

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente

Dr. Santiago Apráez Villota

Aprobado acta No. 32.

Medellín, marzo diez (10) de dos mil ocho (2.008).

Debería proceder la Sala a decidir sobre la apelación interpuesta por el defensor del acusado Luís Guillermo Ruiz Piedrahita contra la sentencia emitida el 28 de noviembre de la pasada anualidad por el Juzgado 2º penal del Circuito de Conocimiento de Itagüí, si no fuera porque observa que se ha incurrido en una irregularidad que vicia de nulidad el trámite del proceso.

ANTECEDENTES

1. En horas de la mañana del 24 de septiembre de la pasada anualidad fue aprehendido Luís Guillermo Ruiz Piedrahita por miembros de la Policía Nacional cuando caminaba por vía pública, a la altura de la confluencia de la carrera 56 con calle 46 de Itagüí, en posesión de hojas y semillas secas de marihuana, con un contenido neto de 48,4 gramos, por lo que fue capturado y puesto a disposición de la autoridad competente.

2. Ante el Juez 1º Penal Municipal, con funciones de control de garantías, el capturado se allanó a los cargos que por el delito de porte de estupefacientes le imputó la Fiscal 154 Seccional, por lo que en

oportunidad la Fiscal 239 Seccional presentó el escrito de acusación por el mismo delito ante el Juzgado 1º Penal del Circuito de Itagüí con funciones de conocimiento, quien emitió la sentencia apelada en la cual condenó anticipadamente a Ruiz Piedrahita como autor penalmente responsable del delito de porte de estupefacientes, negándole de paso la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución de la prisión intramuros pro domiciliaria por registrar antecedentes penales.

3. Contra el fallo condenatorio interpuso el recurso de apelación el defensor público, por lo que remitida la actuación conformada por la carpeta y los registros grabados de las audiencias realizadas en el juzgado de conocimiento, esta Sala de Decisión convocó, a través del Magistrado Ponente, a la audiencia de debate oral, en la que únicamente hizo presencia el defensor, quien intervino para cuestionar al juez por no suspender condicionalmente la ejecución de la pena.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se acreditó objetivamente por la Fiscalía que Marco Antonio Restrepo Gutiérrez fue sorprendido por Miembros de la Policía Nacional cuando transitaba sólo por un sector de la ciudad portando en uno de los bolsillos de su pantalón hojas y semillas secas de marihuana con un peso neto de 48.4 gramos.

Este supuesto fáctico fue suficiente para que la Fiscalía formulara imputación y presentara luego escrito de acusación, y para que el acusado se allanara a los cargos en presencia de su defensor público, sin que ninguno de los sujetos procesales se cuestionara nada acerca de la lesividad de la conducta, dando por sentado que por superar la llamada dosis personal se encontraba probada la existencia del delito de porte de estupefacientes.

Por su parte, el juez de conocimiento admitió el allanamiento a cargos, sin miramiento alguno, pese a que estaba obligado por el artículo 351

de la ley 906 de 2004 a verificar que no se hubieran quebrantado garantías fundamentales.

Bien es sabido que, acorde con la nueva visión de la estructura del delito, el concepto de conducta en sentido amplio consta de una parte interna y otra externa, por lo que un examen del tipo en las conductas de comisión dolosa debe comprender ambos aspectos.

En primera instancia, entonces, debe mirarse la parte objetiva o externa de la conducta, aspecto sobre el cual no hay discusión en este caso, siendo que el supuesto fáctico -que encuentra acomodo en el tipo del artículo 376 del código penal- fue acreditado sumariamente por la Fiscalía al momento de la imputación, no siendo controvertido por el representante judicial del acusado.

Pero esa acreditación no exoneraba al ente acusador de probar mínimamente el aspecto interno o subjetivo, especialmente cuando existía información a partir de la cual se podía llegar a sostener la ausencia de elementos subjetivos del tipo en punto de la ausencia de lesividad de la conducta.

Sobre este último aspecto, varios han sido los pronunciamientos no sólo de esta misma Sala sino también de otras del Tribunal. Así en fallo de septiembre 11 de 2005 se expresó:

"En efecto, en una primera aproximación por parte de esta Sala de Decisión al tema de la dañosidad social en casos similares, donde se ha juzgado el porte de escasas cantidades de sustancia, se dijo:

'Lo que se ha dado a entender entonces es que existe una gran probabilidad de que el procesado... haya adquirido la sustancia incautada para calmar su adicción, lo cual, como es apenas obvio, apareja una duda acerca de la trasgresión del artículo 376 del código penal en forma compatible con una vulneración real del bien jurídico tutelado.

La formulación de la imputación, y desde luego de la acusación, no estuvo acompañada de evidencias en ese sentido, pese a que la misma presencia del capturado, sus antecedentes, condiciones de vida y hasta su propia manifestación sugerían la posibilidad de que pudiera tratarse de un consumidor habitual de sustancias psicoactivas. Quienes precedieron a la Sala en el estudio del caso dieron por descontada la antijuridicidad material del comportamiento y por supuesto la responsabilidad del imputado.

La persona que adquiere sustancia estupefaciente para su propio consumo, independientemente de su cantidad –hay quien adquiere únicamente la dosis que requiere para un solo consumo y otros que se aprovisionan de cantidades superiores– no vulnera con ello la salubridad pública.

En otras palabras, el portar sustancia estupefaciente –que es el específico comportamiento que se endilga al procesado en este caso–, implica necesariamente en su realización típica la vulneración efectiva de un bien jurídico propio del colectivo social, dimensión que no se cumple cuando quien desarrolla el comportamiento lo limita al campo de la salud personal y si se quiere, por virtud del conocido pronunciamiento de la Corte Constitucional citado por el señor Delegado de la Fiscalía, al ámbito del derecho al libre desarrollo de su personalidad, conducta socialmente lícita que no puede ser objeto de reproche penal.

Lo contrario implicaría desconocer la dogmática sobre la cual se asienta nuestro estatuto de penas, tan cara en cuanto a los principios de la dignidad de la persona humana, necesidad de intervención, acto y de lesividad del bien jurídico, para otorgarle en últimas a un enfermo, si así se quiere tomar el caso de..., el tratamiento de un delincuente, específicamente de un traficante de estupefacientes.

Encuentra la Sala desafortunadamente que el nuevo paradigma del derecho penal, estrechamente vinculado al modelo de estado que nos rige a partir de la Constitución Política de 1991, no ha sido asumido por muchos funcionarios judiciales; al punto de seguir insistiendo a la simple objetividad en este tipo de realizaciones comportamentales para dar por sentada la responsabilidad; basta que el sujeto sea sorprendido con una cantidad superior a los límites cuantitativos que contenía el artículo 2º, literal j), de la ley 30 de 1986, para de manera acrítica proceder a su acusación y su posterior condena con fundamento en la sola objetividad del comportamiento.

De manera que, si en este caso, independientemente de la cantidad de sustancia incautada, estamos en presencia de un comportamiento que muy seguramente no alcanzó a lesionar o poner efectivamente en peligro, sin justa causa, la salud pública, como lo han aceptado quienes han intervenido en la actuación al señalar que la sustancia estaba destinada al consumo personal, a la Sala no le queda otra alternativa distinta que decretar la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia celebrada ante el Juzgado 2º penal Municipal de Itagüí, con funciones de control de garantías (fls. 5 a 8 de la carpeta), dejando en libertad inmediata a Carlos José Mejía Maya, para lo cual se oficiará al director del centro de reclusión. Esta libertad se cumplirá siempre y cuando el procesado no se encuentre solicitado por otra autoridad, según verificación que deberá hacerse por Secretaría¹.

En ese mismo sentido se pronunciaron varias Salas de este mismo Tribunal; así, entre otras, las presididas por los Magistrados John Jairo Gómez Jiménez y Miguel Humberto Jaime Contreras en decisiones de 18 y 21 de abril siguiente (Cfr. Rads. 02449 y 01064-2006).

En auto de 18 de mayo², esta Sala reiteró su línea de pensamiento, recalcando sobre la necesidad de examinar en cada caso la lesividad del comportamiento al señalar:

¹3. El legislador no estableció una antijuridicidad material anticipada para determinados delitos; por, el contrario, claramente advirtió en el artículo 11 del código penal que para "que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado por la ley penal"; de modo que no bastando la mera causalidad para la imputación jurídica del resultado (artículo 9), en todos los eventos es necesario acreditarla para desvirtuar la presunción de inocencia.

¹ Auto de marzo 13 de 2006. Radicación 01451-2006.

² Recaído dentro del Rad. 02776-2006 seguido contra Juan David Salazar Gómez.

4. Independientemente del esquema del delito que se adopte o de considerar la lesividad como elemento independiente del delito, dentro de los principios configuradores del sistema penal debe destacarse el de la exclusiva protección de bienes jurídicos, entendiéndose por tal principio "no sólo el concepto dogmático que le corresponde, según la ley, a cada bien tutelado por ella, sino, además, en un contexto político y social, como corresponde al modelo de Estado Social y Democrático, al amparo de las condiciones de la vida social, en la medida que afecten la convivencia pacífica de los individuos y sus posibilidades de participación en el conglomerado social al que pertenecen" (Cfr. C.S. de J., fallo citado).

5. El examen de la lesividad no puede omitirse por la existencia de límites matemáticos o por sentimientos de inseguridad jurídica o por cualquier postura que extienda el poder punitivo del Estado más allá de lo permitido. La función del funcionario judicial, como se advierte en uno de los citados fallos, es la de juzgar conductas conforme a la justicia, al derecho y a una realidad histórica que se modifica y evoluciona, y si hay espacios de valoración, que en todas las situaciones van a existir, su definición hace parte de la actividad jurisdiccional. Es indebido sostener que los vacíos jurídicos o de conocimiento, deben ser complementados con reglas que nieguen los elementos del delito en desfavor del imputado'.

Estos planteamientos se reiteran en esta oportunidad, básicamente en orden a aclararle al juzgador de instancia y a la representante de la Fiscalía que no es cierto que el legislador haya establecido una antijuridicidad anticipada para el injusto que nos ocupa, como para pensar que los administradores de justicia se deben limitar a examinar la tipicidad y la culpabilidad.

Si el principio de legalidad se justifica por cuanto la intervención punitiva del Estado, al configurar las conductas punibles y determinar y ejecutar sus consecuencias, debe regirse por el imperio de la ley, no entiende la Sala como puede avalarse su desconocimiento al sugerirse que en estos casos no es posible adentrarse en el análisis de la antijuridicidad (artículo 11 del código penal), si fue precisamente el legislador quien al dictar la ley estableció que "para que una conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado".

Y la razón de ser de la creación de un tipo penal, como bien se sabe, es precisamente la protección de bienes jurídicos frente a acciones que lo pongan en peligro, lo menoscaben o lesionen, por lo que mal puede sancionarse comportamientos en lo cual ello no sucede.

No hay delito sin daño -y en este caso agregamos **daño social** pues se trata de un delito que básicamente ofende bienes colectivos, especialmente la salud pública-, de manera que si una persona es sorprendida portando una pequeña cantidad de sustancia estupefaciente para su propio consumo, ese comportamiento resulta intrascendente socialmente, por lo que no es pasible de sanción penal.

El sistema penal no está erigido para sancionar delitos bagatelares o para castigar a consumidores de la droga con el argumento de que son los últimos eslabones de la cadena del narcotráfico, si al contrario se trata de verdaderas víctimas de ese ilícito comercio y cuyo tratamiento corresponde a otras instancias.

La confusión que exhiben el juzgador de instancia y la no recurrente al respecto estriba en considerar exclusivamente el principio de protección de bienes jurídicos desde el punto de vista dogmático, que según la ley le

corresponde a cada bien tutelado por ella, pues es apenas obvio que cada uno de los delitos previstos en el estatuto de penas fue erigido como tal por el legislador precisamente por ofender un determinado bien jurídico; de lo contrario no estarían previsto en la ley.

Olvidan que en un contexto político y social, como corresponde al modelo Estado social y democrático, este principio mira además comportamientos que afecten la convivencia pacífica de los individuos y sus posibilidades reales de participación en el conglomerado social, de manera que también se refiere a conductas que, además de típicas, vulneren de manera efectiva el bien jurídico tutelado por la ley penal.

Lo anterior significa que, además del desvalor de la conducta, que por ello se torna en típica, debe concurrir el desvalor del resultado, entendiendo por tal, como lo ha señalado la misma jurisprudencia de la Corte, el impacto que el comportamiento del procesado, mirado en el caso concreto, tiene sobre el bien jurídico al vulnerarlo de manera efectiva o exponerlo efectivamente en peligro de lesión, que en ello consiste la llamada antijuridicidad material contemplada en el artículo 11 del Código Penal".

En otra oportunidad, en tanto en algunos estrados judiciales se había sugerido que el legislador estableció una antijuridicidad anticipada para los delitos de peligro abstracto, como parece ser la tesis de fiscalía y juzgador de instancia en este caso, se recordó una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en los siguientes términos:

"En el fallo de primera instancia dice apoyarse en un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, que no identifica (fi. 35 vto.), pero ocurre que esa Corporación ha sostenido lo siguiente en contrario a esa postura:

"De otra parte, aunque parece que el juez constitucional dio cabida a la configuración legislativa de delitos de peligro abstracto, tal vez ante la evidencia sociológica del alto refinamiento de las interferencias comunicativas entre los individuos en las modernas sociedades de riesgo -caracterizadas por el gran adelanto tecnológico, la magnitud del tráfico viario, el desarrollo de las relaciones industriales, la importancia del medio ambiente, etc-, o mejor, de la compleja interrelación que se da en multiplicidad de ámbitos entre los individuos de la comunidad, al funcionario judicial no le corresponde entrar a discutir esa valoración del órgano legislativo para estatuir en el grado de delictivos comportamientos que sin significar lesión al interés que estima vital, percibe, en abstracto, como potencialmente dañoso.

Lo que sí debe valorar es, en concreto, si una específica conducta significó real y verdadera puesta en peligro del bien jurídico protegido con la norma penal.

Esa delimitación entre las visiones con las cuales los dos órganos, el legislativo y el judicial, vislumbran una misma problemática, debe ser entendida con

arreglo al conjunto de valores que emanan de la Constitución, pues si bien el primero, al diseñar los tipos penales de peligro abstracto asume que ciertas conductas pueden significar riesgo para determinados bienes jurídicos, es decir, establece una presunción de peligro, al segundo, al juez, le atañe verificar si un acto específico reportó efectiva creación de peligro para ese bien, porque, en "cualquier caso, debe tratarse de un daño o de un peligro verificable empíricamente partiendo de las características de cada concreto comportamiento prohibido, y no considerando en abstracto sólo el contenido de la prohibición."³

Esto significa, que si bien en el momento de creación legislativa de los delitos de peligro se deja implícita una presunción de peligro, tal presunción no puede ser de aquellas conocidas como *juris et de jure*, es decir, que no admiten prueba en contrario, porque el carácter democrático y social del Estado de derecho, basado, ante todo, en el respeto a la dignidad humana (artículo 1º de la Constitución), así lo impone, en tanto tal especie de presunción significa desconocer la de inocencia y los derechos de defensa y contradicción.

Al contrario, al evaluarse judicialmente los contornos de la conducta es ineludible establecer qué tan efectiva fue la puesta en peligro. En otro lenguaje, 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.

Tal parece ser la perspectiva constitucional cuando se señala que:

"En los tipos de peligro debe considerarse la mayor o menor cercanía de la conducta peligrosa al bien jurídico protegido. 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 (sic) misma. En estos eventos la relación de causalidad entre la conducta prohibida y la actividad delictiva es enteramente contingente, y la afirmación de la existencia de dicha relación sólo puede corresponder a la elección discrecional que realiza el legislador en forma anticipada, y el juez frente al caso concreto, entre múltiples opciones; en última instancia, la potencialidad dañina que encierra la conducta se juzga realizable a partir de consideraciones que involucran no al acto mismo sino a su autor."⁴ (Cfr. Sentencia septiembre 15/04, Radicación 21064, M.P., Dr. Sigifredo Espinosa Pérez).

En el caso concreto existe información de que el imputado es un consumidor de la sustancia, incluso porque ello fue admitido en las sentencias anteriores emitidas en su contra; así en la de 23 de julio de 2003 se dijo que sobre "la adicción a los narcóticos por parte del

³ Luigi Ferrajoli: Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, Ed. Trotta, pág. 472.

⁴ Sentencia C-430 del 12 de septiembre de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

sindicado Luís Guillermo Ruiz Piedrahita, declaró la señora María Ilda Moncayo, propietaria de la vivienda en la que fue acogido por esta el implicado" (fl. 32 de la carpeta).

Es el mismo juez en la sentencia que se refiere a esa condición, aunque sostiene que la tenencia de estas sustancias con fines de consumo, como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad o autonomía, "no lo puede ser por encima de la dosis personal" (fl. 49 vto), incurriendo en el mismo yerro de quienes consideran que el legislador estableció una antijuridicidad anticipada.

El propio defensor se refirió en sus alegatos a la adicción por parte de su cliente, pero no fue más allá de cuestionar al sistema por permitir el consumo en dosis personales y castigar al mismo tiempo a los consumidores.

La conclusión obligada de todo ello es que tanto la representante de la Fiscalía como el funcionario de conocimiento, con el silencio de la defensa, dieron por acreditado el comportamiento delictivo con la simple constatación objetiva de los hechos, soslayando el ingrediente subjetivo en punto de la antijuridicidad material de la conducta, cuando al menos existía información de que estamos frente a un consumidor de la yerba y que la incautada muy seguramente iría a ser usada por el imputado para calmar su propia adicción.

Los antecedentes hablan de un sujeto de escasa condición económica y cultural que ha sido sorprendido con marihuana en dosis similares (35.3, 49.2 y en esta ocasión 48.4 gramos), siempre cuando deambulaba sólo y nunca distribuyéndola o vendiéndola a terceros; por lo que ello debió llamar la atención a la primera instancia antes de darle vía libre a un allanamiento, que en tales condiciones resulta contrario al principio de presunción de inocencia.

Cuando se realizan comportamientos que sólo afectan en mínimo grado el bien jurídico -si la preocupación es que la salud pública, la economía,

nacional y la seguridad pública son bienes protegidos por la normas-, tampoco se puede predicar la tipicidad en su aspecto interno o subjetivo; y, por lo que se tiene, si en realidad el procesado compró esa mínima sustancia -apenas cercano a los 50 gramos en el rango de los 1.000 gramos de marihuana, si bien superior a la dosis señalada en el literal j) del artículo 2º de la ley 30 de 1986-, el daño para tales bienes jurídicos resulta irrelevante, pues no pasa de afectar la esfera personal del acusado.

SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA

De manera que, si en este caso, independientemente de la cantidad de sustancia incautada, estamos en presencia de un comportamiento que muy seguramente no alcanzó a lesionar o poner efectivamente en peligro, sin justa causa, la salud pública, a la Sala no le queda otra alternativa distinta que decretar la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia celebrada ante el Juzgado 1º Penal Municipal de Itagüí, con funciones de control de garantías (fls. 8 de la carpeta).

Lo anterior, como se advirtió en caso similar, sin perjuicio de la determinación que pueda adoptar el juez de control de garantías si posteriormente, a solicitud de la Fiscalía, se llegare a formular imputación con fundamento en evidencia o elementos probatorios -un examen médico legal, por ejemplo- que descarten su adicción a los estupefacientes.

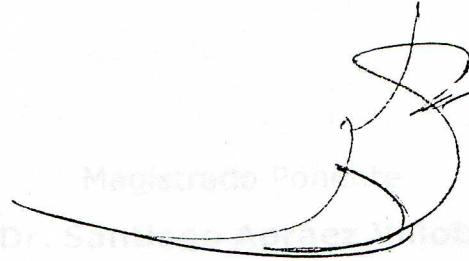
Por lo expuesto, esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Decretar la nulidad de lo actuado a partir del allanamiento a cargos, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

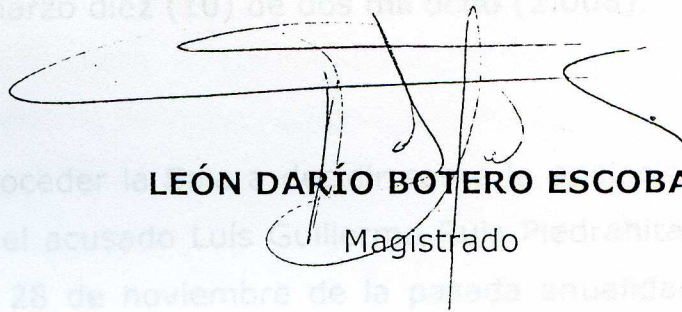
A la ejecutoriada de este fallo, regrese la actuación al juzgado de origen para lo de su cargo.

CÚMPLASE.



SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA

Magistrado



LEÓN DARÍO BOTERO ESCOBAR

Magistrado

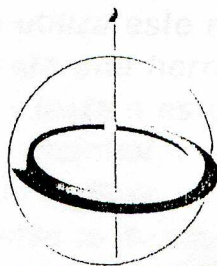


OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado *Declarativo.*

ANTECEDENTES

1. En horas de la mañana del 24 de septiembre de la pasada año...

2. Ante el Juz. 1º Penal Municipal, con funciones de control de...



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA PENAL

Medellín, mayo 10 de 2008.

DOCTORES

SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA Y

LEÓN DARÍO BOTERO ESCOBAR.

Radicación: 2007-3876

Procesado: Luís G. Ruíz.

ACLARACIÓN DE VOTO

Estimados compañeros

Si bien comparto la decisión respecto a la nulidad en el sentido que se debe hacer el correspondiente juicio de antijuridicidad material y el real estado del imputado si es consumidor o adicto, elementos que tienen trascendentes consecuencias en la solución del presente caso, me parece que a ello tendría que agregarse la posibilidad real de aplicación para estos casos del principio de oportunidad, en una ocasión anterior sobre ese punto expresó la sala que presido lo siguiente:

“La sala no es ajena a la problemática surgida en esta clase de casos, consideramos digna de ser tenida en cuenta para su solución la aplicación del principio de oportunidad conforme a lo establecido en los

artículos 321, 322 numeral 13, 14 y 15, 326 numerales 2 y 4 del C. P. P., más cuando, una de las razones de ser de esta institución es la definición de problemas menores como el presente. Desafortunadamente la Fiscalía General de la Nación no utiliza este mecanismo, ni los demás intervinientes lo provocan, siendo esta una herramienta bien interesante para dar una respuesta coherente y justa a estos problemas. Entre otras razones sería una aplicación más racional y coherente que la misma imposición de una pena privativa de la libertad. Nótese como al ser la pena menor de 6 años, no es precisa la autorización del Fiscal General de la Nación para este efecto."¹

Atentamente,



OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

MAGISTRADO.

¹ T. S. de Medellín. Auto de marzo 6 de 2008. Procesado: Henry de J. Patiño. Radicación: 206-2008-01592.