REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, veinticuatro (24) de julio de dos mil catorce (2014)

ACTA DE APROBACIÓN No. 436
SEGUNDA INSTANCIA

Fecha y hora de lectura:	05-08-14, 8:40 a. m
Indiciado:	Luis Fernando Estupiñán López
Cédula de ciudadanía:	10`001.520 de Pereira
Delito:	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Ofendida:	La salud pública
Procedencia:	Juzgado Quinto Penal del Circuito Con Funciones de Conocimiento de Pereira (Rda.).
Asunto:	Se decide apelación interpuesta por la fiscalía contra auto interlocutorio de fecha 04-02-14, por medio del cual se negó la solicitud de preclusión. SE CONFIRMA

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la decisión en los siguientes términos:

1.- HECHOS Y PRECEDENTES

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- Dan cuenta los registros, que el 18-09-13 el señor **LUIS FERNANDO ESTUPIÑÁN LÓPEZ** fue capturado llevando consigo 2.7 gramos de cocaína, por lo cual, la Fiscalía General de la Nación a través de su delegado ante los Juzgados Penales del Circuito solicitó preclusión de la investigación, por

presentarse supuestamente el fenómeno de la "atipicidad" del hecho investigado, porque –a su entender- dicha cantidad incautada de alucinógeno no lesionó el bien jurídico tutelado.

1.2.- El juez de conocimiento no accedió a los planteamientos del ente Fiscal, toda vez que el estupefaciente hallado duplica el permitido como dosis personal, y para su conclusión trajo algunos acápites jurisprudenciales sobre la materia.

1.3.- El señor fiscal se mostró inconforme con esa determinación e interpuso recurso de apelación, a cuyo efecto reiteró su posición anterior.

1.4.- El abogado defensor como sujeto no recurrente, coadyuvó los planteamientos del Fiscalía y requirió del Tribunal acceder a lo solicitado.

2.- CONSIDERACIONES

2 .1.- Competencia

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 178 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 90 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la fiscalía-.

2.2.- Problema jurídico planteado

Se contrae a establecer, básicamente, si en el presente asunto tiene fundamento la tesis que esgrime la fiscalía en el sentido que por tratarse de una sustancia alucinógena que superó en poca proporción la dosis permitida para el consumo, se presenta una antijuridicidad material que impide iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal. De ser así, se dispondrá cesar el juzgamiento con el consiguiente archivo definitivo; en caso contrario, la actuación deberá continuar.

2.3.- Solución a la controversia

Observa el Tribunal que existe un punto de partida básico para dilucidar el tema objeto de impugnación, no otro que la "atipicidad" (sic) del comportamiento investigado, como quiera que esa fue la causal explícita a

la que hizo alusión el delegado fiscal ante la primera instancia y en la cual se mantuvo en su sustentación del recurso de apelación con el fin de poner término a la acción penal.

Para llegar a esa conclusión de atipicidad, se torna indispensable hacer mención a dos factores esenciales que confluyen a ese objetivo: cantidad de la droga incautada y acción imputada de conformidad con el verbo rector atribuido. Así es por cuanto solo tratándose de llevar consigo sustancia estupefaciente en cantidad que no supere la dosis personal, es posible arribar a la conclusión que anuncia el delegado, de conformidad con lo indicado en el fallo de constitucionalidad que despenalizó la cantidad requerida por una persona para su propio consumo.

Con fundamento en lo anterior, el fiscal solicita la aplicación del contenido de la sentencia de casación CSJ SP, 18. Nov, 2008. Rad. 29.183, y por esa vía estimó procedente que se precluya la acción penal por el factor "ausencia de antijuridicidad material", bajo el entendido que la sustancia la tenía el justiciable única y exclusivamente para el consumo personal.

Esta Corporación concede desde ya la razón al juez de conocimiento y aprecia que el delegado fiscal hace una inapropiada interpretación de los precedentes, tanto del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria como de este Tribunal, razón por la cual nos vemos obligados a recordar a continuación lo que sobre esta singular polémica hemos expresado.

Lo primero que se debe tener presente, es que cuando el legislador reguló lo que debía entenderse por dosis personal según cada clase de estupefaciente, lo hizo de una manera laxa y, por lo mismo, es un deber del funcionario judicial atenerse al margen así establecido según la Sentencia C-211/94, que declaró la inexequibilidad del artículo 51 de la Ley 30/86 a efectos de dar aplicación a la despenalización de la dosis personal. Por igual motivo, el tope superior normativamente establecido, quiérase o no, marca la pauta para definir lo que corresponde a la antijuridicidad de la conducta, como de manera uniforme también lo ha venido pregonando la jurisprudencia nacional.

El arduo debate de contenido social, jurídico y filosófico que se cierne en torno a la despenalización de la dosis personal y que ha girado en derredor del libre desarrollo de la personalidad vs. la defensa del colectivo, dejó esclarecido que una visión constitucional del problema enseña que el consumo de dosis personal no es un comportamiento socialmente

edificante, digno de admirar o de imitar; por el contrario, se considera perjudicial pero sin embargo no debe ser sancionado con penas aflictivas de la libertad. Tan cierto es, que la Corte Constitucional se cuidó de hacer expresa excepción de cierto tipo de conductas que aún referidas a la dosis personal, debían seguir siendo sancionadas, caso del uso de narcóticos en presencia de menores de edad que propicien en ellos el consumo. De allí surgió el Decreto 1108/94, en cuyos artículos 4 y 16 se prohibió el uso de la dosis personal para menores y en lugares públicos, respectivamente; igualmente, la Ley 745/02, por medio de la cual se vuelve a penalizar la citada dosis cuando afecta a terceros principalmente a menores, pero no con pena privativa de la libertad sino pecuniaria (multa), incluso convertible en arresto en caso de incumplimiento. Más tarde, como se recuerda, hubo un intento de incluir vía referendo este tema tan álgido para un país en vía de desarrollo.

Por todo lo anterior, desde hace ya un buen tiempo nuestra preocupación judicial se ha centrado en determinar cuál es el verdadero alcance de lo que la ya citada sentencia de casación penal –CSJ SP. 31 mar, 2004. Rad. 18609-, acuñó bajo el término de "insignificante", cuando dijo:

> "las cantidades que se acercan al límite de lo permitido para consumidores, se ubican en una **sutil franja de lo importante a lo insignificante**. Empero, si bien el legislador no le ha otorgado discrecionalidad al juez para modificar las cantidades en orden a su punibilidad, 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**"

Nos preguntábamos qué alcance tenía esa expresión: "sutil franja de lo importante a lo insignificante" con referencia al tope máximo de la dosis personal, o en otras palabras ¿hasta qué monto de exceso se puede considerar como algo realmente insignificante?, y la respuesta que nos surgía era que necesariamente debería referirse a una cantidad mínima que en verdad tuviera esa connotación de insignificante, como decir, por ejemplo: 0.1 gramos para el caso de la cocaína, que es el exceso menor en relación con la cifra que se encuentra establecida como dosis personal para esa clase de sustancia.

Así lo entendimos, porque haciendo un seguimiento a los precedentes de la Sala de Casación Penal, resultaba fácil advertir que la Alta Corporación no era partidaria de exonerar de pena aquellos portes excesivos, como sería por caso el que duplicara la dosis personal. De haber sido así, el asunto que se conoció precisamente de este Tribunal por el porte de dos (2) gramos de sustancia a base de cocaína -nos referimos a la sentencia de casación CSJ SP, 20

oct. 2005, Rad.24026-, debió seguir indeclinablemente la ruta del delito bagatelar, pero muy por el contrario hubo una condena efectiva en contraposición de lo que se había indicado por la señora Juez de primer grado quien absolvió con fundamento en la no antijuridicidad material.

De todas formas siempre hemos compartido expresamente el argumento singular de los defensores según el cual: las capturas masivas de drogadictos se tornan irracionales porque siempre se detiene al consumidor y no al expendedor; además, que no se ha tenido en cuenta la condición social de la cual provienen –campesinos por ejemplo-, como personas que en su idiosincrasia usan estas sustancias para laborar, debiéndose permitir la dosis de aprovisionamiento para varios días. Afirmación que hemos dicho se debe compartir, salvo por una situación que es apenas elemental: la aplicación o no de esa figura depende estrictamente de la prueba, pues no por el simple hecho de tenerse ascendencia campesina ya estamos ante la posesión de una dosis de aprovisionamiento para legitimar por esa vía cualquier posesión de droga.

En esa misma línea de pensamiento, se dejó en claro lo del llamado tráfico hormiga, expresión bien significativa de lo que ocurre cuando se presenta el abuso del derecho, esto es, que todos tendríamos que estar de acuerdo en que cuando una persona lleva una poca cantidad de estupefaciente, pero está probado en el proceso que se trata de un hábil expendedor que utiliza ese bajo perfil para burlar la acción policiva a expensas de que por ser baja la cantidad no será descubierto, tal proceder, soterrado y pernicioso, no puede exigir condescendencia.

También hemos sido conscientes de que es difícil para la Defensoría arriesgar al procesado a una no aceptación de los cargos a costa de recibir una pena excesiva (lo que convierte al sistema adversarial en un modelo draconiano), motivo por el cual la Fiscalía en su condición de orientadora de la Policía Judicial, debe formar conciencia suficiente para que sus esfuerzos estén principalmente dirigidos a erradicar el expendio y no se conforme con la aprehensión de los adictos, finalidad para la cual están diseñadas precisamente figuras como las del agente encubierto y la entrega vigilada, porque en estos casos se prefiere la no aprehensión de un delincuente sorprendido en flagrancia por una conducta menor, a la espera de obtener un mejor resultado en el desmantelamiento de las organizaciones al margen de la ley.

No ignora tampoco la Corporación y así lo ha expresado en sus decisiones, que el hecho de adoptar desde los estrados judiciales algún límite que supere la dosis personal establecida por el legislador, es algo comprometedor porque se corre el riesgo de que ese precedente irresponsablemente analizado, lleve aparejado, en la práctica, a que se le tome como un límite sustitutivo del legalmente establecido y se considere, absurdamente, que ya la dosis personal no sería la de veinte gramos –en el caso de la marihuana- o un gramo -en el caso de la base de cocaína-, sino el que judicialmente se indique.

En ese estado de la polémica surgió el pronunciamiento de la Sala de Casación Penal CSJ SP, 18 Nov. 2008, Rad.29.183, en el que por su esencia acolita el pensamiento que en términos generales ha venido asumiendo esta Sala de Decisión, pero dentro del cual, seguramente al observar la Corte la misma dificultad de imponer por vía judicial un nuevo esquema de dosis personal en suplantación del legislador, se dejó abierta la opción para que en cada caso concreto los jueces hicieran las reflexiones necesarias para determinar si ameritaba o no la declaración de insignificancia y por lo mismo de no lesividad al bien jurídico de la Salubridad Pública.

Con fundamento en este nuevo parámetro de referencia, el Tribunal dejó sentado su criterio en el sentido que de todas formas la declaración de no antijuridicidad material sólo tendría cabida tratándose de portes de estupefacientes destinados al personal consumo para cantidades **que no alcancen el doble de la establecida por el legislador**, porque si como se ha dicho desde siempre: "el tope superior normativamente establecido, marca la pauta para definir lo que corresponde a la antijuridicidad de la conducta", entonces no sería razonable que se llegare a duplicar el monto definido por el legislador como dosis personal, que, se repite, fue fijado con holgura en aplicación de su exclusivo poder de configuración.

Como es sabido, la dosis permitida para saciar la adicción fue fijada por el legislador en un (1) gramo para la base de cocaína. Al acusado se le sorprendió en posesión de 2.7 gramos de ese alcaloide, luego entonces, independientemente de su condición de toxicómano, el arriesgarse a llevar consigo más del doble de lo permitido ponía en peligro injustificado el bien jurídicamente protegido de la Salubridad Pública.

Por todo lo anunciado, el Tribunal está en total acuerdo con la conclusión a la que llegó el señor juez de primer nivel; sin embargo, es necesario aclarar que lo anunciado por el funcionario con respecto "al doble de la dosis

personal", no es un término que haya acuñado la jurisprudencia nacional, sino que es un parámetro de medición que adoptó originariamente este Tribunal, como ya quedó esclarecido, precisamente ante la indefinición en tal sentido por parte de los diversos pronunciamientos existentes en tan sensible tema.

Así las cosas, se le dará confirmación a la providencia por medio de la cual se negó la preclusión para el caso concreto; y, en consecuencia, la actuación penal debe continuar.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, **CONFIRMA** la decisión por medio de la cual el Juzgado Quinto Penal del Circuito de esta capital negó la preclusión de la investigación.

Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

El Secretario de la Sala,

JUAN CARLOS MORALES RAMÍREZ