupefacientes. Luego de ello, haremos un análisis jurisprudencial sobre la dosis personal para entender más a fondo el sentido de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia respecto al tema en cuestión.

Del mismo modo, haremos un acercamiento al concepto más importante de nuestra investigación, es decir, la dosis de aprovisionamiento, diferenciándola con la dosis personal y desarrollando su alcance constitucional y penal, realizando a su vez, un análisis de la apreciación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema. A su vez, realizaremos un estudio sobre la presunción como instrumento probatorio en el derecho penal, específicamente la presunción Iuris Tantum.

En síntesis, la presente monografía busca llevar a que el lector comprenda los aspectos esenciales que deben tenerse en cuenta al hablar sobre la dosis de aprovisionamiento en el proceso penal colombiano y que conozca si la Presunción Iuris Tantum viola principios de derecho penal, y si lo hace, cuáles son y por qué es así.

CAPÍTULO 1.

A. EL CONCEPTO DE DOSIS PERSONAL

El proceso que en Colombia se ha desarrollado en torno a la despenalización de la droga ha sido arduo y complejo, rodeado de infinitos debates, posiciones de derecha, ultraderecha e izquierda. Las posiciones son diversas y ha sido tan complejo el manejo del tema, que hoy en día no hay una posición pacífica respecto al tema, es más, aún permean en los distintos puntos de vista las nefastas consecuencias que la historia ha demostrado deja el mundo de las drogas. No es objeto del presente trabajo hacer un recuento histórico de la problemática del tráfico de estupefacientes, porque éste nos abriría la puerta para hacer un trabajo de investigación bastante extenso y distinto al que se pretende trabajar aquí, sin embargo, de forma muy somera se señalarán algunas importantes referencias para tener en cuenta durante el desarrollo del presente escrito.

En el año de 1986 se promulgó la Ley 30, popularmente conocida y aún vigente Estatuto Nacional de Estupefacientes donde se consagró los aspectos centrales de la política colombiana en materia de producción, fabricación, exportación, importación, distribución, comercio, uso y posesión de drogas ilícitas y los tipos penales que permiten la criminalización de las conductas relacionadas. Uno de los tipos penales consagrados en el Estatuto es el porte y consumo de dosis personal; ésta se define allí como: “la cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo”, siempre que no sobrepasare los topes fijados en la Ley, y no tenga como finalidad su distribución o venta (Art. 2). De acuerdo con la Ley en mención, quien fuese sorprendido portando, conservando o consumiendo una cantidad de droga inferior o

equivalente a la dosis personal, debería ser sancionado con arresto y multa. Sin embargo, si se comprobaba –de acuerdo con un dictamen médico legal- que el consumidor era un adicto, la sanción a imponer era la reclusión en un establecimiento psiquiátrico o similar (Art. 51). Lógicamente si la cantidad aumentaba, la sanción era mayor.

Con la Constitución Política de 1991 dicho Estatuto permaneció vigente. No obstante hubo un acontecimiento que permitió se dieran argumentos de peso a la tan problemática disposición de la sanción a la dosis personal, el cual nació del ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad incoada por el ciudadano Alexandre Sochandamandou, en la que solicitó a la Corte Constitucional declarar inexecutable el literal j) del artículo 2o. y el artículo 51 de la Ley 30 de 1986, por ser violatorios de tres premisas constitucionales: extra-limitación de la intervención del Estado en la salud personal, tratamiento discriminatorio para los consumidores de determinados estupefacientes y la prescripción de un tratamiento médico previsto en la Ley sin conocer las particularidades del caso concreto.

La sentencia C-221 de 1994 se encargó de decidir la acción de inconstitucionalidad respecto de los artículos 2 (definición de dosis de uso personal) y 51 (sanciones al porte o consumo de dosis de uso personal) de la Ley 30 de 1986. En relación al primer artículo declaró su exequibilidad por considerar que no quebrantaba preceptos constitucionales, contrario a lo decidido para el artículo 51 pues se resolvió su inconstitucionalidad, lo que conllevó a retirar del ordenamiento jurídico las sanciones contempladas en el Estatuto para aquellos que fueran sorprendidos con una cantidad de droga equivalente a la dosis de uso personal, en razón al desmesurado y evidente exceso del Estado en interponer condenas para garantizar el derecho a la salud de los ciudadanos. Además de lo anterior los principales argumentos que acarrearón a decidir la inconstitucionalidad del artículo 51 giraron en torno a:

- i. El conocido principio liberal *harm principle*¹ que sostiene que las acciones de los individuos sólo deben limitarse a prevenir el daño a otras personas;
- ii. Al discurso respecto del derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad (Artículo 16 Constitución Política) el cual fue argumento esencial para la decisión. En una expresión textual de la Corte ésta manifestó: “decidir por ella [la persona] es arrebatárle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen” (Corte Constitucional, 1994);
- iii. El análisis acerca de la peligrosidad que conlleva imponer una sanción penal por el simple consumo, dado que es una conducta personal e íntima, que no trasciende la esfera interna de la persona, motivo por el cual es impensable penalizar la conducta, pues no se atenta contra un bien jurídico tutelado por el derecho penal, y
- iv. El alcance de exclusión o segregación que generaba la penalización del porte y consumo de dosis personal respecto de consumidores de sustancias como el cigarrillo o el alcohol.

A esta brillantísima pieza jurisprudencial no le bastó con dar argumentos de un calibre excepcional como sustento a su decisión, sino que, además optó por incentivar y proponer a la administración la adopción de otras medidas para menguar el consumo de estupefacientes, como; campañas y programas educativos para desanimar el uso de dichas sustancias y aprovechamiento del poder policivo para regular consumos socialmente nocivos, como sí se hace con otras drogas tales como el alcohol y el cigarrillo.

¹ “El único propósito para el cual el poder puede ser ejercido legítimamente sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar daño a otros” John Stuart Mill

Por último es importante precisar que ésta sentencia es un hito en el ordenamiento jurídico colombiano porque:

- i. Estableció una relación entre la vulneración al derecho del libre desarrollo de la personalidad con la imposición de sanciones por la realización de una conducta que atañe a cada ser humano.
- ii. “Eliminó una carga importante al sistema judicial que debía procesar diariamente a cientos de personas que eran encontradas en posesión de drogas prohibidas, debiendo concentrar esfuerzos importantes en casos de poca relevancia. Así mismo, representó una disminución de carga para el sistema penitenciario, agobiado por altos índices de hacinamiento. Se han presentado dificultades en la implementación de la decisión, y algunos casos que los jueces consideran difíciles, por ejemplo, cuando la persona es detenida con una dosis un poco por encima de la mínima. Sin embargo, se habían logrado avances importantes en la aplicación de la sentencia y los estándares desarrollados en ella. En septiembre de 2009, por ejemplo, se dio a conocer una sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la que reafirmó que el porte de la dosis personal no debe ser penalizado y que esto cubre incluso la dosis de aprovisionamiento (Washington Office on Latin America, 2010, pág. 4).

Es justamente lo señalado anteriormente (en la segunda razón), lo que ha resultado ser materia de discusión y de importantes pronunciamientos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, pero sobre todo, es específicamente ese problema concreto de sobrepasar el límite cuantitativo de lo que el legislador ha configurado como dosis para uso personal lo que ha permitido y ha conllevado a la elaboración del presente trabajo. Tema a tratar de manera detallada en los capítulos posteriores.

- iii. Dio pie para que saliera a flote el tema de la planeación de políticas adecuadas orientadas a la solución del problema que se encontraba en la penumbra.

Tras el triunfo inegable -para algunos- luego de la despenalización del consumo de la dosis personal, un sector no conforme con ello emprendió planes destinados a generar un retroceso y volver nuevamente a la penalización. Uno de ellos sucedió en el año 2002 cuando el Gobierno pretendió incluir la penalización del consumo de la dosis personal dentro del proyecto de referendo que para entonces estaba siendo estudiado por el Congreso con el fin de poder volver a darle un rango de constitucionalidad a los artículos 51 y 87 ya declarados inexecutable por la Corte Constitucional, “la propuesta consistía en castigar el consumo y el porte con mecanismos de ayuda para los casos que se consideraran necesarios, sin recurrir a la privación de la libertad” (Vergara Ballén, Lahuerta Percipiano, & Correa, 2003, pág. 8) empero en la Sentencia C-551 de 2003, la Corte Constitucional no avaló la propuesta del Gobierno sobre el tema, ya que, la penalización del consumo y el porte de sustancias alucinógenas rebosan con la naturaleza principal del referendo, en palabras de la Corte: “no guarda relación de conexidad con el contenido de la reforma política propuesta y es extraña a la naturaleza del acto al que se adscribe. Además, el objetivo principal de este referendo es hacer una reforma política pero termina incursionando en otros temas”. Pese a la negativa, en cuatro ocasiones más el Gobierno siguió intentando a través de estrategias legales conseguir la penalización del consumo de drogas, pero sólo hasta la reforma constitucional del año 2009 tuvo éxito. En la exposición de motivos para dicha reforma, aseguraba el Ministerio del Interior y Protección Social que no buscaba “penalizar con medida privativa de la libertad al consumidor, sino acompañarlo con medidas pedagógicas, profilácticas y terapéuticas que le ayuden a él y a su familia a superar sus dificultades” (Pág 4). No obstante en páginas posteriores afirmaba: “dentro de una política integral de lucha contra la

droga como la que con coherencia ha venido implementando el Gobierno Colombiano, (...) no es coherente ni sostenible que una conducta como el consumo y porte de sustancias estupefacientes psicotrópicas para uso personal no sea sancionada” (pág. 37). Es clara la falta de coherencia y sentido que se consagraba en el texto motivador, pese a ello el Gobierno del expresidente y hoy senador Álvaro Uribe Vélez logró parcialmente su objetivo; adicionar dos incisos al artículo 49 de la Constitución Política y desafortunadamente (para algunos) la Comisión Primera de la Cámara de Representantes desde la primer vuelta anuló la posibilidad de imponer medidas de limitación temporal a la libertad, aunque se mantuvo la prohibición del porte y consumo.

Habiendo hecho de manera muy breve la anterior contextualización, a continuación se explicará en qué consiste el injusto del tráfico de estupefacientes y los bienes jurídicos que pretende salvaguardar.

B. INJUSTO DEL TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES

En el actual Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000) se consagró dentro de los delitos contra la salud pública la conducta de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, ésta se encuentra tipificada en el artículo 376 y taxativamente expresa: “El que sin permiso de autoridad competente, 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 (...)”

Del anterior tipo penal cabe hacer algunas precisiones. Inicialmente, su ubicación dentro de la clasificación de delitos de peligro. Para entender ésta noción, como primera medida debe comprenderse qué se entiende en términos generales por peligro.

“El peligro en términos genéricos y sencillos implica la incapacidad física, psíquica o cognitiva de poder evitar intencionadamente la producción de un daño cuando se ejecuta un comportamiento. De ahí que no se hable de un peligro cuando se está seguro de la producción de un daño. Y no se habla de un peligro cuando se considera seguro que se puede evitar la producción de un daño. Por tanto, al concepto de peligro pertenece esencialmente el elemento de la inseguridad. Con otras palabras, peligro es inseguridad consciente” (Kindhäuser, 2009, pág. 12).

El peligro se encuentra en estrecha relación con la probabilidad de lesión a un bien jurídico, no con una efectiva lesión de éste. En el ordenamiento jurídico colombiano, así como en el alemán no consideran suficiente servirse del derecho civil para apaciguar el peligro mediante la imposición de sanciones pecuniarias, vinculando a una responsabilidad objetiva por la puesta en peligro que conlleve al pago de indemnización de daños y perjuicios, estimulando de éste modo la contratación de seguros y, con ello, influir preventivamente, a través de la presión de costes y en la observancia de los estándares de seguridad. Tampoco es suficiente la utilización de las herramientas que ofrece el derecho público como el otorgamiento de la ejecución de actividades peligrosas a quienes estén calificados y/o acreditados con altos estándares de seguridad.

Debido a la insuficiencia que ve el legislador en los medios ofrecidos por el Derecho Civil y Público, no puede renunciar al derecho penal. Según Kindhäuser (2009) precisamente por el reproche ético-social y por la posibilidad de la privación de libertad, que hace ver al Derecho Penal como un derecho sancionatorio más potente en comparación con otras clases de derecho, pero justamente en éste radica el problema dado que una gran parte de los delitos de peligro tiene un contenido de injusto y de culpabilidad demasiado pequeño, de manera que su castigo con la pena criminal es cuestionable o, incluso, ilegítimo.

Entonces, los delitos de peligro son aquellos que no requieren una lesión sobre el objeto de la conducta, sino que la acción haya creado sobre aquél un peligro de sufrir un menoscabo y teniendo en cuenta la clase de peligro en la lesividad del delito puede clasificarse en delitos de peligro abstracto y de peligro concreto.

En los delitos de peligro concreto o peligro demostrable, el peligro es un elemento del tipo objetivo y además se requiere que se demuestre la posibilidad del daño, es decir, la comprobación de que hay un peligro; mientras que en los delitos de peligro abstracto o peligro presunto no, en la medida que el legislador, en virtud del principio de configuración legislativa, lo ha presumido, es decir, “la Ley presume de modo absoluto la posibilidad de un daño para el bien jurídicamente tutelado y no sólo no requieren, sino que, por el contrario excluyen cualquier indagación sobre si se da o no la probabilidad del perjuicio o lesión de éste” (Corte Suprema de Justicia, 1982), ésta última clasificación parece ser peligrosa debido a que una conducta que se pueda ajustar a la descripción de un determinado tipo penal, tiene que ser sancionada aun cuando no haya un determinado peligro que constituya la razón de la norma, pero además es arriesgado equiparar el delito de peligro abstracto con el peligro presunto pues dicha equivalencia resulta inconstitucional debido a la evidente infracción del principio de la presunción de inocencia.

En la providencia del 22 de septiembre de 1982, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia precisó: “Con todo, puede afirmarse que existen dos clases de delitos de peligro, cuya diferencia obedece a la proximidad y gravedad del riesgo respecto al bien jurídico tutelado y que unos autores llaman de "peligro abstracto" y "de peligro concreto", denominaciones que otros califican de impropias, porque, como dice alguno de los últimos, "el peligro es siempre una abstracción", motivo por el cual prefieren calificarlos de "peligro directo" y "peligro indirecto", para indicar

que el riesgo en los primeros amenaza en forma inmediata el bien y en los segundos, sólo de modo indirecto”.

En los delitos de peligro abstracto efectivamente existe un peligro de que acontezca el daño, es decir, son delitos en los que el peligro a pesar de ser lejano para el bien jurídico concurre (Joshi, 1999), no basta sancionar la mera desobediencia de algún mandato sino el peligro efectivo para la salud de otras personas, de lo contrario faltaría el sustrato de antijuridicidad del acto pues conllevaría a una antijuridicidad subjetiva incompatible con el derecho penal post-constitucional, así lo señaló la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 25 de marzo de 1993 donde calificó el acto de compartir una dosis mínima de droga entre personas drogodependientes como una conducta que no genera un riesgo perceptible para la salud de esas personas o, si lo genera es tan mínimo que no resulta acreedor al reproche de antijuridicidad del tipo.

De acuerdo con las providencias de la Corte Suprema de Justicia, una del 18 de noviembre de 2008 (Rad. N° 29183) y otra del 12 de noviembre del 2014 (Rad. 42617), se consideró que el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes es considerada una conducta de peligro abstracto ya que se presenta un menor contenido del injusto, donde hace falta pasar por muchas esferas o etapas para que se dé la lesión a un bien jurídico; distinto a los de peligro concreto donde se está en el paso inmediatamente previo a que se produzca una lesión.

Las puestas en peligro abstractas se pueden valorar como menoscabos *sui generis*, pues los bienes no se pueden utilizar racionalmente como medio del libre desarrollo cuando no es suficientemente seguro que al emplearlos no serán dañados, eso sugiere (Kindhäuser, 2009, pág. 14). Sin embargo es una postura excesiva y algo extremista, ya que considerar correcto aquello significaría aceptar la idea de que se recorten las posibilidades de ser libre y de que los bienes no tienen para su titular el valor que podrían tener. Entonces, esto generaría la idea de que las

personas que trafiquen estupefacientes deban ser trasladadas a un lugar apartado porque podría verse afectada la salud de los demás y por consiguiente éstos se sentirán afectados en su libertad y el bien tutelado de la salud pública no tendría el mismo valor, lo cual parece insensato en una sociedad de riesgo en donde hay situaciones que por el mero hecho de vivir en sociedad se deben tolerar.

La legitimación de los delitos de peligro abstracto o indirecto no ha sido pacífica, dado que parece haber una contradicción con el artículo 11 del Código Penal, donde se expresa de forma clara de la antijuridicidad que, es la efectiva puesta en peligro, sin justa causa, de un bien jurídicamente tutelado por la Ley penal. Al respecto en sentencia C-430 del 12 de septiembre de 1996 la Corte Constitucional estimó que es legítima la consagración legislativa de delitos de peligro abstracto, aclarando al respecto que “Cuando el peligro es remoto, el bien no se halla amenazado en forma concreta, y lo que en realidad se castiga es la mera desobediencia o violación formal de la Ley con la realización de una acción inocua en sí misma.” En esta misma providencia el MP. Carlos Gaviria Díaz consideró que el porte de escopolamina, no puede considerarse una conducta antijurídica si su posesión obedece a fines distintos a los relacionados con un uso criminal, ya que, su tenencia representa una amenaza concreta para los bienes jurídicos que se pretenden proteger, por su capacidad de poner a otra persona en estado de indefensión. Se trae a colación esto ya que es paradójico que dicha conducta típica consagrada en el artículo 8 de la Ley 228 de 1995 (porte de sustancias) y aún vigente, no adopte un criterio cuantitativo ni temporal para su penalización, sino simplemente se remita a revisar la intención con la que se porta la escopolamina y contrario sensu, que el Código Penal -Ley 599 de 2000- con cinco años por delante, aplicara lo consagrado en el Estatuto Nacional de Estupefacientes donde primaba el patrón “peso” para determinar la sanción, lo cual hace más compleja la

situación cuando los gramos exceden “la pauta o el límite” permitido, pues en realidad lo que importa es determinar la finalidad con la que se porta la droga y no la cantidad.

Por otro lado en la sentencia 21064 del 15 de septiembre de 2004 la Corte Suprema de Justicia se refirió al principio de lesividad en los delitos de peligro abstracto de la siguiente forma:

“Una cosa es que se encuentre ajustado a la Constitución que el legislador consagre delitos de peligro abstracto para precaver eventuales daños a bienes jurídicos, en virtud de la gigantesca magnitud de la interferencia comunicativa –o el entrecruzamiento de multiplicidad de relaciones, para expresarlo de otro modo- entre los individuos que componen la sociedad de hoy, y otra muy diferente que el juez se abstenga de examinar la relevancia social de la conducta con referencia a la tensión de los bienes jurídicos en juego, bajo el prurito de que el órgano legislativo quiso llevar la protección a estadios muy prematuros, lo cual no le es admisible porque constituye imperativo categórico constitucional que verifique si una conducta específica causó daño o generó efectivo peligro al bien jurídico protegido”. (Corte Suprema de Justicia, 2004)

Finalmente hay que comprender conforme a la exigencia del artículo 11 del Código Penal vigente, que para configurar la antijuridicidad de una conducta típica, la puesta efectiva en peligro del bien jurídicamente tutelado, hace referencia a que el riesgo que en abstracto previó el legislador al emitir el tipo penal se verificó de modo real y verdadero. De tal forma que el principio de lesividad ha de operar no en la fase estática de la previsión legislativa, sino en la dinámica de la valoración judicial del comportamiento como se señaló anteriormente, donde se tendrá que establecer que la actuación creó situaciones de riesgo inadmisibles y efectivas al señalado interés.

En segundo lugar, a éste tipo puede atribuírsele la característica de ser un delito cuya consumación se da de forma anticipada pues no requiere la lesión del bien jurídico protegido,

razón por la cual se sanciona la simple tenencia, por lo que, consecuentemente tiene la categoría de ser un delito de mera actividad, por cuanto el tipo queda realizado con la mera realización de la conducta descrita en el tipo sin que precise de ningún ulterior resultado para su consumación. Lo anterior son características concretamente del verbo de “llevar consigo”, pues en el caso del verbo “elaborar” (también consagrado en la descripción del tipo) el delito es de resultado ya que requiere de la existencia de algo material.

La tercera precisión que debe hacerse respecto al delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes es su cualificación como un tipo penal pluriofensivo; es decir, que además de proteger la salud pública, también busca la protección del orden socio-económico, e indirectamente el amparo de la administración pública, la seguridad pública, la autonomía personal y la integridad personal.

Así, por ejemplo, las conductas de fabricación y tráfico de estupefacientes pueden suponer una lesión efectiva a la economía nacional y un riesgo muy próximo (concreto, directo, demostrable) a la salud pública. Mientras que, la sola tenencia de drogas especialmente aquella destinada no al tráfico sino al consumo personal, a lo sumo puede significar un peligro abstracto, presunto o indirecto para tales bienes.

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación, de forma sucinta se explicará cada objeto de protección que puede verse afectado con la conducta del porte y consumo de sustancias estupefacientes.

1. SALUD PÚBLICA

La salud pública es el objeto de protección prevalente, pues el legislador ha decidido ubicar al tipo penal del presente trabajo (art 376 Código Penal) exclusivamente en el capítulo de delitos que atentan contra ésta, pese a que en sí, las conductas relacionadas con estupefacientes persiguen vulnerar la estabilidad del colectivo, no sólo en el plano físico y psicológico, sino también en el económico.

Para Ramos (1985) la salud pública es la que goza el público en general, indeterminadamente. En otras palabras: es el estado sanitario de la población lo que se protege. Un adjetivo propio de ésta es el de incolumidad que significa “sano”, “sin lesión ni menoscabo” y se refiere a la sanidad social, referida al aspecto físico o corporal, que protege lo orgánico de los componentes del cuerpo social.

Rey Huidobro, citado por Joshi Jubert (1999, p. 34), menciona que el concepto de salud pública no se refiere exclusivamente a verdaderas enfermedades que afectan epidémicamente a la población, sino a toda alteración de las condiciones del individuo, incluidas las sociales.

Otra forma de definirla es como el conjunto de condiciones que positiva y negativamente garantizan y fomentan la salud de todos los ciudadanos; comprendiendo que el carácter de “pública” que califica la salud, no debe entenderse como una referencia a una peculiaridad del bien jurídico protegido, sino, más bien, como un rasgo característico de los ataques que suponen estos delitos y que consiste en la afección plural que representan por su carácter de delitos de peligro general o colectivo; por ello se concluye que este bien jurídico es colectivo, autónomo, independiente y debe ser separado de la salud individual, bajo el entendido que aquella puede garantizar efectivamente ésta. (Domínguez, 2002).

Además; “El concepto de público vale para indicar condiciones especiales que amparan la salud del pueblo o de una parte de él. La salud pública es hecho concreto, fácilmente observable y mensurable, y, de los riesgos que ella corre provienen igualmente de conductas objetivadas, sin equívoco” (Pérez, 1986, pág 176).

En razón a lo anterior y a Corredor (2011) el concepto de salud que pretende el legislador salvaguardar penalizando el tráfico, consumo y porte de estupefacientes es la salud, pero no entendida como aquella en relación con la persona, con el individuo, que toca con la protección de la integridad personal; sino como, un bien socialmente difuso y universal, por la trascendencia que el mismo posee y por la magnitud que los comportamientos tienen de atentar contra la integridad y la seguridad del colectivo, es decir es un interés supra individual. Por lo tanto, la salud pública debe entenderse como la alteración de las condiciones del individuo, como miembro del grupo, incluidas las sociedades.

La tipificación del tráfico de estupefacientes se ligó a la necesidad de proteger un bien jurídico en particular, la salud pública, postura que cuenta con respaldo por parte del constituyente que impuso a toda persona procurar por el cuidado integral de su salud y la de su comunidad -Artículo 49, de la Constitución Política- y con el deber que le asiste a la persona y al ciudadano de obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas -Artículo 95, numeral 2º, de la Constitución Política-.

Teniendo en cuenta que es un problema de interés social al Gobierno le compete regular la materia por expreso mandato del artículo 49 de la Constitución Política que dispone que “la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado y que se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y

recuperación de la salud”. En cumplimiento a este precepto se han expedido varias normas como el Estatuto Nacional de Estupefacientes, en el que se determinaron las competencias del Consejo Nacional de Estupefacientes como responsable de la Política Nacional de Drogas, la conformación de un Comité Técnico Asesor de Prevención Nacional de la Farmacodependencia y de los Consejos Seccionales de Estupefacientes, se crearon campañas de prevención y programas educativos, se señaló el control de la importación, fabricación y distribución de sustancias que producen dependencia, se estableció el procedimiento para el tratamiento y rehabilitación, entre otras medidas. Por otro lado, el Acto Legislativo 02 de 2009, que modificó el artículo 49 de la Constitución Política, añadió dos incisos, uno de ellos referido a la especial atención que el Estado debe dedicar al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, también se refirió al desarrollo de campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes; el otro inciso que se añadió, apuntó a los tratamientos y medidas con fines preventivos y rehabilitadores de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman estupefacientes. Y otro ejemplo es, la Ley 1566 de 2012 en la que se garantiza la atención integral a personas que consumen sustancias psicoactivas y se crea el premio nacional “entidad comprometida con la prevención del consumo, abuso y adicción a sustancias psicoactivas”. Lo anterior parece reflejar que la salud pública es un asunto de gran preocupación para el Gobierno Nacional, pues tiene un rango constitucional como derecho social fundamental y además como bien jurídico protegido por el ordenamiento penal, motivo por el cual se ha intentado crear mecanismos de prevención para evitar se vulnere el mismo. La implicación de la salud pública como bien jurídico y valor social y comunitario merecedora de protección penal

conlleva a que el delito de tráfico de drogas no sea una infracción de tipo formal sino que esté permeada por antijuricidad material, además que para la realización del tipo no deba verificarse la efectiva lesión de la salud de una persona en concreto pues al ser de peligro abstracto no es necesario la identificación de los afectados y finalmente ésta se verá afectada sólo en el caso de que realmente concurra peligro (aunque lejano) para terceras personas.

“Definir el fenómeno de las drogas desde una perspectiva de salud pública permite reconocer diferencias entre las drogas y sus riesgos; se aleja de conceptualizaciones que ven a las drogas como fin último, con el decomiso y la detención de personas como la meta, en cambio ve a las sustancias en su interacción con las personas que las usan o tienen potencial para hacerlo, que viven en contextos con mayor o menor riesgo y que son más o menos vulnerables a la experimentación” (Medina-Mora, Real, Villatoro, & Natera, 2013; página 68).

Habiendo hecho una aproximación de lo que debe entenderse por salud pública es importante pasar a hacer una concreta relación del por qué con el delito de tráfico, fabricación y consumo de estupefacientes se ve amenazada ésta. Parece no haber duda alguna de que el consumo abusivo de drogas constituye un serio problema de salud para muchas personas. Es particularmente importante destacar que el inicio temprano del consumo está asociado con un mayor riesgo de dependencia y de otros problemas. Por ejemplo, la marihuana si bien es una droga asociada con menor mortalidad que muchas otras sustancias, presenta riesgos para la salud, especialmente para los usuarios adolescentes cuyos cerebros están aún en desarrollo. La heroína al ser consumida por vía intravenosa, los principales riesgos a los que se enfrentan los usuarios son la sobredosis y la transmisión de enfermedades infecciosas. “El consumo de cocaína produce una amplia gama de efectos nocivos en la salud a corto plazo: alteraciones a la transmisión de los estímulos nerviosos, formación de coágulos al interior de los vasos sanguíneos, trastornos del ritmo y las

contracciones cardiacas e infartos en órganos especialmente susceptibles como corazón y cerebro. A largo plazo, la cocaína puede causar atrofia cerebral, alteraciones en la memoria y trastornos del sueño y del ánimo, como la depresión” (Organización de los Estados Americanos, 2013). En síntesis no cabe duda de que el tráfico de estupefacientes es perjudicial para la salud de la comunidad y por lo tanto le corresponde al Estado Colombiano, fundado en principios sociales, proteger y evitar daños para la salud de las personas.

La protección a la salud pública con la Ley 599 de 2000 alcanzó un alto nivel de autonomía, pues en el anterior Código Penal (Decreto Ley 100 de 1980) se incluía a la salud pública dentro del catálogo de delitos que atentaban contra la seguridad pública. Sin embargo, con la siguiente explicación, queda claro que son dos bienes jurídicos diferentes.

2. SEGURIDAD PÚBLICA

Seguridad viene del latín *securitas* y éste de *securus* que significa obrar o encontrarse sereno o pacífico. Seguridad equivale a acogimiento, calma, invulnerabilidad. Y seguridad pública son palabras que comprenden la tutela del bienestar común, tanto si se lo entiende como “orden jurídico” o “societo colectivo”.

El principal sustento para la existencia y protección de éste bien jurídico es el de evitar potenciales daños a la pacífica convivencia. Existencia que también goza de un fundamento constitucional, en el preámbulo de la Constitución Política se señala que uno de los fines del Estado es la paz y en el artículo 22 de la misma que lo consagra como un derecho fundamental y un deber de obligatorio cumplimiento.

“La seguridad pública es el estado anímico en que conviven los habitantes de un territorio, cuando el orden público, el orden social y el sosiego colectivo, les permiten ejercer sus derechos con la certeza de no correr riesgo alguno. Este título protege el sentimiento colectivo de hallarse en paz y de poder desarrollar cada cual su personalidad, sin estorbos” (Ferreira Delgado, 2006).

“La seguridad pública hace referencia a la presencia de un orden mínimo en la sociedad, que permite el desarrollo de la paz como sensación o ambiente constante o estable, no simplemente como aspiración. Se trata de un estado ideal de la comunidad en la que ella se mantiene en un orden aceptable respecto de los bienes jurídicos de mayor entidad, como sería la vida, la integridad, el libre desarrollo de la personalidad, así como se mantiene la posibilidad de que la autoridad se ejerza pacíficamente con respeto de los ciudadanos. Es, acaso, un clima, un ambiente de común tranquilidad” (Cruz Bolívar, 2011).

Los delitos que se hallan en éste capítulo, contrarios a la salud pública que protegen un aspecto corporal de los miembros de la sociedad, en la seguridad pública se protege el estado o la situación anímica de los pertenecientes a la comunidad.

Los delitos contra la seguridad pública tienen su origen racional en el concepto existencial de “bienestar común”, que está ligado al de una comunidad atada por vínculos tanto físicos como espirituales y que propende por la felicidad de todos. El bienestar común es un ideal de orden colectivo o social, que trasciende a lo comunitario desde los bienes particulares, porque, en relación con la sociedad, el bien común une y el privado disgrega.

Los delitos que atentan contra éste aspecto del “orden social”, introducen el inconveniente de un “Estado extra-social que conmueve, perturba y aterra los ánimos de los ciudadanos pacíficos y honestos” (Carmignani, 1979). Así, cuando se tutela la “tranquilidad pública” se protege, no

propiamente la existencia de un régimen constitucional o legal, ni el respeto por el bienestar corporal de los coasociados, sino la situación espiritual de los mismos.

La historia de los delitos contra la seguridad pública tiene una especial relación con la situación de orden público en el país, sobre todo en lo que se refiere tanto a la lucha contra el tráfico de drogas y la guerra que ello ha generado, como al conflicto armado al que Colombia se ha enfrentado desde hace aproximadamente 50 años. Y es evidente la importancia que ha tenido éste bien jurídico durante la evolución de la legislación penal colombiana, pues ningún otro título del Código Penal ha sido objeto de tantas reformas como el que ahora nos ocupa. Una muestra de que esta tendencia se mantiene en el legislador es la expedición de la Ley 733 de 2002, que fue la primer importante reforma al Código Penal que apenas había comenzado a regir un año y medio atrás (24 de julio de 2001). Posteriormente, con la expedición de la Ley 1453 de 2011, conocida como la Ley de Seguridad Ciudadana, propuesta por el Ministro del Interior Germán Vargas Lleras se continuaron elaborando reformas al Código Penal y al Código de Procedimiento Penal, ésta vez se modificó el artículo 376 de la Ley 599 de 2000, la variación consistió en suprimir la expresión “salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal”, lo que se traduce en la penalización del porte de cualquier cantidad de drogas ilícitas sin importar la cantidad o destino (uso o comercio). También se excluyó la metacualona (sustancia poco común en el mercado actual de drogas ilícitas) y la inclusión de otras sustancias como la Ketamina, el GHB y la denominación genérica de “droga sintética”. La versión actual del Código Penal contempla esta modificación, aunque la penalización no ha sido la última palabra (Fischer Rodríguez, 2013). Las anteriores reformas son una prueba de la preocupación que tiene el legislador sobre la repercusión que pueda generar el consumo de estupefacientes en la seguridad pública. Si bien, la segunda reforma mencionada (Estatuto de Seguridad Ciudadana) tiene relación con la conducta del tráfico de

estupefacientes, ésta generó incertidumbre y confusión respecto a la legitimidad de la dosis para uso personal, sin embargo se trae a colación debido a su estrecha relación con el bien jurídico que se está desarrollando (Seguridad Pública) ya que en la exposición de motivos de la Ley 1453 de 2011 se encontraban éstas medidas reformativas dentro del sustento de que son normas que van dirigidas hacia la lucha contra el terrorismo y la criminalidad organizada, pues consideró el Gobierno que con el Acto Legislativo 002 de 2009 quedó sin efectos la mención realizada en el Código Penal a la dosis personal y por lo tanto debía mejorarse la técnica legislativa respecto a los delitos contra la salud pública.

El delito del tráfico, fabricación o porte de estupefacientes pone en peligro y hasta puede llegar a menoscabar el bien jurídico de la seguridad pública, debido a que “la alta rentabilidad del narcotráfico ha permitido que se convierta en la alternativa de financiación de grupos de delincuencia organizada, armados y jerarquizados que desvirtúan la premisa del monopolio estatal de la fuerza como presupuesto de convivencia” (Corte Constitucional, 2014).

Nombrar algo como “amenaza a la seguridad”, como ha sucedido en el caso de las drogas, tiene un efecto político triple. Primero, todo lo relacionado al asunto se construye con carácter excepcional y extraordinario, es una cuestión de vida o muerte, algo que amenaza a la seguridad. De lo cual se desprende un segundo punto, y es que este carácter extraordinario, excepcional, permite legitimar, por parte del Estado, el uso de cualquier mecanismo que sea necesario para enfrentarlo, sobre todo de carácter militar. Es decir: securitizar algo repercute naturalmente en la adopción de ciertas estrategias militares “necesarias” para hacer frente al problema, debido a su carácter de extraordinario y excepcional. Tercero y no menos preocupante, lo que hace esta declaratoria al catalogar algún aspecto como “amenaza” es alejar la temática de los espacios públicos del debate, y estos deberían hacer parte de cualquier problema en una democracia, la

guerra contra las drogas ha incrementado la crisis de seguridad ciudadana, no sólo en Colombia, sino en Centroamérica, en México ni hablar, varios países del caribe, Sudamérica en algunos casos y Paraguay (Tickner, 2014)

3. ORDEN ECONÓMICO Y SOCIAL

El Derecho penal en un Estado Social encuentra su justificación como sistema de protección de la sociedad. Aquellos valores sociales que, *por su importancia*, merecen la protección del Derecho se denominan *bienes jurídicos*. Sin embargo, que “el Derecho penal sólo deba proteger ‘bienes jurídicos’ no significa que todo ‘bien jurídico’ haya de ser protegido penalmente”. (Mir, 1998) .

Respecto del tráfico, fabricación o porte de sustancia estupefaciente o sicotrópica se deben establecer unas circunstancias básicas para así llegar al bien jurídico que se tutela.

Según el precepto penal establecido en el artículo 376 del Código Penal Colombiano, modificado por la Ley 1453 de 2011, se reprime, en términos generales, la conducta de quien fabrique, trafique o porte sustancia estupefaciente. En este caso, el sujeto activo de la conducta es “el que”, esto es, cualquier persona con capacidad para ser imputable penalmente, es decir, en ese sentido, que no puede ser sujeto activo de esta conducta una persona jurídica.

El artículo establece lo siguiente:

“el que sin permiso de autoridad competente, 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 sustancia estupefaciente, sicotrópica (...)”,

Lo anterior hace referencia amplia, respecto de quienes portan la sustancia, al hecho de transportar de un lugar a otro la sustancia, sea sobre el cuerpo o dentro de él, tener en su poder, en la casa de habitación, oficina o lugar de trabajo, dicha sustancia o cuidar de su permanencia. Del mismo modo, adquirirla (Fernando Velásquez, 1989).

En adición a la salud pública y a la seguridad pública, debemos decir que la sanción al injusto del tráfico de Estupefacientes protege, también, el orden económico social.

Es necesario recalcar que sólo el porte superior a lo establecido como dosis personal puede entenderse, en principio, como circunstancia que afectaría el orden económico social, dado que el mero porte de la dosis personal no es suficiente para llegar a la esfera del bien jurídico por varias razones importantes y es que las conductas alternativas descritas en el artículo 376 del Código Penal comprenden el “tráfico, fabricación o porte” de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética en las cantidades previstas en los incisos primero, segundo y tercero del artículo 376 Cod. P., con exclusión del porte o conservación de la cantidad considerada como dosis para uso personal, toda vez que: a) se debe distinguir entre las conductas constitutivas de narcotráfico y el porte de sustancia para el consumo personal; b) este último comportamiento no reviste idoneidad para afectar los bienes jurídicos de la salubridad pública, la seguridad pública y el orden económico y social, protegidos en las normas que penalizan el narcotráfico, en cuanto que se trata de una conducta que no trasciende el ámbito personal del individuo; c) la penalización del porte o conservación de sustancia estupefaciente en cantidad considerada como dosis personal comportaría vulneración del principio de proporcionalidad y prohibición de exceso en materia penal, como quiera que se estaría criminalizando un comportamiento carente de idoneidad para lesionar bienes jurídicos amparados por la Constitución; d) la prohibición que introdujo el Acto Legislativo 02 de 2009 en el artículo 49 de la Constitución en cuanto al porte y

consumo de sustancia estupefaciente o psicotrópica, no conduce a la criminalización de la dosis personal, como quiera que no comporta una finalidad represiva frente a quien tenga la condición de adicto, sino de protección a través de medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, la cuales deben contar con el consentimiento informado del adicto (Corte Constitucional, C-491/2012).

Debemos recalcar, que el ámbito de protección del tipo penal se amplió al punto que hoy ya no se trata sólo de un tipo penal orientado a proteger la salud pública sino también la seguridad pública y el orden económico y social, como habíamos dicho anteriormente. Según la corte constitucional, lo anterior se da, “porque en el tráfico de estupefacientes confluye cada vez más un desmedido ánimo de lucro, dispuesto a vencer todas las barreras, capaz de poner en circulación inmensos capitales y de generar inconmensurables riquezas que alteran dramáticamente las fuerzas económicas de los países afectados por ella.

De allí que en el narcotráfico no sólo se advierta menoscabo de bienes jurídicos que remiten a derechos ajenos, sino que confluyan también, de un lado, una indiferencia total por el daño causado a los titulares de tales derechos y, por otro, una capacidad corruptora que ha permitido incluso el cuestionamiento de los ámbitos de poder político interferidos por ella”. (Corte Constitucional, C-491/2012).

Lo dicho se puede expresar más fácilmente en el entendido de que en un país como Colombia que tiene una economía de mercado que permea todas las esferas del poder público, llega el narcotráfico como actividad de orden económico que permite a quienes incurren en ella adquirir capitales enormes ilegalmente que tarde que temprano entrarán a circular en el sistema y que generarán un alto grado de involución y afectación al mismo por cuanto tiene orígenes no lícitos.

Desde el inicio del auge del narcotráfico en los años setenta y el consecuente aumento en el consumo por parte de los países industrializados, se inició una batalla directa contra esta actividad que a la fecha ha sido insignificante no solo por derrotarla sino al menos por controlarla. En ese sentido, el Orden Económico y Social colombiano se ve afectado en gran medida, puesto que al ser Colombia un país agricultor, nos preguntamos, ¿cuántas hectáreas de tierra productiva se están empleando para la siembra de la hoja de coca y no para el cultivo de alimentos?, o ¿cuántos campesinos han sido despojados de sus tierras para darle este tipo de usos inadecuados aumentando así el número de personas que se han convertido en desplazados y a la vez en desempleados?. Son preguntas que demuestran el grado de afectación a éste bien jurídico debido al narcotráfico, sin contar con las múltiples consecuencias dadas por el ingreso de grandes cantidades de capital habidas del Narcotráfico, es decir, de forma ilegal, que son inyectadas a la economía colombiana y que generan un desbalance financiero y económico muy grave. Diariamente en Colombia se presentan casos de lavados de activos en un intento por incluir en la legalidad capitales adquiridos de forma ilegal, contrabando y enriquecimiento ilícito de particulares producto del narcotráfico.

4. SALUD PERSONAL

El tipo penal del “tráfico, fabricación o porte” de estupefacientes, protege el bien jurídico de la salud personal. La Corte Constitucional en sentencia C-491 de 2012 dijo lo siguiente:

“La adición que se hizo al artículo 49 de la Constitución mediante Acto Legislativo No. 02 de 2009, se fundamentó en los preocupantes resultados arrojados por los estudios realizados en materia de consumo y tráfico de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, y

en especial, en razones de protección a la salud de la persona, como derecho constitucional fundamental de ésta, destacando que no se pretende penalizar con medida privativa de la libertad al consumidor, sino acompañarlo con estrategias pedagógicas, profilácticas y terapéuticas que le ayuden a él y a su familia a superar sus dificultades. Destaca que esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-882 de 2011.” Lo anterior, en palabras de la corte, expresa cómo la salud de la persona o salud personal se protege como derecho fundamental de la persona misma, es decir, como bien jurídico a tutelar.

La doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo de España define como sustancias que causan grave daño a la salud aquellas que, consideradas de modo abstracto, pueden causar efectos devastadores en la salud individual o personal. Concretamente, se estima que éste es el caso cuando se cumplen los siguientes requisitos: a) dependencia psíquica o física del consumidor; b) progresiva exigencia de mayores dosis, también llamada tolerancia; c) posibilidad de que el abuso conduzca a significativas alteraciones del comportamiento o a una grave afectación psíquica o neurosicológica; d) no es necesario que produzcan síndrome de abstinencia. (Jubert, 1999). Lo anterior es una muestra clara de que el tipo penal del “tráfico, fabricación o porte” de estupefacientes, protege el bien jurídico de la salud personal, precisamente porque las sustancias estupefacientes elaboradas causan dichos resultados en las personas consumidoras.

El uso experimental es donde una droga se consume para probar sus efectos y, después de un determinado número de usos, se abandona; el uso regular o social: se continúa usando la sustancia después de haber experimentado y su consumo se integra al estilo de vida habitual; el uso nocivo, definido por la OMS como un patrón de uso que causa daño, ya sea mental o físico y

el abuso y dependencia, como enfermedades asociadas con el consumo de sustancias psicoactivas.

La principal característica común a todas las drogas es la psicoactividad, es decir, su capacidad para llegar al cerebro y modificar su funcionamiento habitual.

Las drogas pueden consumirse por diversas vías, fumada (como ocurre con el hachís y el tabaco), ingerida por vía oral (alcohol y drogas de síntesis), aspirada (como la cocaína y el speed), inhalada (como los pegamentos), o inyectadas (como en ocasiones la heroína).

Según los efectos, existen sustancias estimulantes del sistema nervioso central que aceleran el funcionamiento habitual del cerebro, provocando un estado de activación; otras depresoras del sistema nervioso central que entorpecen el funcionamiento habitual del cerebro, generando un proceso progresivo de adormecimiento cerebral y sustancias perturbadoras del sistema nervioso central que alteran el funcionamiento del cerebro produciendo distorsiones sensoriales y alucinaciones (Antonio Escohotado, 2004).

El cerebelo es el centro de la mayoría de las funciones involuntarias del cuerpo y el abuso severo de drogas daña los nervios que controlan los movimientos motores, lo que resulta en pérdida de coordinación general, es por eso que los adictos crónicos experimentan temblores y agitación incontrolable. Del mismo modo, el uso de drogas puede producir "Síndrome de Muerte Súbita" y las dos sustancias que más frecuentemente han causado estas muertes son el tolueno y el gas butano. Adicional a lo anterior se ha comprobado que las drogas causan el envenenamiento de la médula ósea, generando leucemia en quienes son consumidores por la pérdida en demasía de los glóbulos blancos.

Además, las drogas atrofian los nervios craneales, ópticos y acústicos causando problemas visuales y pobre coordinación de los ojos, también destruyen las células que envían el sonido al

cerebro y ello deriva en graves posibilidades de ceguerras y sorderas. Respecto de la sangre, las drogas bloquean químicamente la capacidad de transportar el oxígeno en la sangre y a su vez, afectan el sistema respiratorio por cuanto se puede producir asfixia cuando no se desplaza totalmente el oxígeno en los pulmones además de presentar graves irritaciones en las mucosas nasales y tracto respiratorio (Organización mundial de la Salud, 2004).

CAPITULO II. POSESIÓN (TENENCIA) DE LA SUSTANCIA

Para efectos de definir el concepto de *Poseción*, es importante traer a colación las palabras del Tribunal Supremo de España, que establece que es un concepto esencialmente jurídico-penal, delimitado con criterios civiles. En efecto, la posesión para la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo consiste en *“la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona, y se entiende mayoritariamente que no se precisa contacto material constante y permanente con la cosa poseída, sino que basta con que quede sujeta a la acción de la voluntad del poseedor, manteniendo éste la posesión en tanto no abandone o ceda la cosa a otro, la destruya o adquiera sobre ella un tercero una nueva posesión”* cita por Joshi , 1999.

El objeto de la posesión es toda droga tóxica, sustancia psicotrópica y estupefaciente, tanto de las que causan como de las que no causan grave daño a la salud. De este modo, por ejemplo, la posesión de semillas u otros objetos que solo adquieren tal categoría después de sufrir transformaciones no es punible bajo este precepto.

Se entiende entonces, que la tenencia podrá imputarse en los siguientes casos: 1) cuando se aprehenda materialmente la droga en poder del autor, es decir, por prueba directa. 2) Cuando a pesar de no tener la posesión material, existe disponibilidad real sobre la sustancia, por ejemplo,

por conocerse donde se encuentra y tener acceso a ella, o en definitiva, por estar en situación de poder decidir su destino (Joshi , 1999).

A. LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD VS SALUD PUBLICA

El derecho al libre desarrollo de la personalidad es considerado un derecho civil, es decir un derecho negativo (Gallardo, 2008) porque no permite la intromisión del Estado en ámbitos de la libre actuación del hombre, si no únicamente para reconocerlos, protegerlos y garantizarlos, por lo que tradicionalmente se entendía que el Estado estaba obligado a no interferir. En la actualidad el Estado no tiene únicamente la obligación de expectativas negativas sino también de expectativas positivas, esto es, conductas de “hacer”, tal y como lo afirman Victor Abramovich y Christian Courtis, sería no sólo prohibiciones de interferencia o de impedimentos, sino también obligaciones de proveer las numerosas y complejas condiciones institucionales de su ejercicio y su tutela (Abramovich, 2014).

La honorable Corte Constitucional, sobre el libre desarrollo de la personalidad ha dicho:

“Como consecuencia lógica del respeto por la dignidad de la persona se encuentra el de libre desarrollo de la personalidad, cuyo núcleo esencial protege la libertad general de acción, involucrando el derecho a la propia imagen y la libertad sexual, entre otras manifestaciones de la personalidad merecedoras de protección. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, conocido también como derecho a la autonomía e identidad personal, busca proteger la potestad del individuo para autodeterminarse; esto es, la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre, claro está,

que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional. Así, puede afirmarse que este derecho de opción comporta la libertad e independencia del individuo para gobernar su propia existencia y para diseñar un modelo de personalidad conforme a los dictados de su conciencia, con la única limitante de no causar un perjuicio social. Se configura una vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad cuando a la persona se le impide, de forma arbitraria, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia. Así, para que una limitación al derecho individual al libre desarrollo de la personalidad sea legítima y, por lo mismo no arbitraria, se requiere que goce de un fundamento jurídico constitucional. No basta que el derecho de otras personas o la facultad de la autoridad se basen en normas jurídicas válidas, sino que en la necesaria ponderación valorativa se respete la jerarquía constitucional del derecho fundamental mencionado.” (Corte Constitucional, C-336/2008).

Del mismo modo el derecho al libre desarrollo de la personalidad, ha sido entendido socialmente como la libertad individual para tomar decisiones que conciernen y afectan el desarrollo de la personalidad y la libertad para emprender las actividades individuales o sociales que le permitan a la persona proyectar su visión de sí misma, y esta parece ser la expresión más acertada para el tema del que trata la presente tesis. Libre desarrollo de la personalidad y capacidad para tomar decisiones tales como, en éste caso, consumir sustancias estupefacientes que necesariamente conllevan a portarlas, que en definitiva es el asunto-problema. La Constitución Política de Colombia, dispone en su artículo 16 que: *“todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”*, a su vez, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 estableció en su artículo 29-1 que *“toda persona tiene deberes respecto a la*

comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”. De manera que el derecho al libre desarrollo de la personalidad goza de tal importancia que a pesar de ser un derecho individual puede en diferentes casos, estar por encima de un derecho que afecta a la colectividad. Tal es la situación, que de acuerdo a la posesión o tenencia de sustancias estupefacientes, el derecho al libre desarrollo de la personalidad entra en contravía con la Salud Pública.

Ahondando en el tema, es necesario destacar que un adelanto importante en materia de legalización del consumo de drogas en Colombia, fue la sentencia C-221 de 1994, proferida por la Corte Constitucional, mencionada anteriormente, por medio de la cual se despenalizó el consumo de la dosis personal², bajo el marco del respeto de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad.

La parte resolutoria de la sentencia declara la inexequibilidad de los artículos 51 y 87 de la ley 30 de 1986. El primero de estos artículos hace referencia a las sanciones impuestas en caso de porte o consumo de cocaína, marihuana o cualquier otra droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como dosis de uso personal. El segundo está relacionado con la imposición de tratamiento médico para personas que se encuentren afectadas por el consumo de drogas, aunque éstas no hayan cometido ningún tipo de infracción. La inexequibilidad del artículo 51 de la Ley 30 de 1986 tuvo sustento en dos fundamentos primordiales: el primero es el libre desarrollo de la personalidad. Este principio, consagrado en la Constitución, establece que el individuo tiene la capacidad para encaminar su vida siempre y cuando no interfiera con la autonomía de las otras personas; es así como se considera que el consumo de la dosis mínima es una decisión individual que cumple con esta característica.

² Se considera dosis personal a aquella cantidad de estupefacientes que la persona conserva para su propio consumo. En Colombia la dosis personal es de 20 gramos de marihuana, 5 gramos de hachís, 1 gramo de cocaína y cualquier sustancia que derive de la misma y 2 gramos de metacualona.

El segundo es la limitación del Estado sobre la participación en la salud personal; la Corte señala que cada persona es libre de decidir si es el caso o no de recuperar su salud, por lo cual es improcedente imponer sanciones cuando una persona decide realizar alguna actividad que afecte su bienestar. En el caso del artículo 87 de la ley 30 de 1986, se declaró abiertamente violatorio al artículo 16 de la Constitución que trata sobre el libre desarrollo de la personalidad, ya que obligar a recibir un tratamiento médico va en contravía de la voluntad del destinatario, pasando por alto la capacidad de decisión del individuo.

Parece fácil determinar que en el presente caso el libre desarrollo de la personalidad supera la Salud Pública pero debemos decir que no es tarea sencilla pues el asunto relativo al libre desarrollo de la personalidad no tendría mayores problemas si siempre nos refiriéramos a personas adultas, consideradas por la legislación como plenamente capaces de decidir autónomamente sobre la propia vida, sin embargo aún frente a los adultos y adultas, en varios casos, nos encontramos con decisiones difíciles que tienen que consultar elementos relacionados con la conveniencia general y la salud pública, que en repetidas ocasiones son objetos de protección por la legislación y pueden llegar a imponer limitaciones a las personas. Ejemplo de tal situación pueden ser el consumo de estupefacientes en sitios públicos, que en varias legislaciones es controlado en aras del bien común.

Pero si frente a los adultos se presentan situaciones de difícil interpretación, mucho más sucede cuando se trata de adolescentes y niños, es decir de personas que aún no han llegado al límite cronológico que les permite la autonomía plena, es decir, en nuestro caso quienes aún no han completado los 18 años y sobre quienes el Estado tiene deber primordial de protección. En este sentido habría un choque colateral de derechos y el operador judicial debe solucionarlo de algún modo.

La colisión entre derechos que se encuentran en un mismo nivel de importancia, como los consagrados en la Constitución, crea un conflicto que debe ser resuelto de forma consciente y clara por el operador judicial, realizándose un cuestionamiento profundo, sopesando la necesidad de satisfacción de ambos derechos, entendidos como normas de carácter fundamental, los cuales deben ser garantizados en la mayor medida posible, en tanto ostentan igual grado de importancia y en el enfrentamiento entre estos se busca que uno ceda ante el otro sin dejar inoperante al cedente, proceso valorativo identificado como *ponderación*. Este juicio de ponderación, no es más que buscar el equilibrio entre los principios o derechos enfrentados, ya siendo conciliados de forma armónica, o cediendo uno frente al otro, claro está, sin desconocer la importancia del principio o derecho cedido, pues lo que se busca es una solución ajustada a un problema específico, el cual no admite ser tomado como base a situaciones similares, ya que la ponderación varía de una situación a otra por las circunstancias que la rodean.

En los últimos años, el Estado colombiano busca la protección de los derechos, garantías y principios de los individuos que habitamos en territorio nacional, es por eso que a través de las diferentes acciones constitucionales se establecen mecanismos para conservarlos, sin embargo muchas veces se presentan conflictos o colisiones entre derechos constitucionales del mismo nivel, verbigracia la salud pública y el libre desarrollo de la personalidad cuando de porte de sustancias estupefacientes se trata, claro está.

El juicio de ponderación no es una regla matemática, es decir, si colisionan dos derechos como la salud pública y el libre desarrollo de la personalidad no significa que siempre que se presente conflicto con estos dos derechos fundamentales la salud pública sucumba ante el libre desarrollo de la personalidad, puesto que la ponderación es sopesar en casos particulares cuál

derecho pesa más sobre el otro, y no puede en casos similares aplicarse la misma ponderación como quiera que las circunstancias de cada situación varían.

En su teoría de los derechos fundamentales Alexy plantea, que las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera distinta, ya que cuando dos principios entran en colisión, tal como ocurre cuando, según un principio, algo está prohibido, y según otro principio, lo mismo está permitido, uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro, y este último no se aplicaría para el caso concreto, ocasionaría una incertidumbre jurídica, pues por el caso especial la aplicación de este principio sería diferente (Alexy, 2003).

A lo anterior podemos abonar que el juicio de ponderación requiere un estudio para el evento en el cual va ser aplicado y su estudio se realiza a través del test de proporcionalidad en donde se observan y analizan aspectos ineludibles; “la regla que establece las condiciones y requisitos por los cuales un principio debe preceder a otro de conformidad con las circunstancias concretas, debe ser elaborada verificando ciertos requisitos de procedencia que vienen a delimitar la factibilidad de la ponderación en cada caso” (Luís, 2007), llevándonos finalmente a establecer que se debe realizar un juicio de razonabilidad o test de proporcionalidad, lo que supone analizar las condiciones para que un principio constitucional prevalezca sobre el otro en conflicto, o si resulta posible equilibrarlos de tal forma que ninguno deba ser completamente opacado en el caso concreto, ello mediante los subprincipios de 1) Idoneidad o adecuación 2) Necesidad y 3) Proporcionalidad en sentido estricto, que requiere evaluar el juez constitucional previo a resolver el asunto que se le plantea.

Erramos al decir qué derecho se encuentra por encima del otro porque incluso en casos sobre porte de estupefacientes, pueden variar las circunstancias. Por lo anterior, es menester, además de acudir a la jurisprudencia, aplicar la ponderación de derechos por parte del operador judicial

pues es la única vía que nos asegura que en cada caso se manifieste el Estado mediante una justicia real y efectiva.

Por otro lado, y ya que el asunto que se está abordando lo amerita, es posible pensar que el libre desarrollo de la personalidad no sólo se encuentra enfrentado con la salud pública. Existe otra forma de encarar éste bien jurídico y es con las políticas de protección coactiva. Es justamente aquí dónde surge la duda para muchos -y sin estar claramente resuelta- de cómo es posible, pero, a su vez ‘contradictorio’ que el ordenamiento jurídico colombiano prohíba la movilización en vehículo automotor sin hacer uso del cinturón de seguridad pero que sí permita el consumo de drogas, con ciertas limitantes. Lo anterior bajo el fundamento del libre desarrollo de la personalidad.

“Cuando el legislador regula mi conducta con prescindencia del otro, está transponiendo fronteras que ontológicamente le están vedadas. En otros términos: el legislador puede prescribirme la forma en que debo comportarme con otros, pero no la forma en que debo comportarme conmigo mismo, en la medida en que mi conducta no interfiere con la órbita de acción de nadie. Si de hecho lo hace, su prescripción sólo puede interpretarse de una de estas tres maneras: 1) expresa un deseo sin connotaciones normativas; 2) se asume dueño absoluto de la conducta de cada persona, aún en los aspectos que nada tienen que ver con la conducta ajena; 3) toma en cuenta la situación de otras personas a quienes la conducta del sujeto destinatario puede afectar” (Corte Constitucional, C-221, 1994).

Con lo anterior, parece ser evidente el intento que ha tenido el legislador por intervenir en la esfera privada de las personas. A juicio propio asumiéndose dueño absoluto de la conducta de cada persona con la prohibición hecha en el Estatuto Nacional de Estupefacientes y teniendo en

cuenta la situación de otras personas a quienes podría afectarse con la multa impuesta por el Código Nacional de Tránsito Terrestre a quien no use el cinturón.

Con la prohibición del consumo de estupefacientes el fin es salvaguardar la salubridad pública y la personal; con el cinturón, el fin es reducir riesgos en caso de accidente y en consecuencia la protección de la vida y la integridad física de la persona que lo utiliza.

“La Carta no es neutra entonces frente a valores como la vida y la salud sino que es un ordenamiento que claramente favorece estos bienes. El Estado tiene entonces un interés autónomo en que estos valores se realicen en la vida social, por lo cual las autoridades no pueden ser indiferentes frente a una decisión en la cual una persona pone en riesgo su vida o su salud”. (Corte Constitucional, C-309, 1997).

El argumento anterior es dado por la Corte en la sentencia C-309 de 1997 a través de la cual se resolvió la demanda de inconstitucionalidad por considerar el actor violatorio del derecho del libre desarrollo de la personalidad la norma que sanciona a la persona con multa por no hacer uso del cinturón de seguridad, sin embargo es un razonamiento válido y aplicable a la situación de la injerencia de estupefacientes.

Son medidas de protección: la que prohíbe el consumo de estupefacientes y la que obliga a emplear la correa de seguridad. Las dos buscan la realización de objetivos constitucionalmente importantes, y como está en juego la autonomía de las personas coaccionadas, deben ser normas eficaces y no debe haber alternativas menos lesivas de la autonomía individual.

Dichas medidas de protección parecen no ser incompatibles con la Constitución Política. Sin embargo, ello no significa que cualquier medida de esta naturaleza sea admisible, puesto que, en ocasiones, el Estado o la sociedad, con el argumento de proteger a la persona de sí misma, terminan por desconocer su autonomía. Por ejemplo, es carente de legitimación

constitucional la medida que se convierte en una política "perfeccionista", esto es, "en la imposición coactiva a los individuos de modelos de vida y de virtud contrarios a los que ellos profesan, lo cual obviamente contradice la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la persona.

Test de proporcionalidad, en busca de comprender el trato diferente a conductas ostensiblemente violatorias del mismo derecho, se presenta la siguiente tabla de comparación:

OBLIGATORIEDAD DEL USO DEL CINTURON	PROHIBICIÓN AL CONSUMO DE ESTUPEFACIENTES (antes de la sentencia C-221 de 1994).
Principios en colisión: vida e integridad personal vs. Libre desarrollo de la personalidad.	Principios en colisión: Salud pública y salud personal vs. Libre desarrollo de la personalidad.
Carga impuesta: es mínima. La sanción no es excesiva, sólo pecuniaria	Carga impuesta: Para los drogodependientes y los que no lo son, la carga no es mínima. Hay una sanción excesiva consistente en la privación de la libertad, en distintas modalidades.
Adecuación: La norma cumple el fin propuesto	Adecuación: La norma no cumple con el fin propuesto
Necesidad: no existe otro medio menos oneroso en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el	Necesidad: Hay medios menos onerosos para alcanzar el fin perseguido

fin perseguido	
Proporcionalidad: no se sacrifican valores y principios que tienen un mayor peso que el principio que se pretende satisfacer (vida e integridad). Hay una reducción del derecho proporcionada.	Proporcionalidad: La reducción del derecho no es proporcionada.

B. JURISPRUDENCIA DOSIS PERSONAL

En Colombia el tema de las drogas no es el único que ha generado polémica, por el contrario, diversas decisiones de la Corte Constitucional han desatado controversias; tales como: la C-239 de 1997 referente a la despenalización del homicidio piadoso o a la denominada eutanasia. Esta sentencia generó un ambiente tensionante, la posición de la iglesia católica consideró inadmisibles el homicidio pietístico y se llegó al extremo de denominar como “mercaderes de la muerte” a los magistrados que votaron a favor de ésta. Otra sentencia es la T-523 de 1997 en relación al reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural que se les hace a las comunidades indígenas y finalmente la C-221 de 1994 (que se mencionó al inicio éste trabajo) sobre la despenalización de la dosis personal.

Las tres decisiones anteriores tienen algo en común pese a tratar temas diferentes y es que velan por proteger la autodeterminación no sólo del individuo sino también de las comunidades minoritarias, punto clave tratado en el apartado anterior.

La función que ha desempeñado la Corte Constitucional es la de enaltecer la autonomía personal, pues ha demostrado interés por la protección de los derechos de pequeñas

particularidades que parecen estar aisladas de la universalidad, su labor además ha estado encaminada a la defensa del libre desarrollo de la personalidad, del concepto de vivir dignamente y del pluralismo jurídico.

Sin lugar a dudas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha contribuido a la evolución y a la mejor interpretación de nuestro derecho, ese Tribunal ha producido sentencias de una inconmensurable importancia, las cuales han permeado, desde nuestra óptica, en forma positiva ciertos aspectos de la vida Nacional y han contribuido a la certeza, en algunos sectores de la sociedad, de que el derecho sí puede ser el instrumento más eficaz para la solución de conflictos sociales (Londoño Ulloa, 2003).

Existe diversa jurisprudencia respecto al asunto de dosis personal en Colombia. Éste es sin duda uno de los países que más ha desarrollado el tema, por lo que vale la pena mencionar algunas sentencias que guíen y permitan tener un concepto claro de lo que debe entenderse por dosis para uso personal, más allá del técnico y simplista criterio cuantitativo, expresado en gramos, que trae consigo la ley 30 de 1986 (Estatuto Nacional de Estupefacientes). Para esto, primero se analizarán fallos proferidos por la Corte Constitucional y luego de la Corte Suprema de Justicia, que también ha dado aportes importantes al análisis de la materia en cuestión.

1. CORTE CONSTITUCIONAL

1.1 Sentencia C-574 de 2011

Varios ciudadanos presentaron demanda de inconstitucionalidad parcial contra el artículo 1 del Acto Legislativo No 2 de 2009 a través del cual se reformó el artículo 49 de la Constitución Política, aduciendo que la expresión “El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o

sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica”, para los demandantes lo anterior erige un uso ilegítimo del poder constituyente pues sustituye la Constitución Política al dejar a un lado uno de los elementos esenciales de ésta, la autonomía personal que está ligada a la dignidad humana. La Corte luego de hacer un análisis profundo desde los distintos modos de interpretación (histórico, teleológico, sistemático, etc.) resolvió inhibirse de proferir fallo alguno debido a la insuficiencia argumentativa de la demanda y a que la estricta parte demandada por sí sola, sin tener en cuenta el demás texto normativo, no bastaba para hacer el debido estudio de “suplantación constitucional”.

Si la Corte Constitucional hubiese aplicado la interpretación de una forma extensiva, al demás contenido de la norma que acompañaba el aparte acusado se hubiese esclarecido algo que ha generado confusión tras la reforma del artículo 49 de la Constitución Política. (i) El alcance que tiene y debe dársele a una conducta prohibida nada más ni nada menos por la norma de normas del ordenamiento jurídico, (ii) diferencia sustancial entre lo prohibido y penalizado y (iii) resultado de un examen de ponderación entre el libre desarrollo de la personalidad que parece haber quedado amenazado con la parte demandada.

1.2 Sentencia C-882 de 2011.

La Corte Constitucional se pronunció sobre una demanda de inconstitucionalidad en contra de los dos incisos finales del artículo 1º del Acto Legislativo 02 de 2009, que reformó el artículo 49 de la Constitución. El demandante consideró que se había omitido el ejercicio del derecho fundamental de consulta previa a comunidades indígenas, en relación con medidas legislativas que afectaban directamente estas comunidades. Sostuvo que la prohibición del porte y consumo de sustancias sicotrópicas, desconoció el uso y consumo de estas sustancias como parte de las

tradiciones de las comunidades indígenas, y por lo tanto impuso una restricción que evidentemente afecta ámbitos propios de estos grupos, en particular, el derecho a la identidad cultural.

La Corte declaró constitucionales los preceptos acusados al concluir que la prohibición sobre el porte y consumo de sustancias estupefacientes “no es oponible a las comunidades indígenas ni es susceptible de limitar o restringir sus prácticas tradicionales ligadas a la hoja de coca”. En consecuencia, el Acto Legislativo 02 de 2009 no debía serles consultado antes del trámite legislativo respectivo.

La conclusión de la Sala sobre la no afectación directa, se basa en que de acuerdo con los antecedentes legislativos y la ubicación de la reforma en el texto constitucional, el Acto Legislativo 02 de 2009, prohíbe el porte y consumo de sustancias estupefacientes -incluida la hoja de coca- y psicoactivas con el propósito exclusivo de atacar la drogadicción como un problema de salud pública. Por tanto, esta prohibición, desde el punto de vista teleológico y sistemático, “no es aplicable a las comunidades indígenas, pues el uso, consumo y cultivo de la hoja de coca en estas comunidades no está asociado a la drogadicción ni conlleva problemas de salud para sus miembros. Como se explicó en apartes previos, el uso, consumo y cultivo de la hoja de coca en las comunidades indígenas hace parte de sus costumbres ancestrales, es decir, es una práctica protegida por los derechos a la identidad cultural y a la autonomía de los pueblos indígenas y, por tanto, amparada por el principio de respeto y protección de la diversidad étnica y cultural”.

Sobre esa base argumentativa la Corte declaró exequible el Acto Legislativo 02 de 2009 por el cargo de omisión de consulta previa.

1.3 Sentencia C-491 de 2012.

A través del ejercicio de la acción de inconstitucionalidad los ciudadanos David Delgado Vitery y Otto Hernán Lara Cardona presentaron demandas contra la expresión “lleve consigo” del artículo 11 de la Ley 1453 de 2011 (Ley de Seguridad Ciudadana) que reformó el artículo 376 del Código Penal. Para el actor al eliminarse con ésta reforma la expresión “salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal” la tipificación iría en contra de los contenidos de los artículos 1 (Colombia es un Estado Social de Derecho), 2 (finés del Estado), 5 (primacía de los derechos inalienables de la persona), 13 (igualdad) y 16 (libre desarrollo de la personalidad) de la Constitución, normas que ubican a la persona humana como eje central del Estado Social y Democrático de Derecho. Lo que preocupa al actor evidentemente es la reinstauración de la penalización del porte y consumo de dosis para uso personal.

La decisión de la Corte fue la constitucionalidad condicionada teniendo en cuenta que del precepto acusado pueden derivarse dos interpretaciones totalmente distintas, una de ellas consiste en que las conductas alternativas descritas en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes del artículo 376 del Código Penal, tras la modificación por la Ley 1453 de 2011, incluye dentro de su ámbito la penalización del porte de las sustancias allí relacionadas en cantidad considerada como dosis para uso personal, en la medida que no hace ninguna salvedad al respecto; y la otra lectura que puede darse toma en cuenta el contexto, los principios constitucionales en materia de configuración punitiva, y los antecedentes jurisprudenciales, según la cual la regulación del porte de dosis para uso personal no se encuentra dentro del ámbito normativo del artículo 376, y por ende no está penalizada.

En esta sentencia la noción de dosis personal hace referencia a “la cantidad de estupefaciente que una persona porta o conserva para su propio consumo” concepto que está necesariamente vinculado a unos límites cuantitativos relativos a la sustancia que se porta o conserva.

2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

2.1 Proceso 18609 de 2005.

En ésta oportunidad se alertó a la Policía, mediante una llamada telefónica, que una persona se encontraba vendiendo sustancias estupefacientes. Al llegar la policía al lugar requisaron al señor Walter Ferney Betancurt López, hallándose en su poder tres papeletas que al parecer contenían bazuco, con un peso de 1,2 gramos en total, se procedió a la captura y fue puesto a disposición de la Fiscalía Seccional de Pereira. En primera instancia el Juez Penal del Circuito de Pereira, profirió resolución de acusación en contra del procesado por llevar consigo 1.2 gramos de alucinógenos, incurriendo de esa manera en una prohibición legal, conducta con la que afectó la salubridad pública. Posteriormente fue condenado a doce meses de prisión. El defensor apeló ésta decisión, al considerar que hubo violación de la antijuridicidad material y el Tribunal le halló la razón, motivo por el cual absolvió al señor Walter Ferney Betancurt por reparar en la carencia de lesión del bien jurídico por la ínfima cantidad de bazuco que portaba el procesado. Debido a lo anterior la Fiscalía interpuso recurso extraordinario de casación. El recurrente señaló que la jurisprudencia tiene definido que la conducta descrita en el inciso 2º del artículo 33 de la ley 30 de 1986 (precepto que señala la pena a imponer a quien porte, transite, comercie, etc., cantidad superior a la definida como dosis de consumo personal) es un delito de peligro presunto, es decir, que la ley presume de modo absoluto la posibilidad de un daño para el bien jurídico

tutelado, por lo que, al subsumirse una determinada situación en la descripción legal debe ser sancionada, aún cuando no se haya determinado el peligro que constituye la razón de la norma. Este argumento adolece de aplicación del principio de lesividad, adicional a ello, parece estar fundado en la antijuridicidad de tipo formal.

Por otro lado la Corte señaló que conforme al punto de vista político criminal las cantidades que se acercan al límite de lo permitido para consumidores, se ubica en una sutil franja de lo importante a lo insignificante. Además, fue enfática en indicar que el legislador no le ha otorgado discrecionalidad al juez para modificar las cantidades en orden a su punibilidad, y que debe tenerse en cuenta que lo dispuesto para la dosis personal marca una pauta importante para fijar la ponderación del bien jurídico en orden a su protección. Así las cosas, el llevar consigo 0.24 gramos más, a lo permitido, resulta incuestionablemente insignificante y por tanto inútil en el campo de la antijuridicidad material; empero, 1.24 gramos en poder de quien la elabora con fines de traficar, o de quien la ofrece, vende, lleve consigo, almacene o conserve sin ser consumidor, puede tener relevancia, menor pero de todas maneras suficiente para un mínimo punitivo.

2.2 Proceso 28195 de 2008.

Los hechos que originan éste proceso tienen relación con el hallazgo de cuarenta y seis papeletas de marihuana que en total pesaban 38.7 gramos envueltas en bolsas plásticas en poder del señor Víctor Manuel Jaramillo; persona además señalada por los vecinos del sector como expendedor de sustancias alucinógenas, motivo por el que la Fiscalía lo acusó por la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Dentro de los argumentos de la Corte cabe resaltar que respecto a una acción que consista en el *porte* de estupefacientes que equivalga a la dosis mínima, o que incluso no la supere de manera excesiva, carecerá desde el punto de vista objetivo de relevancia penal, según lo estipulado en el artículo 11 de la ley 599 de 2000 (principio de antijuridicidad material), siempre y cuando se haya demostrado que sólo podía repercutir en el ámbito de la privacidad de quien la consume.

2.3 Proceso 31531 de 2009.

En esta oportunidad el señor Ancizar Jaramillo Quintero fue sorprendido en horas de la tarde por la Policía Nacional con 1.3 gramos de cocaína que llevaba en dos papeletas. El Juzgado Penal del Circuito y el Tribunal de Armenia lo condenaron por el delito de llevar consigo sustancia estupefaciente. El actor en sede de casación alega que el Tribunal incurrió en una aplicación indebida toda vez que, no concedió al condenado subrogado penal alguno pese a que él se allanó a los cargos imputados, lo anterior en virtud del artículo 32 de la ley 1142 del 2007 en el que se estableció que no se concedería ningún mecanismo sustitutivo de la pena a quien haya sido condenado en los cinco (5) años anteriores por otro delito, respecto a esto la Corte encontró que las decisiones anteriores eran erróneas y que el señor Ancizar Jaramillo Quintero sí era merecedor de una rebaja.

Por otro lado, el casacionista manifiesta que hay carencia de antijuridicidad material en el actuar del condenado y al respecto la Corte señala que al tratarse de un *porte* que de manera escasa sobrepasó los límites de la denominada dosis personal y que al no haber prueba que permitiera inferir que estaba destinando dicha sustancia al comercio y al lucro del acusado se deduce que era para el consumo personal. La Corte en cuanto a la cantidad mínima de estupefaciente ha manifestado que el concepto de dosis mínima es un parámetro de

racionalización del poder punitivo Estatal, cuando se trata de examinar la conducta de los adictos o de las personas no dependientes, que se encuentren en posesión de cantidades mínimamente superiores a la permitida, toda vez que el consumo es una actividad lícita y corresponde al exclusivo ámbito de la libertad de la persona o, como lo precisa la jurisprudencia constitucional “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 indeseables.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso N° 29.183, 2008a).

El significado que fija la expresión dosis personal no debería tratarse según ciertas cantidades considerables sino de porciones mínimas destinadas al uso propio. La ley es arbitraria al señalar el ‘tope’ máximo de la porción que satisface la necesidad de un drogadicto, de ahí que se entienda por dosis personal tanto el consumo fraccionado de la misma, cuando no se excede el gramaje propio de ésta noción.

Es de resaltar el manejo que se le da al tema por ejemplo en España, donde se sigue despenalizando la posesión de estupefacientes encaminada al consumo, sin exigir legalmente ninguna condición de índole cuantitativa o de índole temporal. Para Rey Huidobro (1999) ésto es digno de halagar, pues semejantes límites o condiciones no hace más que crear un sistema de presunciones absolutas “*iuris 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.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte decide casar la sentencia ya que el bien jurídico tutelado no se afectó por la conducta *llevar consigo*.

2.4 Proceso 35978 de 2011.

En el presente fallo se analizan los hechos cometidos por Juan Carlos Vela Gómez quien fue condenado como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes porque llevaba consigo 79.9 gramos de marihuana. Para el censor en ésta oportunidad hubo violación directa por interpretación errónea de los artículos 11 y 376 del Código Penal, debido a que, considera que no es posible predicarse del actuar del procesado la antijuridicidad material ya que se demostró que él era farmacodependiente.

Dentro de las consideraciones hechas por la Corte cabe resaltar que ésta manifestó que si el porte de la sustancia es realizado por una persona farmacodependiente en la calidad y cantidad definida en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, la conducta se considera impune por las razones estudiadas en la sentencia C- 221 de 1994; pero si se superan los límites definidos como dosis personal, la conducta debe ser sancionada penalmente con independencia de si se es adicto o no. Lo preocupante de lo señalado anteriormente es que hay decisiones que se fundan en esto, así por ejemplo en el proceso N° 23609 de 2007, se resolvió el recurso extraordinario de casación frente a una condena en la que el procesado había sido capturado en posesión de 5 gramos de cocaína, los cuales estaban destinados para su personal consumo; la Sala afirmó la antijuricidad de la conducta apelando a las razones expuestas en la sentencia C-420 de 2002 en la que se dijo que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como cualquier otro derecho fundamental, no es absoluto en cuanto no puede ser invocado para desconocer los derechos de otros, ni los derechos colectivos, y menos para limitar la capacidad punitiva del Estado frente a

comportamientos que pongan en peligro el orden social o económico, y advirtió que en la actividad del narcotráfico interfiere una amplia gama de derechos que no pueden simplemente desconocerse para hacer primar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de quien decide consumir estupefacientes. Contrario es el argumento dado en el proceso de casación 29183 de 2008, pues amplía la concepción cuando la sustancia que se porta para el consumo atiende a cantidades insignificantemente mayores o no desproporcionadas a las señas en la ley, evento en el que no existe incidencia sobre las categorías jurídicas que el legislador pretende proteger.

Señala y aclara nuevamente la Corte que a pesar de la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo 02 de 2009 y de la modificación del artículo 376 del Código Penal mediante el artículo 11 de la Ley de Seguridad Ciudadana, se tiene por impunes las conductas de los individuos dirigidas al consumo de estupefacientes en las dosis fijadas en el Estatuto Nacional de Estupefacientes, 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.

Volviendo al caso concreto y a partir del argumento de que es posible no sancionar penalmente al consumidor que es sorprendido portando sustancia estupefaciente en cantidad que ligeramente supere a la taxativamente señalada en la ley y de que hubo cumplimiento por parte de la defensa con la carga de la prueba de demostrar que el procesado era un dependiente, la Corte consideró pese a lo anterior que obraría mal si acepta dichos argumentos para disculpar la acción de Juan Carlos Vela al portar marihuana en una cantidad excesivamente mayor a la permitida para el consumo personal, ya que la cantidad que tenía el procesado era superior a cuatro veces de la dosis tolerada, por lo que se desborda el límite de la razonabilidad y no porque se creyera que iba a ser destinada a la distribución, sino porque en este caso la ausencia de lesividad de la conducta del procesado 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, etc, puesto que al sorprenderse a la persona con una cantidad importante, que manifiestamente es superior, no es posible presumir que esté destinada al consumo, sino por el contrario a cualquiera de las conductas consideradas lesivas y por tanto, objeto de sanción penal.

Considera además la Corte que aunque una persona sea adicta debe someterse a las pautas que regulan su situación, pues a pesar de su libertad no puede extenderse a permitirle llevar libremente cantidades de estupefacientes que desbordan gravemente lo tolerado ya que sólo puede concluirse un fin de consumo, cuando la cantidad se encuentra dentro de los topes o superados ligeramente.

Finalmente la Corte decide no casar la sentencia de segunda instancia por el desborde significativo de la cantidad tolerada.

CAPITULO III

A. DOSIS DE APROVISIONAMIENTO

1. APRECIACIÓN JURISPRUDENCIAL.

Parece ser, que la expresión ‘dosis de aprovisionamiento’ es un enunciado tan nuevo, propio de este milenio por lo cual no se ha desarrollado legislativa, doctrinaria ni jurisprudencialmente lo suficiente, motivo por el cual, es tan poco conocida y no es de extrañarse, por ende, que estudiantes e incluso abogados no tengan claridad respecto al significado de ésta, pues es un tema que ha permanecido en la penumbra desde hace varios años.

La dosis de aprovisionamiento es un término que ha evolucionado gracias a la jurisprudencia y no precisamente después de que se despenalizó el consumo de la dosis para uso personal

con la sentencia C-221 de 1994, puesto que, incluso desde antes de la promulgación de la Constitución Nacional de 1991 ya era un tema debatido, e incluso una herramienta utilizada por el procesado para su defensa.

Un ejemplo que demuestra que el uso de la expresión “dosis de aprovisionamiento” data de años atrás, es la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 8 de octubre de 1981, expediente número 264121 del Magistrado Fabio Calderón Botero, en la cual se decidió el recurso de casación interpuesto por el Fiscal del caso al considerar que el proceso estaba viciado de nulidad debido a la falta de competencia del juez que conoció en primera instancia. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga condenó al señor Norberto Aguirre como infractor del Decreto 1188 de 1974 (hoy derogado por el Estatuto Nacional de Estupefacientes), toda vez que se le encontró cuarenta y tres papeletas de narcótico en el campamento donde por cuenciones laborales vivía. El Fiscal utilizó como argumentación en ese entonces la reciente tesis de la Corte Suprema de Justicia sobre dosis de aprovisionamiento para uso personal, debido a que podía apreciarse que cada una de las papeletas contenían la marihuana destinada al consumo particular, esto es correspondían a distintas dosis personales y no sobrepasaban la cantidad de 28 gramos, que para entonces representaba científicamente la dosis personal de marihuana. Hay que aclarar que para la época la determinación de la dosis personal era fundamental para establecer qué juez tenía la competencia de conocer el asunto y que además a cada persona, a través de un exámen médico legal, le dictaminaban cuál era su dosis personal, es decir, cada quien tenía una diferente. Aunque el procesado confesó ser adicto y admitió tener esa cantidad, alegó poseerla a título de dosis de aprovisionamiento para su consumo personal, toda vez que se encontraba aislado, en un campamento y no tenía forma de adquirirla de forma continúa. Sin embargo la Sala de Casación Penal manifestó que “la llamada dosis de

aprovisionamiento para un día, una semana, un mes, o un año, en cantidades de gramos, libras o kilogramos es criterio que por el momento cae en el terreno caprichoso del intérprete o del juez, con menoscabo del derecho de defensa o de la punición que el asunto merece al no encontrarse la cantidad de droga hallada dentro de los límites de dosis personal”. Pese a que no se pudo determinar con exactitud cuál era la dosis personal del procesado, la suma de todas las papeletas que poseía desbordaba el peso de los 28 gramos que era el promedio establecido científicamente como la cantidad tolerada por el cuerpo.

De la anterior decisión se concluye que portar varias dosis personales es sinónimo de dosis de aprovisionamiento, teniendo en cuenta las condiciones concretas en que se hallaba el condenado y que la finalidad exclusiva era su consumo.

Sin embargo, hoy en día la posesión de papeletas debidamente organizadas es un indicio del ejercicio de la actividad del narcotráfico. No han pasado 50 años desde el pronunciamiento anterior y es evidente los cambios que al respecto han surgido en cuanto a la función de la determinación de la dosis personal como criterio para establecer la competencia (que hoy ya no existe), y pauta estandarizada y universal que actualmente señala para todos una misma cantidad de dosis para uso personal. No obstante, no se ha hecho mucho respecto a la creación de un criterio válido o definición de dosis de aprovisionamiento que permita ser alegada con seguridad cuando el destino del porte o del llevar consigo sea únicamente el consumo.

Hay algunas sentencias que valen la pena señalar debido al análisis que han hecho en torno a la dosis de aprovisionamiento como delito de peligro abstracto. La primera que se va a examinar, es la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 15 de septiembre 2004, donde se abordó el estudio minucioso de una demanda de casación con el propósito de desarrollar jurisprudencia en torno a la aplicación del principio de lesividad en los delitos de peligro abstracto y al alcance de

la efectiva creación de riesgos que exigía el artículo 11 de la Ley 599 de 2000. Bajo ese entendido se concluyó que la presunción de peligro en los delitos que adoptaran tal configuración legal (abstractos) no podía ser *iuris et de iure* porque ello supondría un desconocimiento del carácter social y democrático de nuestro Estado de Derecho, que se funda, esencialmente, en la dignidad humana, así como una vulneración de garantías constitucionales fundamentales como son la presunción de inocencia, la defensa y la contradicción. Por ende, “frente a un delito de peligro debe partirse de la base de que la presunción contenida en la respectiva norma es *iuris tantum*, es decir, que se admite prueba en contrario acerca de la potencialidad de la conducta para crear un riesgo efectivo al bien jurídico objeto de tutela” (Corte Suprema de Justicia, 2004).

Luego, en la sentencia del 12 de octubre de 2006, también la Corte Suprema de Justicia reiteró que la presunción en los delitos de peligro abstracto admitía prueba en contrario y para tal efecto citó un argumento adicional de mucha solidez. Se adujo que en la exposición de motivos del entonces proyecto de ley del actual Código Penal se explicó que la incorporación del término “efectivamente” en la definición de la antijuridicidad obedecía a la necesidad de “abandonar la llamada presunción *iuris et de iure* de peligro consagrada en algunos tipos penales.”. Se manifestó que: (...), “contrario a lo expuesto por la doctrina tradicional que entendía que en los delitos de peligro presunto se suponía de derecho la antijuridicidad de la conducta, lo cierto es que ahora, respecto de tales comportamientos no basta con realizar simple y llanamente el proceso de adecuación típica de la conducta para luego dar por presupuesta su antijuridicidad, pues siempre se impone verificar si en el caso concreto tal presunción legal es desvirtuada por alguna prueba en contrario, dado que de ser ello así, el comportamiento no deviene antijurídico y sin tal categoría dogmática, la conducta no configuraría delito” (Corte Suprema de Justicia, 2006).

De las dos providencias señaladas anteriormente cabe hacer la aclaración de que, se entendía como delito de peligro abstracto a las conductas relacionadas con dosis para uso personal o que excedieran ligeramente el tope establecido para éstas; es decir sobre las cantidades de dosis de aprovisionamiento recaía la etiqueta de ser un delito de tipo concreto.

Por otro lado, en fallo del 8 de julio de 2009, la Corte Suprema de Justicia absolvió al procesado por la conducta de llevar consigo 1.3 gramos de cocaína para su consumo, luego de reconocer que (i) el uso de sustancias estupefacientes al generar adicción convierten a la persona “en un enfermo compulsivo merecedor de recibir tratamientos médicos terapéuticos antes que un castigo, pena o reducción a un establecimiento carcelario.”; y que (ii) en tales condiciones de afectación psicofísica, cuando detecta una fuente de abastecimiento opta muchas veces por adquirir cantidades “un poco mayores a las permitidas” que le sirvan para el consumo no en una sino en varias oportunidades.

Es justamente lo anteriormente descrito por la Corte a lo que hace referencia la expresión dosis de aprovisionamiento, a la posibilidad ante la oportunidad de abastecerse con más de lo permitido, para consumir en momentos o días distintos sin tener que volver nuevamente al lugar donde puede ser adquirida la sustancia; conducta ésta que no representa ni siquiera un peligro para el bien jurídico. Y es que el aprovisionamiento es justamente eso una conducta de suministro o abastecimiento.

La siguiente sentencia, constituye además un precedente importantísimo debido a que rompe con la línea jurisprudencial anterior a este pronunciamiento. Se trata del fallo del 12 de noviembre de 2014, donde los hechos consistieron en la requisa que la Policía hizo a John Henry Montoya, hallándosele 52 gramos de marihuana y 0,8 gramos de cocaína. Llegó a casación por

censura de la Fiscalía , al considerar que hubo una interpretación errónea del artículo 11 del Código Penal, al absolverse al procesado.

Alegó el Fiscal que cuando el exceso es mínimo, respecto a las cantidades señaladas en el Estatuto Nacional de Estupefacientes, la presunción de antijuridicidad es *iuris tantum* porque admite prueba en contrario, mientras que cuando el exceso es mayor la presunción es *iuris et de iure* porque no admite controversia probatoria alguna. Por ende, al exceder la cantidad hallada al procesado en más de dos veces a lo permitido manifestó la Fiscalía que no debería existir duda de que el fin era el tráfico de la sustancia.

Sin embargo, la Sala decidió que la tesis principal que se había erigido en línea jurisprudencial hasta entonces y que a su vez fue traída como sustentación por parte de la demandante, debía ser revisada porque: (i) era posible vislumbrar la falta de lesividad del porte de estupefacientes para el consumo, (ii) por la doble naturaleza de la presunción de antijuridicidad en que se fundan los delitos de peligro abstracto como lo argumentó la Fiscal, sin que exista una razón válida para una tal distinción generalizada, (iii) por la especial connotación que a partir del Acto Legislativo No 02 de 2009 se le otorgó al consumidor de sustancias estupefacientes, como sujeto de protección constitucional reforzada, lo cual impide que la misma condición que le hace merecedor de una discriminación positiva, a la vez, pueda constituir el contenido de injusticia de un delito. Y, (iv) debido a la tendencia contemporánea hacia la despenalización de las conductas de porte y conservación relacionadas con el consumo de drogas.

De todas las razones expuestas la que merece principal atención es la referente a la determinación de si la presunción de peligro que configura la lesividad de la tenencia de estupefacientes es de tipo *iuris et de iure*, caso en el cual la verificación de la tipicidad de la

conducta apareja, automáticamente, su antijuridicidad. O si, por el contrario, dicha presunción es *iuris tantum* y, por tanto, siempre serían admisibles pruebas que la desvirtúen.

“La trascendencia del asunto es tal que de concluirse que la presunción de lesividad es de derecho (*iuris et de iure*), en el porte de estupefacientes en cuantía que exceda las dosis establecidas en el artículo 2, literal j), de la Ley 30 de 1986, aun cuando su destino exclusivo sea el consumo personal; inexorablemente la tipicidad acarreará la antijuridicidad. Mientras que, si la conclusión es la opuesta, es decir, que la presunción es legal (*iuris tantum*), la conducta será típica pero la demostración de que no existió interferencia ni siquiera remota en los derechos de terceros, sean éstos individuales o colectivos, excluye la dañosidad del comportamiento y, por ende, la responsabilidad penal” (Corte Suprema de Justicia, 2014).

Bajo la vigencia de la Constitución de 1886 y del Código Penal de 1980 la presunción de antijuridicidad para los delitos de peligro abstracto era de derecho, sin embargo en vigor de la Carta Política de 1991 y el actual Código Penal Ley 599 de 2000 ha resultado más acorde ubicar a la presunción legal dentro de los delitos de peligro abstracto, ya que la antijuridicidad tiene un requisito que antes no tenía y es el de demostrar la *efectividad* de la lesión o puesta en peligro, fundamento de esto, precisamente suprimir las presunciones *iuris et de iure*. Es cierto que el legislador al definir la dosis para uso personal lo hizo de una forma restrictiva, al indicar cierto límite, y no tolerar que el abuso de éste quedase impune. A pesar de que hace parte de su órbita abstracta de libertad de configuración, parece haber un choque, aunque necesario, con la labor de la concreta valoración judicial de la relevancia social de una conducta que le compete examinar al juez en el caso concreto. Es necesario dicho enfrentamiento para no caer en fallos injustos, fundamentados solamente en el imperio de la ley y no en la realidad.

Recalca la Sala que la cantidad de estupefaciente que se lleve consigo no es el único elemento definitorio de la antijuridicidad, sino sólo uno más de los que habrán de valorar los juzgadores a fin de determinar la licitud de la finalidad del porte, por lo tanto, la presunción de antijuridicidad para los delitos de peligro abstracto como es el de fabricación, tráfico y porte de estupefacientes, es *iuris tantum* siempre, y no sólo cuando se trate de excesos ligeros a la dosis de uso personal sino cuando se esté también frente a una dosis de aprovisionamiento o se tenga una cantidad mayor. He aquí el alcance de ésta sentencia; pues el porte de estupefacientes en una cantidad superior a la establecida legalmente como dosis de uso personal, es una conducta típica que se presume antijurídica. Sin embargo, como quiera que tal presunción ostenta carácter *iuris tantum*, la prueba de que su destino es el consumo estrictamente personal sin que apareje interferencia en derechos ajenos, desvirtúa tal suposición legal y, por ende, excluye la responsabilidad penal. Razón por la cual a lo largo del pronunciamiento la Corte hizo énfasis en el cumplimiento por parte del defensor de desvirtuar la presunción al demostrar la adicción del procesado.

No hay duda que el ‘beneficio’ reace también sobre la Fiscalía a la hora de evidenciar, como le corresponde por ostentar la carga de la prueba de cada uno de los presupuestos de la conducta punible, ya que la presunción legal de antijuridicidad está a su favor, al ser tarea del procesado desvirtuar la misma.

Finalmente en fallo de la Corte Suprema de Justicia, del 09 de marzo de 2016 (M.P MP, Eugenio Fernández Carlier) señaló importantes y modernas pautas para tratar la problemática del consumo en cantidades superiores a las permitidas. Indicó en primer medida que la dosis personal de droga es la que “necesite el consumidor” y no la establecida por la ley; criterio que parece estar en conexidad con la sentencia de 1981 de la que se habló al iniciar éste capítulo, en la que conforme al Decreto 1188 de 1974 cada persona tenía una dosis personal distinta a la de

otra conforme a las cualidades fisiológicas de cada quien. Sobre el criterio para determinar la dosis mínima, el fallo señala que “un criterio razonable, a fin de establecer la dosis autorizada, es el de la necesidad de la persona, monto que resulta compatible con la política criminal de carácter preventivo y rehabilitador, acorde con la protección de la salud de la persona” (Corte Suprema de Justicia, 2016).

Además la Sala determinó que los consumidores de drogas o adictos a ellas no pueden ser encarcelados por el hecho de portar una dosis mayor a la tipificada en el Estatuto Nacional de Estupefacientes, lo cual no quiere decir, que la conducta quedará impune, sino que para someter a los sujetos a un proceso, antes las autoridades deberán demostrar que la sustancia es para venta o distribución y no para consumo. Lo anterior reafirma la idea de que, el consumo de drogas es un asunto de salud pública y no de criminalidad. Pues debe propenderse por la internación de estos sujetos en una entidad médica y no en una cárcel.

No obstante, la Corte fijó unos límites a la cantidad de droga para llevar consigo, y dice que se debe verificar que “esta sea únicamente en la modalidad de uso personal, sin que se convierta en un almacenamiento indiscriminado de cantidades o de momentos para uso repetitivo, connotaciones en las cuales la conducta ha de ser penalizada” (Corte Suprema de Justicia, 2016). Lo que quiere decir que muy difícilmente en situaciones de dosis de aprovisionamiento la Fiscalía deba demostrar previamente la finalidad de tráfico, sino por el contrario se activa la presunción iuris tantum de que el fin no es el consumo ya que justamente la conducta de almacenar va conexas con la de aprovisionamiento, lo cual quedó expresamente prohibido por el juzgador.

Los hechos que dieron origen al pronunciamiento del fallo que se está tratando surgen a raíz del recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensora del soldado Yesid Alexander

Arias Pinto contra la sentencia del 15 de mayo de 2013, mediante la cual el Tribunal Superior de San Gil, Santander, confirmó la emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento del mismo municipio, que condenó al procesado como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, por sorprendérsele dentro de las instalaciones del Batallón, 50,2 gramos de marihuana.

Durante el desarrollo de la primera instancia, en etapa preparatoria de juicio, la Fiscalía pidió la suspensión de la audiencia para solicitar la preclusión por la atipicidad de la conducta, como lo establece el numeral 4 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, pues se allegaron las pruebas suficientes que demostraban que el enjuiciado desde muy joven era adicto y consumidor de marihuana, y que por ende la cantidad de sustancia encontrada, debía entenderse como de aprovisionamiento, máxime que estaba acuartelado, lo cual le impedía contar con la libertad de obtener de manera continua la que requería y no había evidencia de que la fuera a distribuir. Sin embargo, fue negada la solicitud.

Este caso fue resuelto dogmáticamente por la Corte a partir del ámbito de la tipicidad y no en el de la antijuridicidad, pues hay que considerarse primordialmente el ánimo y/o finalidad que tiene el consumo de las sustancias, como ingrediente subjetivo, de ahí que el porte de una cantidad de droga exclusivamente con el propósito de ser ingerida será una conducta atípica. Por lo tanto, la dosis para uso personal y la dosis de aprovisionamiento conducen a la atipicidad de la conducta.

Sobresale de la lectura de ésta providencia uno de los problemas que señalábamos inicialmente: la ignorancia y poco conocimiento por el concepto de dosis de aprovisionamiento e incluso por parte del mismo operador judicial, pues a falta de un pronunciamiento profundo del tema se encuentran distintas forma de interpretar la expresión. Así por ejemplo, el a quo

argumentó que la cantidad hallada al soldado al superar el doble de la fijada como dosis personal (20 gramos), no podía siquiera catalogarse como “de aprovisionamiento”, pues a pesar de que tal patrón no ha sido regulado, aún sobrepasaba el eventual límite de 40 gramos. Con lo anterior, se deduce fácilmente que para el juez del circuito aprovisionamiento es sinónimo del doble (como máximo) de lo permitido, desconociendo por tanto el precedente formulado por la sentencia del 2014, que estableció la presunción iuris tantum para la dosis de aprovisionamiento, sin importar en cuanto excede a la de uso personal.

El ad quem también desconoció el precedente y consideró posible que los drogadictos ocasionalmente superen por poco la cantidad de droga estimada de uso personal, pero que, cuando el monto se aleja considerablemente de ese límite el comportamiento trasciende la antijuridicidad material y no podía tildarse como dosis de aprovisionamiento, pues; “sostener como lo hace la censora que la cantidad hallada a su prohijado tenía esa connotación porque la necesitaba para llevarla a Coromoro cuando fuera a realizar patrullaje en esa zona y allí le era dificultoso adquirirla, no es argumento que persuada o que justifique su ilícito comportamiento, porque eso sería dar margen a la posesión de cantidades superiores a las permitidas, lo cual como dice la Corte propiciaría su aplicación para otros fines distintos al consumo personal, actividades estas verdaderamente delictuosos y sometibles a severas pena” (Corte Suprema de Justicia, 2016). En éste caso el Tribunal repara en que un exceso cuantioso o importante, pese a estar destinado al consumo, no constituye dosis de aprovisionamiento.

Es difícil que los jueces no tengan un criterio uniforme para solucionar los casos en los que la cantidad hallada sobrepase la permitida, pero está destinada para el consumo, debido a que se vulnera evidentemente el principio de la seguridad jurídica, pues no puede el procesado estar

confiado de alegar a su favor una dosis de aprovisionamiento cuando su interlocutor ni si quiera tiene un conocimiento claro de lo que esto es.

Finalmente, cabe recalcar que una dosis permitida y de aprovisionamiento, no puede ser ilimitada, de ahí que un criterio razonable a fin de establecer la dosis autorizada es el de la necesidad de la persona, habida consideración de su condición y situación personal de consumidor, adicto o enfermo, esto es, una dosis, cuya cantidad debe ser representativa de la carencia personal, monto que resulta compatible con la política criminal de cariz preventivo y rehabilitador, acorde con la protección de la salud de la persona. Respecto a esta necesidad cabe decir que debe ser justificada y evidente, para que no se despliegue la conducta de un almacenamiento indiscriminado, que daría lugar a delito.

2. DOSIS PERSONAL Y DOSIS DE APROVISIONAMIENTO

En el capítulo II a través de la exposición de varias sentencias se dio a conocer lo que significa la dosis para el consumo personal y el tratamiento jurisprudencial dado a la misma. También mediante el estudio de fallos de la Corte Suprema de Justicia se ha intentado conocer las distintas posturas respecto a la expresión dosis de aprovisionamiento, que contrario a la personal no tiene una definición normativa y clara.

En el Decreto 1188 de 1974, se reconoció la existencia de la dosis personal, con el fin principal de darle un tratamiento de menos drasticidad, o si se quiere, de favorecimiento a quien tuviera únicamente dicha cantidad y no una superior. Conforme a este precepto en términos generales se definía "la dosis personal" como la "cantidad de fármaco o droga que el organismo de una persona determinada tolera al ser por ella ingerida, por cualquier vía y de una sola vez" (artículo 69, Decreto 1188 de 1974), requiriéndose de una peritación médico legal para quedar

determinada con absoluta exactitud la dosis personal de cada persona, pues no era la misma respecto a otra. La actual definición se encuentra en el artículo 2, literal j del Estatuto Nacional de Estupefacientes y se refiere a la cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo, sin que exceda en el caso de la marihuana los 20 gramos, en el de la cocaína 1 gramo y en el del hachís 5 gramos y añade, finalmente, que 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. De la lectura textual de la norma se concluye que el aumento de las cantidades mencionadas no hace parte de la definición de dosis para uso personal, sin embargo vale la pena analizar cómo a través de la jurisprudencia su definición es más extensa.

El concepto de dosis personal permite diferenciar si el agente tiene la sustancia para su propio consumo, o si la situación en que se encuentra involucra o insinúa el tráfico de drogas y además emerge como un parámetro de racionalización del poder punitivo Estatal (Corte Suprema de Justicia, 2008).

Por lo mismo, es un concepto objetivo que hace referencia a la cantidad de sustancia estupefaciente que, de conformidad con una presunción legal, es la que resulta compatible con el consumo personal, y por ende no está destinada a la comercialización o distribución (Corte Constitucional, 2012). Es decir, se trata de una expresión prevista como herramienta de la que se sirve el aparato judicial para inferir la ilicitud o no de una conducta.

Por otro lado, en sentencia de casación del 3 de septiembre de 2014, la Corte reiteró la posición según la cual la posesión de cantidades ligeramente superiores a la dosis personal legal no alcanza a lesionar los bienes jurídicos tutelados, por lo que no genera responsabilidad penal; tesis que constituía una línea jurisprudencial pacífica. Con lo anterior, queda claro que la

tenencia de estupefacientes en cantidad insignificamente mayor a la autorizada en últimas resulta siendo tratada como dosis personal. Y es en este punto en el que no pueden surgir confusiones con la dosis de aprovisionamiento, ya que ésta no es considerada actualmente como una posesión mínima o ínfima. Digo actualmente porque años atrás sí lo era:

“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” (Corte Suprema de Justicia, 1980).

Puede que la cantidad portata a título de aprovisionamiento desborde el límite permitido fútilmente. Pero también puede presentarse el caso que de forma inconsiente, sin tener dolo de abastecimiento o suministro (propio del aprovisionamiento) los consumidores sean sorprendidos con una cantidad ligeramente mayor, pues generalmente no llevan una gramera para saber cuánto les venden. En síntesis, no hay duda de que la dosis de aprovisionamiento configura un exceso, pero no siempre mínimo.

En el salvamento de voto de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 12 de noviembre de 2014, el Magistrado Eugenio Fernández Carlier manifestó que la dosis personal comprende la

de aprovisionamiento, y que la prevista en Colombia en la Ley 30 de 1986 no excluye una cantidad mayor.

Otra forma para comprender la dosis de aprovisionamiento la señala el siguiente extracto: “Resulta admisible la noción de “dosis de aprovisionamiento”, la cual se presenta cuando se reúnen varios adictos o consumidores con el fin de consumir conjuntamente un estupefaciente, caso en el cual alguno de ellos podría aparecer portando cantidades superiores de las legalmente permitidas como dosis para uso personal, circunstancia que eventualmente no sería lesiva de bienes jurídicos en cuanto no se trataría de una actividad de suministro o de tráfico, sino de tenencia conjunta para el propio uso, dada la condición de adictos o de consumidores que ostentan. (Corte Suprema de Justicia, 2009).

De lo anterior puede concluirse que dosis personal y de aprovisionamiento no deben ser entendidos como términos totalmente distintos y alejados, sino todo lo contrario, debido a que uno conlleva necesariamente a la existencia del otro. Los dos deben ser comprendidos como conductas que atañen exclusivamente a la esfera personal del ser humano y por ende como acciones atípicas pues ninguna de las dos tiene una finalidad de tráfico. La diferencia está en que la dosis de aprovisionamiento es el resultado de un abastecimiento cuando se está frente a una fuente de suministro, motivo por el cual el consumidor opta muchas veces por adquirir cantidades un poco mayores a las permitidas que le sirvan para el consumo no en una sino en varias oportunidades, lo anterior por ejemplo, en los casos de soldados reclusos en el ejército. En sí la dosis de aprovisionamiento viene siendo la dotación de varias dosis personales para distintos momentos.

B. PRESUNCIÓN IURIS TANTUM Y LA CARGA DE LA PRUEBA

Antes de hablar de la presunción iuris tantum, que es la que merece especial atención, por ser ésta la que recae sobre la dosis de aprovisionamiento, de forma general primero se debe comprender qué es una presunción.

A través de las presunciones se toma como verdadero un hecho antes de que conste de otro modo, se forma o se deduce un juicio u opinión de las cosas y de los hechos, antes de que estos se aparezcan por sí mismos. “El término presunción es utilizado para indicar que algo se acepta de manera anticipada (que se asume como válido o existente). Esta acepción está relacionada con el significado etimológico de “presumir” (*praesumptio: prae sumere*), como equivalente a tomar, asumir o suponer anticipadamente” (Gama Leyva, 2013).

Las presunciones pueden ser de dos tipos; de hombre o legales. Las primeras son las que el juez deduce por el examen de los indicios, guiándose por las reglas de la sana crítica, con objeto de establecer definitivamente sus convicciones, son establecidas por el juez según su ciencia y conciencia. Y las segundas son instituidas por el mismo legislador, quien hace el razonamiento y establece la presunción, de modo que una vez que se prueban ciertos eventos, el juzgador debe tener por ciertos los hechos.

Dentro de las legales se encuentran las absolutas (*iuris et de iure*) y las relativas (*iuris tantum*).

Las presunciones absolutas no admiten prueba en contrario, por lo que son consideradas verdades indiscutibles; se consideran *iuris* porque las ha introducido el derecho, y *de iure* porque en fuerza de ellas da la ley por resuelto el asunto en que concurren.

Por el contrario las presunciones relativas consienten en la presentación de prueba en contrario, imponiéndole esa carga a quien aspire a desvirtuarlas. Por ello, quien tiene a su favor una presunción iuris tantum estará dispensado de probar el hecho alegado, pero en cambio debe

acreditar los que constituyan las premisas o presupuestos de las mismas. Recordemos la sentencia expuesta páginas arriba, en la que se concluyó que a los delitos de peligro abstracto los ampara una presunción *iuris tantum* y no como antes *iuris et de iure*, en la que hizo énfasis la Corte Suprema de Justicia que esto aplica a quienes fuesen hallados portando una cantidad superior a la permitida (y no insignificativa mayor). Es decir, ésta presunción al beneficiar a la Fiscalía la exime de tener que probar la responsabilidad de quien es encontrado con una cantidad de droga superior a la permitida y se invierte a éste la tarea de hacer todo lo posible por desvirtuar el hecho de que su porte tiene como finalidad el tráfico. Por lo tanto, la presunción *iuris tantum* implica la inversión de la carga de la prueba, he aquí la estrecha relación que tiene ésta con aquella. Y justamente, en varias de las sentencias repasadas la Sala de Casación Penal destacaba diciendo “el defensor logró probar la condición de adicto a la marihuana del procesado” o “la defensa no logró probar su drogodependencia”, de lo cual se infiere la repercusión en el proceso de que logre el procesado demostrar que es un consumidor habitual, terapéutico o recreativo, para así frenar los efectos que acarrea dar por cierta la presunción, pues de no lograr esa finalidad de destruirla, ésta recobrará su fuerza inicial y se convertirá en certeza.

Las razones por las que el legislador establece presunciones legales relativas, se debe a varias razones, una de ellas para facilitar la aplicación de las normas en supuestos en los que la prueba de los hechos resulta sumamente difícil o imposible o porque la presunción se corresponde con lo que se considera que ocurre normalmente o con mayor probabilidad (Gama, 2013). Con lo anterior salta a la vista el desequilibrio que genera la presunción respecto a los drogadictos, pues si algunas de las razones acabadas de mencionar son por las que ésta se ha establecido, es poco coherente que al ser el Estado un ente con todo el poder y herramientas para la recolección de pruebas deban los procesados, que no cuentan con el potente aparato estatal, recaudar aquellas.

Esto empeora cuando el sorprendido con dosis de aprovisionamiento no es un drogadicto enfermo sino un consumidor recreativo, pues para éste último se convierte en una “misión imposible” desvirtuar la presunción, pues generalmente esas personas no le cuentan a todo el mundo que consumen marihuana y tampoco pueden llamar a testificar al proveedor de confianza. En últimas resulta difícil conseguir testimonios que digan: “sí, fuma seguido”.

1. VIOLACIÓN DE PRINCIPIOS Y GARANTIAS FUNDAMENTALES

La Presunción Iuris Tantum viola el principio de Presunción de Inocencia, puesto que en dicha presunción se considera que la persona que porte cantidades de droga mayores a las permitidas, se presume (de forma legal) que es para la distribución o comercialización y no para su consumo personal, es decir, que ese solo hecho acarrea para la persona que porta la sustancia, la adjudicación de la comisión de una conducta punible, circunstancia que vulnera, desde todo punto de vista, la presunción de inocencia.

El antecedente primario a éste principio lo encontramos con Beccaria, quien reaccionó contra los abusos de la época y demandó que “un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida” (Beccaria, 1974, pág 119).

La presunción de inocencia es una garantía integrante del derecho fundamental al debido proceso reconocida en el artículo 29 de la Constitución, al tenor del cual “toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”. Los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia -que hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Constitución- contienen dicha garantía en términos similares. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su

artículo 8 que “toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. También, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley” y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1789. Como se deriva de las normas transcritas, la presunción de inocencia acompaña a la persona investigada por un delito hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad. Otra razón que sustenta la vulneración a este principio es porque en virtud del mismo, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia.

Del mismo modo, se vulnera el principio fundamental de la dignidad humana puesto que, en muchas ocasiones, y sin merecerlo, la persona es estigmatizada y juzgada por la sociedad como un infractor a la ley sin haber sido declarada como tal por un juez.

También se transgrede el principio de que toda duda probatoria es en favor del procesado, el principio rector y garantía procesal de la carga estática de la prueba, lo que a su vez se traduce en la violación al debido proceso. Lo anterior lleva, en el actual sistema procesal penal, a la formulación de las siguientes premisas:

“toda persona se presume responsable y será tratada como tal mientras quede en firme la decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal”; “la carga de la prueba acerca de la ausencia de responsabilidad penal le corresponde al enjuiciado”; por ende, “no toda duda se resolverá a su favor” (Caro, 2013).

Se quebranta la garantía de la carga de la prueba porque en la Ley 906 de 2004, el artículo 7º que se refiere a la presunción de inocencia e in dubio pro reo, señala en el inciso tercero que “En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria”, es decir el legislador optó por aplicar en

materia penal la teoría estática de la carga de la prueba. Además el artículo 125 numeral 8 dispone que la defensa no puede ser obligada a presentar prueba de descargo o contraprueba, ni a intervenir activamente durante el juicio oral. Con base a estos dos enunciados basta para entener que la conclusión de la Corte Suprema de Justicia fue errada pues al establecer la presunción *iuris tantum* para lo dosis de aprovisionamiento quebrantó dichas disposiciones.

La carga de la prueba debe entenderse con una doble connotación. Para Azula Camacho (2008) por un lado, constituye una carga procesal en la medida en que le asigna a las partes una regla de conducta que deberán observar, con la finalidad de establecer los hechos que fundan el derecho que reclaman en el proceso, sean ellos pretensiones o excepciones; por otro lado, implica una regla de juicio para el juez, por cuanto le indica en qué sentido deberá emitir su fallo una vez se concluya que el acervo probatorio es insuficiente, bien porque el sujeto sobre quien recae la carga de la prueba la ha allegado de manera imperfecta o defectuosa, bien porque se carece de ella.

La presunción de inocencia y la carga de la prueba están íntimamente relacionadas:

La presunción de inocencia “se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba” de acuerdo con la cual “corresponde siempre a la organización estatal la carga de probar que una persona es responsable de un delito (...) lo que se conoce como principio *onus probandi incumbit actori*. La actividad probatoria que despliegue el organismo investigador debe entonces encaminarse a destruir la presunción de inocencia de que goza el acusado, a producir una prueba que respete las exigencias legales para su producción, de manera suficiente y racional, en el sentido de acomodarse a la experiencia y la sana crítica. Así pues, no le incumbe al acusado desplegar ninguna actividad a fin de demostrar su inocencia, lo que conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, pues por el contrario es el

acusador el que debe demostrarle su culpabilidad” (Corte Constitucional, 2012) (El subrayado es nuestro).

Así como el extracto de la sentencia señalada anteriormente es enfática en que la carga de la prueba en materia penal es exclusiva de la Fiscalía, hay muchas otras providencias tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional que defienden ésta posición, pero a la vez hay varias que consideran que la carga de la prueba no puede ser estática sino dinámica.

En la sentencia C-069 de 2009, la Corte Constitucional estudió a fondo el derecho a la defensa, la presunción de inocencia y la *onus probandi* en el marco de un sistema con tendencia acusatoria. En esta oportunidad la Corte determinó que, correspondía a las partes, esto es, la defensa y la Fiscalía, desempeñar un rol activo:

“el imputado ya no es un sujeto pasivo en el proceso, como lo era bajo el modelo inquisitivo, sino que demanda su participación activa, incluso desde antes de la formulación de la imputación de cargos. Por lo que, sin considerar una inversión de la presunción de inocencia, las cargas procesales se distribuyen entre la Fiscalía y el investigado, imputado o procesado a quien le corresponde aportar elementos de juicio que permitan confrontar los alegatos del acusador, e inclusive los aportados por la víctima a quien también se le permite la posibilidad de enfrentar al imputado” (Corte Constitucional, 2009).

La doctrina tampoco es pacífica al respecto, y algunos estiman conveniente la inversión de la carga de la prueba para garantizar los principios de facilidad y disponibilidad probatoria.

Álvaro Luna Yerga entiende el principio de disponibilidad y facilidad probatoria del modo siguiente: “La disponibilidad probatoria consistiría en que una de las partes posee en exclusiva un medio de prueba idóneo para acreditar un hecho, de tal modo que resulta imposible a la otra acceder. El principio de facilidad exige tener en cuenta las dificultades de una de las partes respecto a la práctica de un medio probatorio, mientras que a la otra resulta más fácil o cómoda” (Luna, 2003). Esta teoría ha sido denominada, en la actualidad, como carga dinámica de la prueba.

En este entendido afirma Devis Echandía (2011) “la regla de la carga de la prueba tiene cierta relativa aplicación a cargo del procesado; porque sufre las consecuencias adversas de la falta de esas pruebas, si el hecho ilícito y su autoría se encuentran plenamente demostrados”.

Y por otro lado el procesalista Jairo Parra Quijano, al respecto sostiene, “transportar al proceso penal la noción de cargas dinámicas contradice políticamente la presunción de inocencia, es un mensaje no conveniente” (Parra, 2011).

También el autor Sebastián Betancourt considera que la implementación de las cargas dinámicas en el proceso penal conlleva la consecuente violación de principios constitucionales como la defensa material, el debido proceso, el *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia, circunstancia que, desde la óptica del ordenamiento jurídico constitucional y penal colombiano y de las garantías universales, es “inconstitucional y, por ende, inaplicable” (Betancourt, 2010).

Ni en la doctrina ni en la jurisprudencia hay un consenso respecto al tratamiento que debe dársele a la carga de la prueba en materia penal lo que genera inseguridad jurídica, pues no todos los acusados pueden contar con la suerte de que les corresponda un juez garantista y prohíba por tanto una actividad pasiva por parte de la Fiscalía bajo el argumento de que está amparada por la presunción *iuris tantum*. Y a su vez, a muchos les podría corresponder un juez cuya

argumentación se funde en el precedente que las altas cortes han dejado respecto a la aplicación de la carga dinámica de la prueba en materia penal.

Para terminar, lo que más resulta preocupante es la cantidad de personas inocentes que pueden ser juzgadas como miembros de bandas delincuenciales o de micro tráfico por no tener capacidad para probar su no vinculación con esos grupos, al hallárseles con una cantidad de estupefacientes superior a la permitida. Por ende, si se presume que el imputado es inocente no puede admitirse la inversión de la carga de la prueba porque asumir esa inversión como válida, implicaría, según ese razonamiento, desconocer la existencia de esa presunción obligando al imputado a acreditar algo a lo que no está obligado, degenerando el proceso penal y sus principios inspiradores (Muller, 2014).

C. POSIBLE SOLUCIÓN A LA CONTRADICCIÓN CONSUMO VS. SUMINISTRO

Así como la sentencia C-221 de 1994 fue objeto de tan buenas críticas, el salvamento de voto de la misma también debe ser elogiado y tenerse en cuenta, al expresarse en éste, una de las más importantes contradicciones que existe en el tema de estudio del presente escrito: se permite el consumo de estupefacientes, pero se sanciona el suministro. Al respecto, señalaron quienes salvaron su voto:

“De la decisión mayoritaria se desprende una paradoja y una ambigüedad muy difíciles de entender: Por un lado se autoriza el consumo de la dosis personal, pero por otro se mantiene la penalización del narcotráfico. Es decir que se permite a los individuos consumir droga, pero se prohíbe su producción, distribución y venta. Carece de toda lógica que la ley ampare al consumidor de un producto y, en cambio sancione a quien se lo suministre. ¿Cómo resolver éste

dilema? ¿Acaso despenalizando también la producción, distribución y venta de la droga? ¿Es decir, legalizando toda la actividad del narcotráfico y convirtiendo así de la noche a la mañana, a sus tenebrosas mafias en "honestos comerciantes y exportadores"? (...) Quienes suscribimos este Salvamento somos perentorios en rechazar de la manera más rotunda tal posibilidad. Pero, al igual que el resto de la opinión, manifestamos nuestra perplejidad ante la enorme contradicción que ha quedado planteada con el fallo” (Corte Constitucional, 1994).

Es cierto que debe existir una sanción para el proveedor de estupefacientes, pues es compromiso internacional del Estado colombiano erradicar toda actividad que propicie y permita el desarrollo del narcotráfico; sin embargo, y como ya se explicó, al penalizar el consumo se vulneran derechos fundamentales lo cual también sería inadmisibles tolerar en un Estado Social y Democrático de Derecho, por ende ‘el remedio’ a la contradicción planteada en el salvamento de voto no puede ser el sacrificio de la libertad, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad; la solución debe ser dirigida por un camino distinto.

En relación con lo anterior, surge la siguiente pregunta ¿Cómo podría juzgarse a aquél sujeto que tiene frente a él a un drogodependiente afectado por el síndrome de abstinencia; es testigo de las perversas reacciones físicas o corporales y decide “ayudarlo” entregándole una pequeña cantidad de droga?.

En España parece haberse superado en cierta forma ésta contradicción (se permite el consumo Vs se sanciona al suministro). Un ejemplo de esto es una sentencia del Tribunal Supremo Español del 16 septiembre 1996, en la que se absolvieron a los acusados por proporcionar a una tercera persona heroína, hachís y pastillas de tranxilium³. No fueron condenados teniendo en cuenta que el receptor de la droga era politoxicómano y los acusados pretendían que “no

³ pertenece al grupo farmacoterapéutico de tranquilizantes y ansiolíticos.

padeciera las consecuencias de la carencia de droga de la que era conocido consumidor”. Para el Tribunal Supremo en éste caso falta evidentemente el sustrato de antijuridicidad, pues no existe posibilidad de difusión, de facilitación o de promoción del consumo por terceras personas indiscriminadamente, lo que lleva a la ausencia de peligro, además se señalaron las exigencias necesarias para la aplicación de ésta excepcional tesis a un caso similar:

- a. Que no se produzca difusión de la droga respecto de terceros.
- b. Que no exista contraprestación alguna como consecuencia de ésta donación
- c. Que esta donación sea para un consumo más o menos inmediato, a presencia o no de quien hace la entrega
- d. Que se persiga únicamente una finalidad altruista o humanitaria para defender al donatario de las consecuencias del síndrome de abstinencia, ya que ha de tratarse siempre de drogodependiente
- e. Que se trate igualmente de cantidades mínimas.

En España la solución fue dada a través de un método teleológico en el que se excluye del ámbito de la tipicidad aquellas conductas que a pesar de realizar formalmente todos los elementos del tipo no ponen materialmente en peligro por una u otra razón el bien jurídico protegido. El análisis del caso mencionado giró en torno a la imposibilidad de formular el juicio de imputación subjetiva del riesgo, debido a la ausencia de finalidad de traficar de los procesados.

Difícilmente en el ordenamiento jurídico colombiano se da una solución análoga a un caso semejante, pues se estaría violando el principio de legalidad, toda vez que el artículo 376 del C.P expresa taxativamente que debe sancionarse a quien “suministre a cualquier título droga”. Se

supone que toda conducta al ser típica es automáticamente antijurídica, a menos de que se halle el sujeto activo en un estado de necesidad o de legítima defensa. En el caso planteado es evidente que no hay una agresión injusta, por lo que ésta última eximente de antijuridicidad se descarta y respecto a la primera, es decir, frente al estado de necesidad, valdría la pena estudiar si se cumplen los presupuestos básicos para alegarlo.

El sujeto que padece el síndrome de abstinencia, puede encontrarse en un estado de afectación supremamente desmedido, que puede incluir (en el caso de los opiáceos⁴) síntomas según los médicos Martínez López, Martín Páez, Valero Sánchez, & Salguero Piedras, como: “náuseas o vómitos, dolores musculares, aumento de la sudoración, diarrea, fiebre, insomnio, escalofríos, hipertensión arterial, taquicardia, conducta agitada, estrabismo, hiperglucemia, hipermenorrea, salivación, temblores, rigidez, convulsiones clónico episódicas, etc. La piloerección⁵ y la fiebre se asocian a la abstinencia grave, y no se observan con frecuencia en la práctica clínica, dado que los pacientes con dependencia de opiáceos suelen obtener las sustancias antes de que la abstinencia esté tan avanzada” (Martínez, Martín, Valero & Salguero, s.f). Conforme a lo anterior las consecuencias que reviste el síndrome de abstinencia pueden ser tan nefastas, al punto de causar la muerte de quien lo padece. Por lo tanto, es evidente (i) la existencia de una situación de grave peligro para un bien jurídico que en el caso concreto es la vida y la integridad personal del drogodependiente y (ii) el único medio al alcance para protegerlo, es el suministro de estupefacientes, es decir, el sacrificio de otro bien jurídico, que en el caso bajo estudio sería la salud pública, seguridad pública y orden económico social. Al ser la vida considerada como el bien jurídico más importante, se estaría frente a un estado de necesidad justificante ya que el

⁴ Analgésicos narcóticos

⁵ Contracción involuntaria de los músculos erectores de los folículos pilosos y que provoca que el pelo se levante sobre la piel

tráfico, fabricación o porte de estupefacientes protege bienes de menor entidad. Debe verificarse además el cumplimiento de los requisitos de (iii) la actualidad o inminencia, (iv) ausencia de obligación de asumir el riesgo y (v) la inevitabilidad.

La idea de un “consumo curativo o paliativo del mal”, como argumento de la aplicación de un estado de necesidad (en caso de ser aceptada) sería de aplicación excepcional, por lo que no resultaría viable abusar de la misma y convertir esta conducta en una práctica repetitiva, cada vez que alguien se encuentre en crisis, pues inmediatamente después de lograr el salvamento del bien jurídico se deben abordar los medios que la medicina ofrece al respecto, para dar el debido tratamiento.

Por otro lado, Téllez Mosquera & Bedoya Chavarriaga (2015) consideran necesario recordar el tratamiento que debe dársele al drogadicto, pues en virtud de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, el toxicómano no solo ha dejado de ser considerado como un delincuente, sino que ha pasado a ser considerado como un enfermo, tal y como lo precisa la Corte Constitucional en la sentencia T-814 de 2008, en donde se indica: “la drogadicción crónica es una enfermedad psiquiátrica que requiere tratamiento médico en tanto afecta la autodeterminación y autonomía de quien la padece, dejándola en un estado de debilidad e indefensión que hace necesaria la intervención del Estado en aras de mantener incólumes los derechos fundamentales del afectado”.

C. PROPUESTAS

Para evitar condenas injustas, desgaste del aparato judicial colombiano, violación a principios y garantías fundamentales, podría el ordenamiento jurídico optar por una de las siguientes alternativas:

a. Eliminar el criterio cuantitativo que yace en la definición de dosis para el consumo personal, toda vez que al no establecerse un límite de peso, se eliminarían todo tipo de presunciones dirigidas a suponer que el destino de la tenencia es el tráfico, prestando atención a la intención del sujeto, que debe ser lo más importante, dando así origen en palabras de Rey Huidobro (1999) 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. Además, desaparecería consecuentemente la dosis de aprovisionamiento, y al no existir ésta no habría violación al principio de presunción de inocencia, *in dubio pro reo*, entre otros, dado que la carga de la prueba se mantendría en cabeza de la Fiscalía, teniendo ésta que demostrar más allá de toda duda razonable el por qué la droga encontrada a alguien (sin importar la cantidad) tiene como propósito la distribución o tráfico.

b. De no poder darse viabilidad a la opción otra iniciativa estaría encaminada en la búsqueda de legislar respecto al tema de dosis de aprovisionamiento o desarrollar una línea jurisprudencial rígida y de amplio conocimiento para la comunidad, con el fin de que las personas puedan hacer uso de ésta cada vez que los capturen en la calle y no tengan que soportar las tediosas etapas de un proceso judicial, que terminaría en un pronunciamiento absolutario si se logra destruir la presunción *iris tantum*. Además esto

evitaría la arbitrariedad de los jueces, que hagan una interpretación retrógrada e inadecuada de la jurisprudencia, de ésta forma no sería tan fácil que pasara por alto el concepto de dosis de aprovisionamiento o la reglas para determinarlo, lo cual generaría mayor seguridad jurídica a los ciudadanos.

Sin embargo, crear una definición clara y concreta es una tarea compleja, ya que tendría que ser tan amplia que logre abarcar todas las circunstancias bajo las cuales una persona podría abastecerse y las distintas razones por las que lo haría, pues lo ideal no es caer en un criterio temporal diciendo que “es la droga hallada a un sujeto para su consumo personal durante máximo dos o tres días, uno o cinco meses, etc”. Dado que, en primer lugar esto también nos pondría frente a un Derecho penal de mera sospecha, pero por el otro, podrían verdaderos distribuidores y comerciantes aprovecharse de una definición así.

Tampoco lo ideal sería llegar al punto de decir "tantos gramos son dosis personal" y "tantos gramos son dosis de aprovisionamiento" pues lo urgente es terminar con criterios cuantitativos que han demostrado no servir para nada.

Si resulta demasiado tedioso llegar a una definición clara debería la Corte Constitucional, o la Corte Suprema de Justicia desarrollar reglas o pautas que permitan solucionar casos de dosis de aprovisionamiento. O acercarse a alguna definición muy amplia que como se acaba de mencionar abarque las múltiples eventualidades como: “voy a reunirme con mis amigos y han delegado en mí la tarea de llevar la droga para todos”, o “me voy de viaje con mis padres, durante quince días a un lugar que no conozco” o “quiero procurar no ir tan seguido a las ‘ollas’ a comprar debido a la nefasta ubicación y peligrosidad en la que se hallan” o “cuando me abastezco de una gran

cantidad el precio resulta ser muy favorable a mis finanzas” entre muchos otros eventos que puedan conllevar a un aprovisionamiento.

Evidentemente, éste debería ser un tema de gran importancia por la coyuntura en que ha permanecido Colombia respecto a las drogas, por eso podría pensarse que el descuido del ordenamiento jurídico se debe a evitar que esto (la dosis de aprovisionamiento) se convierta en una “coartada” para los distribuidores y lleguen a abusar de ello. Desafortunadamente mientras no se defina este concepto o no se logre esclarecer sus particularidades, muchas personas inocentes van a ser juzgadas injustamente.

CONCLUSIONES

❖ La dosis destinada al uso personal es una conducta que atañe a la esfera privada de cada quien y por lo tanto no puede ser penalizada, debido a la imposibilidad de que afecte bienes jurídicos ajenos.

❖ El porte y el consumo de estupefacientes continúan siendo conductas desvaloradas por el ordenamiento jurídico, por lo que se encuentra consagrada su prohibición en el Acto Legislativo 02 de 2009, lo cual no quiere decir que se encuentren penalizadas.

❖ El Acto Legislativo 02 de 2009 y la Ley de Seguridad Ciudadana no implican el desaparecimiento de la dosis para uso personal del ordenamiento jurídico, en tanto no ha sido derogada del Estatuto de Estupefacientes vigente.

❖ Consumidores o adictos que porten o lleven consigo sustancias con la específica finalidad del consumo personal, no pueden ser judicializados por la justicia y su proceder es de competencia de las autoridades administrativas de la salud en el orden nacional, departamental o municipal.

❖ El Gobierno Nacional en realidad no centra su preocupación en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes por el detrimento que pueda causar a la salud pública, puesto que salen a la luz aporías tales como la afectación del derecho de la comunidad a la salud por la permisión, fomento y consumo de sustancias legalizadas tales como el alcohol y el tabaco.

❖ El orden económico y social se protege por la norma penal en cuestión puesto que, un país como Colombia que tiene una economía de mercado que permea todas las esferas del poder público y que convive con el narcotráfico como actividad de orden económico y

permite a quienes incurren en ésta actividad adquirir capitales enormes ilegalmente, éstos tarde que temprano entrarán a circular en el sistema económico legal y generan un alto grado de involución y afectación al mismo por cuanto tiene orígenes de la ilegalidad.

❖ El tipo penal del “tráfico, fabricación o porte” de estupefacientes, protege el bien jurídico de la salud personal, precisamente porque las sustancias estupefacientes elaboradas causan diversos resultados en las personas consumidoras, tales como: a) dependencia psíquica o física del consumidor; b) progresiva exigencia de mayores dosis, también llamada tolerancia; c) posibilidad de que el abuso conduzca a significativas alteraciones del comportamiento o a una grave afectación psíquica o neurológica.

❖ En cuanto a la batalla entre el libre desarrollo de la personalidad y la salud pública, erramos al decir qué derecho se encuentra por encima del otro porque incluso en casos sobre porte de estupefacientes, pueden variar las circunstancias. Por lo anterior, es menester, además de acudir a la jurisprudencia, aplicar la ponderación de derechos por parte del operador judicial pues es la única vía que nos asegura que en cada caso se manifieste el Estado mediante una justicia real y efectiva.

❖ La presunción de antijuridicidad para los delitos de peligro abstracto siempre será *iuris tantum*, y no solo cuando se trate de excesos ligeros a la dosis de uso personal.

❖ La dosis de aprovisionamiento no se diferencia sustancialmente de la personal.

❖ Ni la doctrina ni la jurisprudencia tiene un consenso, respecto a qué es dosis de aprovisionamiento ni cuál teoría de la carga de la prueba se debe aplicar, lo cual genera inseguridad jurídica.

❖ La presunción *irius tantum* viola principios del derecho penal como la presunción de inocencia, *in dubio pro reo* y el debido proceso al invertir la carga de la prueba en beneficio de la Fiscalía.

REFERENCIAS

1. Abramovich Victor, C. C. (2014). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trota.
2. Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoria de los principios*. Universidad Externado de Colombia.
3. APTA Salud. Prevención y tratamiento de las adicciones. Clasificación de Drogas. Recuperado de <http://bit.ly/1sfQvsa>
4. Azula Camacho, J. (2008). *Manual de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales*. Bogotá: Temis.
5. Beccaria, C. (1974). *De los Delitos y las Penas* (Segunda ed.). Buenos Aires: Ediciones jurídicas.
6. Betancourt, S. (2010). La carga dinámica de la prueba y su repercusión en el proceso penal desde las reglas de Mallorca y la teoría del garantismo penal. *Ratio Juris*, 25 - 44.
7. Caro Espitia, N. R. (2013). La carga de la prueba frente al principio de presunción de inocencia en el Estado Colombiano. *Verba iuris*(29), 31-42.
8. Carmignani, G. (1979). *Elementos de derecho criminal*. Bogotá: Temis.
9. Corredor Beltrán, D. (2011). *Lecciones de derecho penal Parte especial*. Bogotá: U. Externado de Colombia.
10. Congreso de la República (31 de enero de 1986). Estatuto Nacional de Estupefacientes [Ley 30 de 1986]. DO 37335

11. Congreso de la República. (24 de julio de 2000) Artículo 376 [Titulo XIII]. Código Penal. [Ley 599 de 2000]. DO: 44097.
12. Corte Constitucional. (17 de febrero de 1999) Sentencia C-083 [MP Vladimiro Naranjo Mesa]
13. Corte Constitucional. (28 de mayo de 2002) Sentencia C-420. [MP Jaime Córdoba Triviño]
14. Corte Constitucional. (28 de junio de 2012) Sentencia C-491 [MP Luis Ernesto Vargas silva]
15. Corte Constitucional. (17 de marzo de 1994). Sentencia C-221. [MP Carlos Gaviria Díaz]
16. Corte Constitucional. (09 de julio de 2003). Sentencia C-551 [MP Eduardo Montealegre Lynett]
17. Corte Constitucional (18 de abril de 2012) Sentencia C-289 de 2012 [MP. Humberto Antonio Sierra Porto]
18. Corte Constitucional (10 de febrero de 2009) Sentencia C-069 de 2009 [MP. Clara Inés Vargas Hernández]
19. Corte Constitucional (22 de febrero de 2012) Sentencia C-121 de 2012 [MP. Luis Ernesto Vargas Silva].
20. Corte Constitucional (28 de mayo de 2002) Sentencia C-420 [MP. Jaime Córdoba Triviño].
21. Corte Constitucional. (16 de abril de 2008) Sentencia C-336. [MP Clara Inés Vargas Hernández].

22. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal. (11 de noviembre de 2008) Proceso N° 29.183 [MP. José Leonidas Bustos Martínez].
23. Corte Constitucional, (25 de junio de 1997). Sentencia C-309 [MP. Alejandro Martínez Caballero].
24. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (01 de febrero de 2007) Proceso N° 23.609 [MP. Sigifredo Espinoza Pérez].
25. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (08 de octubre de 2008) Proceso 28195 [Mp. Julio Enrique Socha Salamanca].
26. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal (18 de noviembre de 2008) Proceso N° 29183 [José Leonidas Bustos Martínez].
27. Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (8 de actubre de 1981) Proceso 264121 del [MP Fabio Calderón Botero].
28. Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (12 de noviembre de 2014) Proceso N° 42617 [MP Gustavo Enrique Malo Fernández].
29. Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (8 de julio de 2009) Proceso. 31531 [Yesid Ramírez Bastidas].
30. Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (15 de septiembre de 2004) Proceso. 21064 [Sigifredo Espinosa Pérez].
31. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (12 de octubre de 2006) Proceso 25465 [Marina Pulido de Barón].
32. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (09 de marzo de 2016) Proceso 41760 [Mp. Eugenio Fernández Carlier].

33. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (6 de mayo de 1980) [MP Gustavo Gómez Velásquez].
34. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (17 de agosto de 2011) Casación N° 35978. [MP Fernando Alberto Castro Caballero].
35. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (22 de septiembre de 1982) Casación N° [MP. Luis Enrique Romero Soto].
36. Cruz Bolívar, L. (2011). *Lecciones de derecho penal Parte especial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
37. Domínguez, A. C. (2002). *Los delitos contra la salud pública*. Valencia: Tirant lo Blanch.
38. Departamento Nacional de Planeación Dirección de Estudios Económicos. (15 de septiembre de 2003). *Posibles implicaciones de la legalización del consumo, producción y comercialización de las drogas en Colombia*. Recuperado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Estudios%20Economicos/234.pdf>.
39. Devis Echandía, H. (2011). *Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales* (11a ed.). Bogotá: Temis.
40. Escohotado, Antonio (2004): *Aprendiendo de las drogas. Usos y abusos, prejuicios y desafíos*.
41. Exposición de motivos AL 02 de 2009. *Por el cual se modifica el artículo 49 de la Constitución Política*.
42. Ferreira Delgado, F. J. (2006). *Derecho Penal Especial*. Bogotá: Temis.
43. Fischer Rodríguez, J. C (2013). *“Política colombiana de drogas. La Dosis para uso personal y derechos de salud”*. En: *Trans-pasando Fronteras*, Núm. 3, pp. 95-114. Cali,

Colombia: Centro de Estudios Interdisciplinarios, Jurídicos, Sociales y Humanistas (CIES), Facultad de Derecho y Ciencias sociales, Universidad Icesi.

44. Fernando Velásquez Velásquez, *Las Drogas, Aspectos: Histórico, sustantivo y procesal*. Ed. Librería. Colegas, Medellín, Colombia, 1989.
45. Gallardo, H. (2008). *Teoría crítica: matriz y posibilidad de los derechos humanos*. Murcia, España: David Sanchez Murcia Editor.
46. Gama Leyva, R. (2013). Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental. *Revista de Estudios de la Justicia*(19), 65-89.
47. González, A. (2011). *La prueba en el Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá: Leyer.
48. Joshi Jubert, U. (1999). *Los delitos del tráfico de drogas I*. Barcelona: J.M Bosch Editor.
49. *Jurídicas.UNAM*. (s.f.). Recuperado el 28 de Diciembre de 2016, de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2489/5.pdf>.
50. Kindhäuser, U. (Febrero de 2009). *Estructura y legitimación de los delitos de peligro*. *Revista para el análisis del derecho*, 5.
51. Londoño Ulloa, J. (2003). Tres sentencias diversas de la Corte Constitucional colombiana y un sólo fin verdadero. *SABERES*, 1, 5.
52. Londoño Ulloa, J. (2003). Tres sentencias diversas de la Corte Constitucional colombiana y un sólo fin verdadero. *SABERES*, 1, 5.
53. Luís, P. S. (2007). *El juicio de ponderación constitucional*. En: *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Universidad Externado de Colombia.
54. Luna Yerga, Á. (2003). Regulación de la carga de la prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Working paper*(165).

55. Mir Piug, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 5ª edición, Tecfoto S.L., Barcelona, 1998.
56. Martínez López, J., Martín Páez, A., Valero Sánchez, M., & Salguero Piedras, M. (s.f.). *Síndrome de abstinencia*. Málaga: Hospital Regional Carlos Haya.
57. Muller Rueda, K. (2014). La carga de la prueba en el proceso penal acusatorio en Colombia: disyuntiva de aplicación en la jurisprudencia de las altas cortes. *Revista de Derecho Público*(32), 1-25.
58. Organización Mundial de la Salud (2004): Neurociencia del consumo y dependencia de sustancias psicoactivas.
59. Organización de los estados americanos (2012): Informe El Problema de las Drogas en las Américas.
60. Organización de los Estados Americanos. (2013). *El problema de drogas en las americas: estudios*. Organizacion de los estados americanos.
61. Parra Quijano, J. (2011). *Manual de derecho probatorio*. Bogotá: Librería del profesional Ltda.
62. Pérez, L. C. (1986). *Derecho penal. parte general y parte especial*. (primera ed.). Bogotá: Temis.
63. Prieto Rodríguez, J. I. (1986). *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal espaol*. Barcelona: Brosch.
64. Rey Huidobro, L. F. (1999). *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
65. Ramos, L. R. (1985). *Compendio de derecho penal, parte especial*. Madrid: Trivium.

66. Téllez Mosquera, J. A., & Bedoya Chavarriaga, J. C. (2015). *Dosis personal de drogas: inconsistencias técnico-científicas en la legislación y la jurisprudencia colombiana. pers.bioét*, 19(1), 99-116.
67. Tickner B, A. (2014). Legalización de las drogas: entre las políticas de seguridad y la salud pública. *Trans-pasando Fronteras*, 23-28.
68. Tribunal Supremo Español (16 septiembre 1996) Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi 6617 [MP José Augusto de Vega Ruíz]
69. Tribunal Supremo Español del (25 de marzo de 1993) [Cándido Conde-Pumpido Tourón].
70. Uprimny Yepes, R. & Guzman, D. (2010). *La prohibición como retroceso. La dosis personal en Colombia*. Transnational Institute. Recuperado de <https://www.tni.org/files/download/dlr4s.pdf>.
71. Vergara Ballén, A., Lahuerta Percipiano, Y., & Correa, S. P. (15 de 09 de 2003). *Departamento Nacional de Planeación, Dirección de Estudios Económicos*. Recuperado el 05 de octubre de 2016, de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Estudios%20Econmicos/234.pdf>.
72. Washington Office on Latin America . (2010). La prohibición como retocesos . *Transnational Institute*, 4.
73. Yepes, D. E. (2010). *La prohibición como retroceso*. Washington Office on Latin America . Transnational Institute.