



S A L A P E N A L

Radicado: 05-001-60-00206-2006-16356  
Procesado: Javier Marín Hernández  
Delito: Tráfico, Fabricación o Porte  
de Estupefacientes  
Asunto: Apelación de sentencia  
condenatoria  
M. P.: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 179

Medellín, veintinueve de agosto de dos mil siete

Hora: 4:00 p.m.

1. VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto y sustentado oportunamente por la defensa en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 10° Penal del Circuito de Medellín, el 26 de junio pasado, que condenó al señor *Javier Marín Hernández* como autor del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes del que había sido acusado.

2. EL HECHO

El 7 de noviembre de 2006, cerca de las 11:47 p.m., por el sector comprendido entre la carrera 54 con calle 53

de Medellín, el señor *Javier Marín Hernández* llevaba consigo 44,3 gramos de marihuana, circunstancia por la cual agentes de la Policía Nacional lo aprehendieron.

### 3. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN Y LA OPINIÓN DE LOS NO RECURRENTES

La defensa muestra su inconformidad con el fallo recurrido por cuanto considera, de un lado, que en el caso examinado no se presenta la antijuridicidad material y de otro, porque se configura un error de prohibición.

#### 3.1 Antijuridicidad material:

En cuanto a este aspecto, el defensor se apoya en una consideración del juez al anunciar el sentido del fallo, según la cual se le encontró al procesado una cantidad ínfima de estupefacientes, lo que sugiere la existencia de un delito bagatela. No obstante, censura que el juez estimara el daño personal que el sujeto activo puede estarse haciendo así mismo, pues el hecho de que el sujeto se infiera un daño en su salud o integridad, como serían unas autolesiones, se trataría de algo irrelevante para el derecho penal.

#### 3.2. Error de prohibición:

Para ahondar en este aspecto, la defensa trajo a colación el interrogatorio efectuado al procesado durante el juicio oral, en el cual manifestó que compraba de 3 a 4 cigarrillos de marihuana y que tenía conocimiento acerca de la existencia de la dosis

personal; pero que sólo hasta este momento se da cuenta de cuál es la cantidad permitida. Además, el acusado afirmó que compraba la cantidad que necesitaba para su consumo sin saber a qué peso equivale la misma y que los tres tacos de droga que le fueron hallados le alcanzan para 3 o 4 cigarrillos.

Por lo anterior, alega la defensa que el procesado no tenía un conocimiento pleno de la dosis personal permitida o cuál era la cantidad que él adquiriría para su consumo, casi que obligado, porque su organismo se lo exige, dada su amplia adicción. Censura la conclusión del juez de que el procesado sabe cuál es la dosis personal, soportada en que tenía idea acerca de ella, causa por la cual no accede al reconocimiento del error de prohibición, ya que, insiste, de las respuestas del acusado se infiere que éste no tiene un conocimiento cierto y definitivo de la calidad y cantidad de la dosis personal.

En síntesis, considera que se debe proceder a la absolución de *Martín Hernández* ya sea que se opte por una u otra de las tesis expuestas.

No sobra dejar constancia que la fiscalía no compareció a la audiencia de debate oral; pero justificó oportunamente su no comparecencia.

#### 4. EL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER Y LAS RAZONES DEL SENTENCIADOR

Los problemas jurídicos que deben ser resueltos por esta Sala se contraen a verificar si acorde a la

prueba es posible siquiera dudar razonablemente de la antijuridicidad material de la conducta o la presencia de un error de prohibición, caso en el cual se impondría la absolución y, en consecuencia, la revocatoria del fallo de primer grado que ha sido cuestionado precisamente por estos dos aspectos.

De la sentencia de primer grado, que se integra a ésta por cuanto se conserva en lo fundamental su sentido, sólo reseñaremos lo allí consignado para sustentar los puntos cuestionados, aunque no sobra indicar que el juez de primera instancia consideró que al procesado se le debía reconocer la circunstancia genérica de atenuación punitiva descrita en el artículo 56 del Código Penal, por ser un indigente que habita en la calle y ser adicto a la sustancia que le fue incautada, sin que le ofreciera dificultad la acreditación de la materialidad de la conducta con base en las estipulaciones efectuadas.

Estima que el eventual error de prohibición sustentado en la idea de que como la droga era para su consumo el procesado entendería que no incurría en ningún delito, se desvirtúa con el conocimiento que éste revela en temas como el de la dosis personal y, además, por llevar 35 años consumiendo el estupefaciente; por lo cual, acorde a las reglas de la experiencia, resulta inverosímil que no sepa a cuanto equivale la dosis personal. Por tanto, descarta su procedencia y muestra que la conducta se realizó con dolo.

En lo que concierne a la antijuridicidad material de la conducta, registra las discusiones jurídicas sobre

dicho aspecto cuando se trata del porte de bajas dosis de estupefacientes, concluyendo en la constitucionalidad de la sanción de esta conducta cuando supera la dosis personal, apoyado en las sentencias C-221 de 1994 y C-689 de 2002; así mismo cita sentencias de este tribunal y la del 26 de abril de 2006, de la Sala penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Dr. Jorge Luis Quintero Milanes. Luego de lo anterior, toma partido por entender configurada la antijuridicidad material con base en que se comprometen bienes como la vida y dignidad humana con el consumo; se protege al mismo consumidor; es del caso respetar las decisiones del legislador y acoge la visión del salvamento de voto de la providencia citada de este tribunal, según la cual si hay antijuridicidad material y formal cuando la tenencia de estupefacientes supera la dosis personal.

En fin, entiende que se lesionó el bien jurídico de la salud pública y aun el de la integridad personal. Por consiguiente, al encontrar reunidos los presupuestos para que se configure el delito y la responsabilidad del acusado, procedió a condenarlo, imponiéndole la pena de 10 meses y 20 días de prisión y multa de 0.44 SMLMV. Accesoriamente, lo inhabilitó en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

El juez suspendió condicionalmente la ejecución de la pena al considerar que se cumplía con el requisito objetivo del artículo 63 del Código Penal, así como la exigencia valorativa, pues no consideró la conducta de mayor gravedad.

## 5. LAS CONSIDERACIONES

Nos ocuparemos en primer lugar del tema de la carencia de antijuridicidad material y superado este aspecto, examinaremos el error de prohibición alegado.

En un caso similar al aquí juzgado, —se trataba de un porte de 40.5 gramos de marihuana—, la Sala penal de la Corte Suprema de justicia tuvo oportunidad de referirse al tema planteado, destacando la importancia de la noción de lesividad en el derecho penal y su relación con el principio de intervención mínima, pero define que no constituye bagatela el porte de la sustancia señalada. No obstante, no edificó la regla según la cual no cabe apreciar el escaso valor o la insignificancia de la afectación del bien jurídico protegido en estos asuntos, tan sólo estimó que dicha cantidad sí puso de manera efectiva en peligro entre otros bienes, al de la salud pública.

Siguiendo el derrotero allí señalado, entiende esta Sala que aunque es admisible ponderar la lesividad de los delitos de peligro abstracto, —naturalmente que en términos de riesgo para el bien jurídico protegido, pues de entrada la antijuridicidad material que demanda esta clase de delitos puede satisfacerse sin la vulneración efectiva de lo protegido, como lo indica su denominación—, el precedente señalado empieza a fijar marcos o límites cuya estabilización es positiva para la seguridad

jurídica; puesto que limita la discrecionalidad del juzgador en un asunto de común ocurrencia.

Entonces, si bien es poca la cantidad de estupefaciente que el acusado llevaba consigo, al excederse un poco del doble de la cantidad autorizada, no cabe considerar como nimia la conducta e irrelevante para el derecho penal, con mayor razón cuando la salud pública corre riesgo en la medida en que esa cantidad que se llevaba consigo posibilita el consumo de varias personas.

Acierta la defensa al criticar la motivación del juez al respecto, pero ello no releva de entender que tratándose de un delito de peligro, no puede radicarse toda la vulneración o puesta en peligro del bien jurídico amparado por el ordenamiento penal en la persona que llevaba consigo la marihuana, pues únicamente no corre riesgo su integridad o salud.

En síntesis, al encontrarse que la cantidad de estupefaciente portada por el acusado no es nimia, se justifica la intervención estatal en su represión y al estimarse que el bien jurídico de la salud pública, cuando menos, corrió algún peligro, se debe mantener la condena impuesta, por este aspecto.

En cuanto a la presencia de un error de prohibición se tiene que de la revisión de los registros respectivos, (a partir del minuto 30 de la audiencia del juicio), se tiene que el acusado conoce que existe la dosis personal, así asevere no conocer a cuánto asciende; también dice que: "yo se que hay

delito" en estos asuntos, pero alega que al mantenerla para su consumo, ello impide la comisión de punible. Adicionalmente, se sostiene que desde hace 35 años es adicto a la sustancia que le fue incautada.

La defensa al respecto alega que el procesado no tiene un conocimiento cierto de la cantidad que constituye la dosis personal; sin embargo, esta mera aseveración no logra superar la fuerza del razonamiento expuesto por el juez de primera instancia quien invocando la ley de la experiencia le parece inverosímil que con el largo tiempo de contacto con el estupefaciente, el sentenciado ignore la ilicitud de su conducta.

Dada la estipulación probatoria de que el sentenciado es adicto, a ello se estará esta sala, pero esta misma circunstancia fáctica, desde el punto de vista del conocimiento requerido para la conciencia de antijuridicidad, surge como evidente que ha contado durante 35 años con la oportunidad, medida en términos razonables, de comprender que su actuar está prohibido por la ley penal; otra cosa es que por la condición de marginalidad en la que vive, que genera una subcultura propia, ello carezca de mayor significación.

Nótese que de entrada el acusado con sus propias palabras advierte que sobre esta materia de estupefacientes puede haber delito, que hace referencia a la dosis personal, concepto que para tener sentido conlleva que tener para el consumo puede ser reprimido penalmente; pues de lo contrario no sería necesario una dosis permitida. Por esta última



circunstancia, y por haberse desenvuelto en el mundo del consumo de estupefacientes por tantos años, no resulta creíble, como lo señaló el juez - y por ello no surge duda razonable al respecto-, que el acusado ignorara que su conducta era delictiva y que ello dependía de la cantidad de estupefaciente que portara.

Ahora bien, el error de tipo también refundidamente alegado, consistente en que no se sabía si la cantidad que se llevaba consigo superaba la dosis personal, tampoco resulta convincente pues, de un lado, éste se pretende justificar en que la cantidad de marihuana sólo le permite confeccionar unos pocos cigarrillos y de otro, porque, cuando menos, se responde por dolo eventual, ya que no se exhibe una clara voluntad de limitar la adquisición a una cantidad determinada.

La queja de la defensa de que en el caso no es apropiado echar mano de la figura que la dogmática ha denominada *acción libre en la causa*, es acertada; pero irrelevante, pues en el asunto se percibe el dolo directo o eventual para realizar la conducta, sin que la relación de dependencia con la sustancia se pueda equiparar a un "trastorno mental preordenado", ni venga al caso considerarlo de esta manera para ningún efecto.

Por último, la adicción a la marihuana crea dependencia psicológica y bien puede satisfacerse con la dosis personal, pues no genera tolerancia, por estas razones no puede considerarse que su actuar no estuviera involucrada una voluntad libre, puesto que,

por lo que se le sanciona, no es por el consumo sino por excederse en más del doble en la dosis que la ley le autoriza a portar, creando riesgo para la salud pública.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

Confirmar la sentencia recurrida.

Esta providencia queda notificada en estrado y contra ella procede el recurso de casación el que, acorde con el artículo 183 de la Ley 906 de 2.004, se podrá interponer, mediante demanda, ante este Tribunal dentro del término común de 60 días.

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS  
MAGISTRADO

JUAN GUILLERMO JARAMILLO DÍAZ  
MAGISTRADO

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN  
MAGISTRADO