

PORTE DE ESTUPEFACIENTES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO. UNA MIRADA CRÍTICA A LA LUZ DE LA TEORÍA DEL DELITO

*Carlos Alberto Jiménez Cabarcas**

Resumen: Se realiza un recuento del tratamiento que tuvo y tiene en Colombia el porte y consumo de sustancias estupefacientes, desde el punto de vista legal, como el proceder de las autoridades judiciales frente a esta problemática. La rama judicial colombiana ha transitado por senderos donde los pilares de la teoría del delito han sido flexibilizados, e incluso ignorados, en detrimento de las garantías fundamentales de un Estado de derecho. Se destacan las maneras, bien intencionadas, pero ilegítimas, mediante las cuales la Corte Suprema de Justicia decide declarar impune el comportamiento carente de potencialidad lesiva.

Palabras clave: delito, estupefaciente, justicia, narcotráfico.

* Abogado especialista en Derecho Penal de la Universidad del Norte. Magíster en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de Teoría del Delito de la Universidad Libre, Seccional Barranquilla. Correo electrónico: carlosa.jimenezc@unilibre.edu.co
Fecha de recepción: 29 de noviembre de 2021. Fecha de aceptación: 2 de septiembre de 2022. Para citar el artículo: Carlos Alberto Jiménez Cabarcas, "Porte de estupefacientes en el ordenamiento jurídico colombiano. Una mirada crítica a la luz de la teoría del delito", *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 43, n.º 114, enero-junio 2022, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 179-205. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v43n114.06>

POSSESSION OF NARCOTIC DRUGS IN THE COLOMBIAN LEGAL SYSTEM. A CRITICAL LOOK IN THE LIGHT OF THE THEORY OF CRIME

Abstract: A recount is made of the treatment that the possession and consumption of a narcotic substance had and has in Colombia, from the legal point of view, as well as the procedure of the judicial authorities to the face this problem. Where the Colombian judicial branch has traveled through paths where the pillars of the Theory of Crime have been both flexible, and even ignored, to the detriment of the fundamental guarantees of a Theory of Crime. The well-intentioned but illegitimate ways in which the Supreme Court of Justice decides to declare unpunished behavior devoid of harmful potentiality are highlighted.

Keywords: Crime, narcotic, justice, drug trafficking.

1. PANORAMA LEGISLATIVO DE LA DOSIS PERSONAL Y DE LA PROHIBICIÓN DEL PORTE DE DROGAS EN COLOMBIA

La guerra contra las drogas tiene sus inicios en decisiones provenientes de Washington D. C., en la administración de Richard Nixon (1969-1974), presentada como una forma de proteger la salud pública de sustancias nocivas como el opio, la marihuana y la heroína (sin embargo, hay quienes afirman que, en su génesis, la política antidroga buscaba reprimir a los enemigos del gobierno estadounidense¹). Posteriormente, en la administración de Ronald Reagan (1981-1989) se pretendió desincentivar el consumo de cocaína, producida en países latinoamericanos, como Colombia, lo que significó una influencia directa de las políticas estadounidenses en nuestro ordenamiento jurídico, presentada como una manera de enfrentar un problema de salud pública, mientras que, para un sector de la opinión, es una forma en que Estados Unidos mantiene intervenidos los países latinoamericanos².

En Colombia, el 21 de noviembre de 1973 el Congreso de la República expide la Ley 17, la cual sanciona diferentes comportamientos relacionados con la tenencia,

-
- 1 El periodista Dan Baum, en artículo titulado “Legalize It All - How to win the war on drugs” para *Harper’s Magazine* del mes de abril de 2016, publica lo dicho por el asesor de Richard Nixon para Asuntos Internos, John Ehrlichman, donde deja ver que una forma de atacar a los enemigos de Nixon: la izquierda opositora a la guerra y la comunidad afrodescendiente, y sabiendo que no se podría simplemente criminalizar a quienes pertenecieran a estos grupos, consistió en relacionar a los primeros con la marihuana y a los segundos con la heroína, optando por la criminalización del consumo de estas sustancias para arrestar a sus líderes, asaltar sus hogares, interrumpir sus reuniones y vilipendiarlos noche tras noche en las noticias, sin importar que se estuviese mintiendo respecto de la droga, al ser mostrada como un atentado a la salud, cuando era un instrumento de opresión y estigmatización.
 - 2 Mylene Sauloy e Yves Le Bonnac. *¿A quién beneficia la cocaína?*, Bogotá, Tercer Mundo, 1995, p. 17.

tráfico y consumo de sustancias estupefacientes, donde se destaca la imposición de pena de prisión de hasta 8 años a quien, sin el permiso correspondiente, cultive o conserve planta de la cual se pueda extraer droga (marihuana, morfina, cocaína, etc.). Asimismo, se hace merecedor de pena de prisión por término de hasta 12 años quien, sin el permiso pertinente, la introduzca o saque del país, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera o suministre cualquier droga que produzca dependencia. En igual sentido se condena con hasta 8 años de prisión a quien estimule su uso y al profesional de la salud que la prescriba para fines no terapéuticos o la prescriba en cantidades superiores a las necesarias, con pena de hasta 14 años (aumento del máximo en tres cuartas partes) si se hace a favor de personas menores de 21 años³. Se resalta respecto al porte (llevar consigo) de la sustancia que, si corresponde a la dosis personal, se impondrá pena de privación de la libertad (en modalidad de arresto) de hasta por 2 años.

A la vez, con la expedición de esa ley se facultó al presidente de la República para expedir un estatuto que regule íntegramente el fenómeno de las drogas o sustancias que producen dependencia física o síquica (estupefacientes y sicotrópicas), en sus aspectos de control, prevención, represión y rehabilitación, lo que permitió la expedición del Decreto 1188 del 25 de junio de 1974, denominado Estatuto Nacional de Estupefacientes, en el cual se define el concepto de dosis personal como aquella cantidad de droga que ordinariamente una persona ingiere, por cualquier vía, de una sola vez (artículo 6.º), teniendo en cuenta dictamen de perito médico legal, donde se valora la cantidad de la droga, así como la historia y situación clínica del sindicado (artículo 39). Es decir, depende de una valoración *ex post* la determinación de si una sustancia es o no “dosis personal”⁴. Se mantiene, sin embargo, la sanción de hasta dos años de arresto para quien porte la dosis personal.

Con posterioridad fue expedida la Ley 30 de 1986, denominada también Estatuto Nacional de Estupefacientes, que con su entrada en vigencia derogó el Decreto 1188 de 1974, expedido 12 años antes. Como primera diferencia, sobresale que se trata de una ley expedida directamente por el Congreso de la República, lo que implica un consenso de las diferentes posturas políticas vigentes en Colombia, y no de un acto unilateral del mandatario de turno, más allá de que el Decreto 1188 fuera expedido por autorización expresa del legislativo. Esta norma modificó el concepto de dosis personal por el de dosis para uso personal, definiéndola de manera diferente a la

3 Desde la expedición de la Ley 27 de 1977 se estableció la mayoría de edad en Colombia a partir de los 18 años.

4 Distinguiendo el concepto de dosis personal del concepto de dosis terapéutica, siendo esta última aquella que el médico normalmente prescribe al paciente, para lo cual el profesional de la salud debe cumplir con ciertos requisitos para dictar el consumo de drogas con fines curativos, como que se ordene en un formato oficial emitido por autoridades municipales o departamentales, y de igual forma se le impone al profesional la obligación de comunicar a las autoridades de salud cuando un paciente requiera una dosis superior a la terapéutica.

contemplada en el anterior Estatuto Nacional de Estupefacientes. La precisó en su artículo quinto como aquella cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo, especificando que en marihuana no exceda de 20 gramos, en marihuana hachís no sea mayor de 5 gramos, en cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína no exceda de 1 gramo, y en metacualona no supere 2 gramos.

En esa definición de dosis para uso personal sobresale un componente objetivo y uno subjetivo. El elemento subjetivo viene dado por la exigencia de que la sustancia debe tener una finalidad específica, que no es otra que sea para el propio consumo. El elemento objetivo está delimitado por la cantidad, en términos del gramaje de la sustancia. De manera que será dosis para uso personal no solo la establecida por el peso de esta, sino que además tenga una destinación exclusiva al consumo propio de la persona a quien le es incautada.

La motivación del legislador al emitir este concepto de dosis para uso personal, con la expedición de la Ley 30 de 1986, era la de disponer sanciones para quien la lleve consigo, conserve para su propio uso o la consuma, las cuales podrían consistir en la privación de la libertad (en modalidad de arresto) por término de hasta 12 meses (en caso de reincidencia), de acuerdo al artículo 51 de la citada norma. También dispone que el drogadicto que sea sorprendido por primera vez será remitido (aun en contra de su voluntad) a tratamiento en centro psiquiátrico o similar, por el término necesario para su recuperación.

Sin embargo, este artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-221 de 1994, al suponer que se vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad, puesto que el consumo de la dosis para uso personal solo incumbe a quien realiza el comportamiento. Según la Corte, al sancionar dicha conducta se está privando a las personas de ejercer su autonomía, atentando de esta forma contra su condición ética. De esta manera, el Estado estaría ejerciendo control sobre conductas que no afectan el derecho de los demás. Una disposición de semejante talante (que obligue a alguien a recibir un tratamiento psicológico que no desea) resulta contraria a los más elementales principios de un derecho civilizado. Por lo que a partir de la Sentencia C-221 (el 5 de mayo de 1994) quedó despenalizado en Colombia el porte y consumo de la dosis para uso personal.

Esta situación significó, respecto al porte de sustancias estupefacientes, que el poder punitivo del Estado se concentre en contra de quien porte sustancia estupefaciente que no se encuentre dentro de la definición legal de dosis para uso personal (descrita en el artículo segundo, literal j, de la Ley 30 de 1986), todavía vigente en el ordenamiento jurídico colombiano.

Respecto al tipo penal *tráfico y otras conductas*, descrito en la Ley 17 de 1973 y transcrito en el Decreto 1188 de 1974, la Ley 30 de 1986: 1) dispuso de manera expresa excluir la dosis para uso personal del comportamiento delictivo; 2) incluye

el verbo rector “financiar”; 3) aumenta en una tercera parte el mínimo de la pena (estableciendo 4 años de prisión como el mínimo); 4) dispone un atenuante punitivo (pena de 1 a 3 años de prisión) en caso de que la droga incautada no supere determinados límites de gramaje.

Con posterioridad fue expedido el actual Código Penal, Ley 599 de 2000, la cual estableció en su artículo 376 el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, manteniendo los mismos verbos rectores de la Ley 30 de 1986, pero modificando la punición mediante tres diferentes rangos de pena: I) Prisión de 8 a 20 años para cantidades superiores a 10 mil gramos de marihuana, 3 mil de hachís, 2 mil de cocaína, 60 gramos de derivados de la amapola, 4 mil gramos de droga sintética. II) Prisión de 4 a 6 años para cantidades superiores a la dosis para uso personal e inferior a mil gramos de marihuana, 200 de hachís, 100 gramos de cocaína, 20 gramos de derivados de la amapola, 200 gramos de droga sintética. III) Prisión de 6 a 8 años para cantidades comprendidas entre el límite máximo del segundo y el límite mínimo de la primera⁵.

Asimismo, con la entrada en vigencia de la Ley 1453 de 2011 se mantuvieron las penas; sin embargo, se cambió el término “sustancia que produzca dependencia” por el de “sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas”. Por otro lado, excluyó del enunciado típico la negación de responsabilidad cuando se trate de la dosis para uso personal (el texto original del artículo mencionado, cuando fue expedido el Código Penal, establecía: “salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal”). Sin embargo, la Corte Constitucional dispuso, en Sentencia C-491 de 2012, que el tipo penal en comento no incluye la penalización del porte o conservación de dosis, exclusivamente destinada al consumo personal, de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética, a las que se refiere el tipo penal de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes⁶.

Se evidencia de esta forma cómo el legislador optó por un sistema que pretende resolver el problema de la droga, a partir de la aplicación del poder punitivo, castigando con una severidad directamente proporcional a la cantidad de droga incautada, al sujeto que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito, o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente.

5 Las penas dispuestas en el artículo 376 de la Ley 599 de 2000 fueron incrementadas por cuenta de la entrada en vigencia de la Ley 890 de 2004, la cual dispuso un aumento a todos los tipos penales en la tercera parte en el mínimo y en la mitad del máximo.

6 Como última modificación, la Ley 1787 de 2016 exonera el comportamiento arriba realizado, cuando corresponda al uso médico o científico del cannabis, siempre y cuando se cuente con las autorizaciones emitidas por las autoridades correspondientes.

Teniendo presente el panorama legislativo respecto a la penalización de porte y consumo de sustancias estupefacientes o que produzcan dependencia, resulta necesario comprobar que esta construcción normativa sea respetuosa de los derechos fundamentales protegidos por la Corte Constitucional en Sentencia C-221 de 1994, como lo es el derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como las garantías de la teoría del delito. Particular atención merece que el verbo rector de “llevar consigo”, que se refiere al porte que hace la propia persona, es el proceder característico del consumidor, del pequeño comerciante y del que se inicia como “mula”⁷. Es decir, da lugar a equívocos respecto a la afectación del bien jurídico *salud pública*, toda vez que, si bien este se ve afectado tanto por el pequeño traficante como por quien transporta en su cuerpo el estupefaciente con fines de distribución y comercialización (mula), el actuar del consumidor resulta inofensivo para la salud pública, y por lo tanto irrelevante para el Derecho Penal.

2. TÉCNICA LEGISLATIVA DEL PORTE DE ESTUPEFACIENTES, DELITO DE PELIGRO

La Constitución Política colombiana ha establecido en su artículo 16 que todas las personas, como regla general, pueden ejercer el derecho al libre desarrollo de su personalidad⁸. Imparte como único límite la presencia de dos eventos acumulativos: por un lado, la afectación de derechos ajenos y, por otro, la contrariedad al orden jurídico. Situación que nos lleva a los dos escenarios acerca de cómo se realiza el principio de antijuridicidad en el ámbito penal; por un lado, la antijuridicidad material, como la afectación de bienes jurídicos, y por otro, la antijuridicidad formal, como la afectación al orden jurídico⁹.

En consideración a que el artículo 376 del Código Penal sanciona con pena privativa de la libertad el comportamiento orientado al porte de sustancia estupefaciente, y que la misma Constitución Política de Colombia en su artículo 49 (al ser modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009) dispuso que el porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica¹⁰, queda

7 Diego Corredor. “De los delitos contra la salud pública”, en AA. VV. *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, volumen I, 3.^a ed., Jaime Bernal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 469.

8 Establece el artículo 16 constitucional: 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.

9 Carlos Jiménez. “La protección del medio ambiente a través de los delitos acumulativos en el Derecho penal colombiano”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 38, n.º 104, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 238.

10 En Sentencia C-574 de 2011 la Corte Constitucional aclara que prohibir no necesariamente se encuentra orientado a penalizar, por lo que dicha disposición constitucional no iría en contra del pre-

claro que dicha conducta se entiende contraria al orden jurídico¹¹. Sin embargo, resta verificar si efectivamente se comprometen los derechos de los demás, es decir, se afectan los bienes jurídicos penales, bien sea a título de lesión o de peligro; en otras palabras, que la conducta típica y formalmente antijurídica sea materialmente antijurídica.

Respecto a la afectación de bienes jurídicos, es necesario destacar que el artículo 376 del Código Penal, referido al delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, se encuentra ubicado en el Título XIII, de los delitos contra la salud pública, es decir que el bien jurídico a proteger con la penalización del comportamiento descrito en la norma anotada es la salud pública¹², entendida como una “serie de condiciones sanitarias, tanto químicas, como relativas a la organización y disposición del espacio, necesarias para la protección de la vida, salud e integridad física del ser humano [...]”¹³.

De la denominación del bien jurídico se extrae que es colectivo o macrosocial¹⁴, es decir, es un bien compartido por todos, necesario para la provechosa vida en común¹⁵. Sobre este particular, gran parte de la doctrina entiende que la única forma en la cual puede afectarse a los bienes jurídicos colectivos es por medio de los delitos de peligro¹⁶. Esta es una de las formas en que puede predicarse la antijuridicidad de un comportamiento, de acuerdo con el artículo 11 de nuestro Código Penal.

cedente de la Sentencia C-221 de 1994, mediante la cual se despenalizó el consumo de la dosis para uso personal.

- 11 Definido el orden jurídico como: “[...] una expresión genérica que se refiere al conjunto de normas que componen nuestro Estado de Derecho, este concepto es diferente al de orden legal, puesto que aceptar que la ley restrinja un derecho constitucional implica quitarle la superioridad jerárquica a la constitución y colocarla en el mismo plano de la ley”, en Gerardo Barbosa y Carlos Gómez. *Bien jurídico y derechos fundamentales. Sobre un concepto de bien jurídico para Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 49.
- 12 No obstante, la Corte Constitucional, en Sentencia C-420 de 2002, estableció que el narcotráfico afecta otros bienes jurídicos, como la seguridad pública y el orden económico y social. En igual sentido se dispuso que, para el caso colombiano, con la conducta descrita se vulneran la economía nacional, el orden público, el patrimonio económico, la vida y la integridad personal y hasta la seguridad estatal. En Diego Corredor. “De los delitos contra la salud pública”, en AA. VV. *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, volumen I, 3.ª ed., Jaime Bernal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 465.
- 13 Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 2017.
- 14 Hernán Hormazábal. *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1992, p. 154.
- 15 Bernd Schünemann. “La teoría de la protección del bien jurídico”, en AA. VV. *El orden jurídico-penal: entre normativa y realidad*, Wolfgang Schöne, Buenos Aires, Mave, 2009, p. 63.
- 16 Definido el peligro como acciones que poseen cierta capacidad peculiar para evolucionar hacia la lesión, es decir, cuentan con potencial lesivo. En Alejandro Kiss. “Delito de peligro abstracto y bien jurídico”, en AA. VV. *El orden jurídico-penal: entre normativa y realidad*, Wolfgang Schöne, Buenos Aires, Mave, 2009, p. 247.

La técnica legislativa aplicada en este tipo de delitos corresponde a la denominada por G. Jakobs¹⁷ como regulación centralizada, en contraposición a la regulación descentralizada de los delitos de lesión. En esta última (descentralizada), el legislador establece qué resultados desea evitar, de manera que el destinatario de la norma (el sujeto activo) es libre de elegir los comportamientos, los cuales serán sancionados si ocasionan el resultado censurado. Ejemplo de esto es el delito de homicidio, en el que la norma busca evitar las muertes de las personas ocasionadas por comportamientos humanos. La persona tiene que evitar causar el resultado; es indiferente si mata por el uso de arma blanca o de fuego, por el uso de veneno o de estrangulación, etc.

Por otro lado, en las regulaciones centralizadas el legislador dispone qué comportamientos (mas no resultados) estarán sujetos a reproche penal, de manera que lo importante es evitar la realización de una conducta en particular, indiferente si se causa o no un resultado material, ontológico, penalmente relevante, producto de esa conducta. Este es el caso del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, por medio del cual será típico el comportamiento de quien por lo menos porte, comercialice o trafique sustancia estupefaciente sin contar con el permiso de la autoridad competente, y es indiferente si el sujeto con dicha sustancia estupefaciente lesionó efectivamente el bien jurídico salud pública, es decir, alteró las condiciones sanitarias necesarias para proteger la salud de los seres humanos. Dicho de otro modo, no se requiere que a quien se le venda haya realmente consumido la sustancia o creado adicción como consecuencia del actuar típico del sujeto agente.

Es claro que, con este último tipo de regulación, resulta más fácil obtener una sentencia condenatoria, toda vez que el ente acusador no necesita verificar un resultado, sino solo la realización de una conducta. Así las cosas, los delitos de peligro (como el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes) van a ser criticados por su ilegitimidad, al dictar sanciones a comportamientos que no ocasionan atentados materiales contra bienes jurídicos, sino simplemente amenazas de lesión, lo que en últimas puede entenderse como la imposición de penas por la desobediencia a la norma. Con todo, no se puede prescindir de esta figura jurídica para tratar de imponer un orden justo, razón por la cual el Derecho penal debe imponer límites precisos para evitar que esta herramienta jurídica (delitos de peligro) permita el ejercicio desmesurado y arbitrario del poder punitivo, procurando que se sancionen únicamente amenazas ciertas y efectivas a los bienes jurídicos más importantes.

Para este efecto, la doctrina penal ha establecido diferenciar dos categorías de peligro: los peligros concretos y los peligros abstractos¹⁸. Es pertinente aclarar que,

17 Alejandro Kiss. "Delito de peligro abstracto y bien jurídico", en AA. VV. *El orden jurídico-penal: entre normativa y realidad*, Wolfgang Schöne, Buenos Aires, Mave, 2009, p. 249.

18 Sin embargo, en la doctrina existen categorías intermedias en María Gracia y Débora Ferrari. "Sociedad de riesgo: legitimación de los delitos de peligro hipotético", en AA. VV. *Actualidad Jurídica Online*,

en la descripción típica de los delitos de peligro, se relaciona siempre un peligro en abstracto, ya que resulta imposible que, con la descripción típica de los delitos de peligro, el legislador enuncie únicamente comportamientos que amenacen exclusiva y efectivamente al bien jurídico tutelado, toda vez que será siempre susceptible que se presenten “supuestos difíciles” (o zonas de penumbra de incertidumbre debatible)¹⁹, en los cuales, actuaciones que no ponen en peligro el bien jurídico protegido se subsumen en la conducta citada por la norma, por lo que se hace necesario que el juez verifique si en el caso concreto el comportamiento típico (y formalmente antijurídico) realizado representó un peligro efectivo para el bien jurídico²⁰. Esta verificación de atentado contra el bien jurídico, en modalidad de peligro, es una expresión del principio de antijuridicidad material, ya que evita la punición a comportamientos típicos pero inofensivos por vía de los delitos de peligro presunto (cuya afectación al bien jurídico se presume), otorgando la posibilidad de desvirtuar el indicio de antijuridicidad material que comporta la realización de los tipos de peligro abstracto²¹.

Por otro lado, la amenaza por un peligro abstracto es aquella en la cual el comportamiento se presume peligroso por un estudio realizado por el legislador, quien detectó aquellas conductas que con mayor grado de probabilidad se terminan traduciendo en lesiones a bienes jurídicos. Lo esencial de los delitos particulares de peligro no es en rigor la puesta en peligro, sino únicamente la pertenencia a un grupo peligroso²².

Resulta evidente la armonía entre la definición del delito de peligro abstracto y el concepto de bien jurídico de Binding²³, puesto que ambos dejan en el legislador la potestad de seleccionar conductas que se puedan castigar penalmente, por decir que lesionan un bien jurídico o decir que lo ponen en peligro, sin que el operador

número 144, Provincia de Córdoba, Editorial Nuevo Enfoque Jurídico, 2009, p. 80; Claus Roxin. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I: *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y Javier de Vicente (trad.), Madrid, Civitas, 1999, p. 411. Sin embargo, al considerar relevante para este trabajo determinar únicamente cuáles peligros deben ser penados (de peligro concreto) y cuáles no (peligro abstracto), consideramos innecesario ahondar en definiciones sobre los varios tipos de peligro no concretos existentes.

- 19 Respecto al “error formalista”, Hart, en “Positivism and the separation of law and morals”, citado por Alejandro Kiss. “Delito de peligro abstracto y bien jurídico”, en AA. VV. *El orden jurídico-penal entre normativa y realidad*, Wolfgang Schöne, Buenos Aires, Mave, 2009, p. 255.
- 20 Corte Suprema de Justicia en sentencia del 12 de octubre de 2006, rad. 25.465: “Delitos de peligro concreto o demostrable. En estos, es menester que se demuestre la efectiva ocurrencia del peligro para el bien jurídico protegido”.
- 21 Carlos Gómez. *El principio de la antijuridicidad material*, 5.ª edición, Bogotá, Giro, 2006, p. 262.
- 22 Binding citado por Alejandro Kiss. “Delito de peligro abstracto y bien jurídico”, en AA. VV. *El orden jurídico-penal entre normativa y realidad*, Wolfgang Schöne, Buenos Aires, Mave, 2009, p. 249.
- 23 “Para Binding, que es quien impuso realmente el concepto de ‘bien jurídico’, lo único determinante era la decisión del legislador de otorgar protección jurídica a un bien”, en Günter Stratenwerth. *Derecho penal. Parte general. I. El hecho punible*, 4.ª edición, Manuel Cancio y Marcelo Sancinetti (trad.), Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 65.

judicial tenga la necesidad de verificar si efectivamente el comportamiento típico se concretó en antijurídico, bien por lesión o por peligro. Dicha percepción resulta propia del modelo de Estado legalista, por lo cual, una definición de este tipo, de producción descriptiva, es incompatible con un modelo de Estado constitucional, de un constitucionalismo material²⁴, como lo es el Estado colombiano.

3. LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA ANTE EL PORTE DE ESTUPEFACIENTES

Sin perjuicio de lo anterior, resulta necesario recordar que Colombia no siempre fue un Estado constitucional propiamente dicho, puesto que antes de la Constitución de 1991 se evidenciaba un constitucionalismo formal, donde la ley (acto emitido por el Congreso) se encontraba por encima de las disposiciones constitucionales²⁵, razón por la cual la Corte Suprema de Justicia en decisión de 1982 dispuso que el tipo penal establecido en el artículo 38 del Estatuto Nacional de Estupefacientes de 1974 (Decreto 1188)²⁶ no exige en parte alguna que las conductas de transportar, llevar consigo, almacenar, conservar, elaborar, vender, ofrecer, adquirir, suministrar, introducir al país o sacar de él, constituyan un peligro para el bien tutelado, es decir, se presuma *juris et de jure*, que no admite prueba en contrario la antijuridicidad del comportamiento típico²⁷.

Este tipo de respuestas punitivas estatales van en contra de los planteamientos de un Derecho Penal liberal respetuoso de principios como el de lesividad, *ultima ratio*, carácter fragmentario e intervención mínima²⁸. En referencia al delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el cual busca castigar al sujeto que de cualquier forma participe en la cadena de producción y venta de sustancias estupefacientes, razón por la cual los verbos rectores del artículo 376 del Código Penal sancionan (respecto a sustancia estupefaciente): tanto a quien la elabore, asimismo a quien la almacene, a quien la conserve, a quien la transporte, al que la lleve consigo, a quien

24 Otto Bachof. *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Lima, Palestra, 2010, p. 59.

25 Gerardo Barbosa y Carlos Gómez. *Bien jurídico y derechos fundamentales. Sobre un concepto de bien jurídico para Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 38.

26 El artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 establece: El que sin permiso de la autoridad competente introduzca al país así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, suministre a cualquier título, marihuana, cocaína, morfina, heroína o cualquier otra sustancia que produzca de drogas o sustancias que producen dependencia física o síquica, incurrirá en presidio de tres a doce años y en multa de cinco mil a quinientos mil pesos. Si la cantidad de drogas o sustancias que el sujeto lleva consigo corresponde a una dosis personal, se impondrá arresto de un mes a dos años y multa de doscientos a mil pesos.

27 Corte Suprema de Justicia, Acta 72 de 1982.

28 Por otro lado, Silva Sánchez bajo el “principio de precaución” defiende la figura de sancionar peligros abstractos en casos complejos, en Jesús Silva. *La expansión del Derecho Penal*, 2.ª edición, Madrid, Civitas, 2001, p. 29.

la ofrece, la vende o la suministre, de igual manera al cliente quien la adquiere, a quien financie este tipo de actividades, y a quien la saque del país o la ingrese a este.

Como se vio, en primera instancia se castigaba la conducta descrita en el tipo penal sin importar su afectación al bien jurídico; con posterioridad, la Corte Suprema de Justicia, pero esta vez con la entrada en vigencia no solo de la Constitución de 1991 sino del Código Penal del 2000 (Ley 599), emitió decisiones, a partir del año 2005, en las cuales se deja ver que se flexibilizan de alguna forma los límites impuestos por el legislador en lo referente al gramaje permitido de droga²⁹.

Resulta entonces que para la Corte Suprema de Justicia (en el 2005, y de esta forma hasta casi una década después) el consumo personal de la sustancia estupefaciente era la única exigente de responsabilidad en sede de antijuridicidad material, para quien fuere encontrado con cantidades que en poco superan los parámetros establecidos por el legislador respecto de la dosis para uso personal.

Es decir que quien lleve consigo sustancia estupefaciente en cantidades que en muy poco superen lo establecido para la dosis de uso personal, con finalidad distinta a su consumo, será considerado una amenaza para el bien jurídico tutelado, así no tenga como propósito su venta, oferta, tráfico o distribución (conductas que sí ponen en peligro efectivo el bien jurídico de la salud pública). Igualmente, si un consumidor es sorprendido con cantidades muy superiores a las permitidas (para su propio consumo), será sujeto de represión penal, haciéndose merecedor de la pena dispuesta en el artículo 376 del Código Penal³⁰.

Este tipo de presunciones de antijuridicidad material (que no en pocos casos llevan a la declaración de responsabilidad penal) desarticulan la teoría del delito, toda vez que se opta por exigir únicamente la realización de una conducta típica y formalmente antijurídica para dictar una sentencia condenatoria, exonerando al juez de una verdadera verificación de antijuridicidad material, razón por la cual no se comparte la

29 Así lo manifestó la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 18609, agosto 8 de 2005: “[...] el guarismo de 0,24 gramos resulta incuestionablemente insignificante en la *mare magnum* del tráfico de estupefacientes y por tanto inane en el campo de la antijuridicidad material, 1,24 gramos en poder del consumidor, resulta igualmente intrascendente en el marco de la antijuridicidad, empero, 1,24 gramos en poder de quien la elabora con fines de traficar, o de quien la ofrece, vende, lleva consigo, almacene o conserve sin ser consumidor, puede tener relevancia, menor pero de todas maneras suficiente para un mínimo punitivo”.

30 En sentencia 35978 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (M. P. Fernando Castro Caballero, de agosto 17 de 2011) afirmó: “[...] la presunción que opera sobre la puesta en riesgo de bienes jurídicos como la salud pública, el orden económico y social, entre otros intereses, cuando alguien es sorprendido en poder de droga en una cantidad importante, la cual es definida por el legislador en el artículo 376, pues si es ostensiblemente superior a lo definido como dosis personal, no es posible concluir que esté destinada al consumo, sino a cualquiera de las conductas consideradas lesivas y por tanto, objeto de sanción penal”.

idea de denominar a unos delitos como “delitos de peligro concreto” y a otros como “delitos de peligro abstracto”, entendiéndolos a los primeros como los que el tipo penal convierte en requisito de la punibilidad la puesta en peligro del bien jurídico y los segundos aquellos en donde el tipo penal no menciona en lo absoluto al bien jurídico, siendo este solamente el motivo de creación del precepto penal³¹. No se compare porque la diferencia no se encuentra en el tipo de delito, dado que en ambos, como se dijo, el peligro se encuentra enunciado en abstracto³², sino en las competencias del juez luego de subsumir la conducta desplegada por el autor en la descripción típica.

En consecuencia, si este es un juez en un Estado legalista, siguiendo el “credo jurídico”³³, impondrá la sanción correspondiente, luego de verificar únicamente que la conducta del sujeto activo se encuadra en el comportamiento enunciado del tipo penal, puesto que su extrema reverencia a los enunciados legislativos le imposibilita dictar decisión diferente; castiga el juez, entonces, comportamientos de peligro abstracto. Por otro lado, al juez de un Estado constitucional material le será exigible adecuarse a los principios de legitimidad de las sanciones penales (exclusiva protección de bienes jurídicos); por tanto, respetar el principio de antijuridicidad material, debiendo entonces comprobar la verdadera y efectiva puesta en peligro del bien jurídico, en cada caso concreto, sancionando en este sentido conductas de peligro concreto.

En una lenta pero acertada orientación hacia el juez del Estado constitucional (como pregona ser el Estado colombiano), la Corte Suprema de Justicia ha ido comprendiendo que es diferente un consumidor a un traficante de estupefacientes; el primero es indiferente para el Derecho Penal, y solo el segundo es sujeto merecedor de reproche³⁴. Así lo dispuso expresamente en el 2014³⁵ cuando manifestó que en los eventos en que se sorprenda a alguien con una cantidad de sustancia estupefaciente superior a la establecida para la dosis de uso personal se presumirá, *iuris tantum* (presunción que puede desvirtuarse), que esta conducta afecta al bien jurídico salud pública, sin importar en qué cantidades exceda el límite establecido por la Ley 30 de 1986.

A pesar que la presunción de lesividad del porte de sustancia estupefaciente (en cantidades superiores a la dosis para uso personal) ya no era *iuris et de iuris*, sino *iuris tantum*, todavía persistía una presunción de culpabilidad, lo que constituye una

31 Claus Roxin. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I: *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y Javier de Vicente (trad.), Madrid, Civitas, 1999, p. 60.

32 Al igual que en los delitos de lesión, puesto que no se debe sancionar una conducta por cumplir únicamente con la tipicidad, sino que debe verificarse su antijuridicidad material.

33 Otto Bachof. *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985, p. 23.

34 Corte Suprema de Justicia, sentencias con rad. 42617-2014, rad. 41760-2016, rad. 43512-2016, rad. 43725-2017.

35 Corte Suprema de Justicia, sentencia radicación 42617 de 2014.

contradicción a uno de los pilares del Derecho Penal: la presunción de inocencia³⁶, puesto que la carga de demostrar la responsabilidad del penal le corresponde siempre al ente acusador. Sin embargo, voces se levantan a favor de la carga dinámica de la prueba³⁷ en materia penal³⁸, pues una vez que la acusación ha aportado pruebas de cargo, el acusado tendría la carga de practicar las pruebas relativas a los hechos que le sean favorables³⁹.

No obstante, para que el concepto de carga dinámica de la prueba proceda en el sistema penal colombiano, la prueba de cargo debe ser la necesaria para acreditar la existencia del delito y la participación del acusado⁴⁰. Es decir, no es suficiente con que la Fiscalía pruebe cualquier hecho, sino aquellos que de manera cierta den cuenta de la ocurrencia de la conducta punible (esto es, de acuerdo al artículo noveno del Código Penal, que sea no solo típica, sino antijurídica y además culpable). En el caso del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes se requiere que el Estado, por medio de la Fiscalía, demuestre más que el solo porte de la sustancia (tipicidad), ya que esta circunstancia aislada da lugar a equívocos respecto de si existe o no potencialidad de atentar contra la salud pública por parte del indiciado, imputado o acusado, y toda duda debe ser resuelta a favor del procesado⁴¹, por lo que debe probar la antijuridicidad (sobre todo la antijuridicidad material, entendida como la real afectación, bien sea en grado de lesión o de peligro, del bien jurídico tutelado) y la culpabilidad.

Solo hasta el 11 de julio de 2017 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 44997 dispuso dar validez a los postulados de presunción de inocencia en procesos por tráfico, fabricación o porte de estupefacientes respecto a la cantidad de sustancia, pregonando que la carga de la prueba siempre está en cabeza del Estado; que la cantidad de la sustancia no es el factor determinante para la consumación del delito, toda vez que solo la tenencia de altas cantidades de droga, por sí sola no representa una amenaza para el bien jurídico; y

36 El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia establece que toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable.

37 Concepto del derecho privado que sostiene que quien debe probar un hecho es quien se encuentre en condiciones más favorables –técnicas, profesionales o fácticas– de suministrar la prueba, con absoluta independencia de su posición en el proceso y de la naturaleza de los hechos que aleguen, en Jorge Peyrano e Inés Lepori. *Cargas probatorias dinámicas dentro del Ateneo de Estudios de Proceso Civil*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2008, p. 22.

38 A pesar de que de manera categórica el artículo 7 de la Ley 906 de 2004 dispone que en *ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria*.

39 Mercedes Fernández. *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid, Iustel, 2005, p. 356.

40 José Urbano. *La nueva estructura probatoria del proceso penal*, 2.ª edición, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2013, p. 128.

41 Constituye principio rector y garantía del proceso penal el *in dubio pro reo*, de acuerdo al artículo séptimo del Código de Procedimiento Penal colombiano (Ley 906 de 2004).

presenta un elemento subjetivo “implícito” en el tipo penal, relacionado con la intención de distribución o tráfico del estupefaciente, puesto que un concepto de dosis para uso personal, limitado por el gramaje de la sustancia, desconoce las diversas formas para las cuales se porta, como el abastecimiento y las dosis compartidas, e igualmente excluye a los diferentes tipos de consumidores: recreativos, primerizos, adictos, con alto o bajo grado de dependencia o de tolerancia.

Lo anterior se traduce en que, desde que se empezó a penalizar el porte de estupefacientes en Colombia, a partir del primer Estatuto Nacional de Estupefacientes de 1973, hasta el 2017, con la Sentencia 44997, se aplicaba el poder punitivo, desconociendo los postulados sustanciales (antijuridicidad material) y procesales (presunción de inocencia). Lo cual constituye un largo (más de 40 años) y tortuoso (imposición de penas ilegítimas al desconocer los postulados más básicos del Derecho Penal) recorrido hasta el momento en que, por más que se desee combatir el flagelo de la droga en Colombia, en este momento debe hacerse con respeto de las garantías individuales, como un reconocimiento del Estado liberal, de derecho y de un constitucionalismo material.

4. ELEMENTOS TÍPICOS IMPLÍCITOS EN EL DELITO DE TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

Sin perjuicio de lo alcanzado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 44.997 de 2017, en cuanto a reconocimiento de derechos fundamentales, como límites legítimos al poder punitivo estatal en materia de represión penal respecto al porte (llevar consigo) de estupefacientes, llama la atención que se hace referencia al descubrimiento de un “elemento subjetivo implícito”, referido a la intención de distribución o tráfico de la sustancia estupefaciente.

Sobre el particular, queda claro que la intención de la Corte Suprema de Justicia, con la declaración de este “elemento subjetivo implícito” del tipo penal del artículo 376 del Código Penal colombiano en la modalidad de llevar consigo (como verbo rector), es la de anticipar (en sede de atipicidad subjetiva) la despenalización de comportamientos que subjetivamente no se encuentren encaminados a la distribución o tráfico del estupefaciente. Situación que ha resultado además efectiva, ya que, a partir de este pronunciamiento, varias sentencias posteriores de la misma corporación se han apoyado en este “elemento subjetivo implícito” para declarar la ausencia de responsabilidad penal en casos adelantados por el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Ejemplo de esto es la Sentencia 54041 el 20 de noviembre de 2019 emitida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se revoca la condena por el tipo penal del artículo 376 del Código Penal, emitida en primera y confirmada en segunda instancia en contra de un habitante de calle quien, al notar la presencia

policial, arrojó al piso una bolsa plástica, en cuyo interior se hallaron 40 papeletas, equivalentes a 5,7 gramos de base de coca. En esta oportunidad la Corte Suprema de Justicia reprocha el razonamiento equívoco del Tribunal Superior de Villavicencio de trasladar al enjuiciado “la carga de demostrar su ausencia de responsabilidad penal, producto de asumir que llevar consigo estupefacientes, se erige por sí mismo, en delictuoso, *desconociendo la exigencia subjetiva necesaria para reputar típica la conducta*” (cursiva fuera de texto).

Asimismo, en Sentencia 56574 del 29 de enero de 2020, la misma corporación revoca la sentencia condenatoria de segunda instancia, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, a quien se le encuentra llevando consigo en una bolsa plástica transparente contentiva de 29,6 gramos de cocaína distribuidos en 47 envolturas de papel. Para resolver este caso, la Corte hace referencia a que “el porte de estupefacientes *requiere de un ingrediente subjetivo adicional al dolo*” (cursiva fuera de texto), además que “la actividad probatoria tampoco da cuenta, más allá de toda duda razonable, de que el porte de estupefacientes ejecutado por [...] tuviera como *propósito el tráfico o distribución*” (cursiva fuera de texto), y por último destaca que “no se demostró, más allá de duda razonable, que su *finalidad fuere la distribución, expendio o tráfico de las sustancias que llevaba consigo*” (cursiva fuera de texto).

En estas providencias, así como en muchas otras, no solo de la Corte Suprema de Justicia, sino también de los jueces (penales y promiscuos) del circuito, de igual manera de diferentes tribunales superiores de distritos judiciales, se destaca que cuando se hace referencia al delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en particular a la modalidad establecida en el verbo rector “lleve consigo” del artículo 376 del Código Penal, es indispensable reconocer que esa conducta requiere la verificación de un ingrediente especial subjetivo implícito referido a la intención, propósito o ánimo de distribuir o traficar con el estupefaciente, para poder predicar de dicha conducta la tipicidad.

Lo anterior hace referencia a que el órgano judicial ha “descubierto” un elemento subjetivo en la tipicidad, diferente al dolo, en el punible del artículo 376 del estatuto penal colombiano. Los cuales, de acuerdo al profesor Fernando Velásquez, se clasifican en los elementos especiales subjetivos (propósito o intención) y los elementos de ánimo o de la actitud⁴², en los que, por ser elementos del tipo penal subjetivo, la falta de estos ánimos o propósitos desembocan en la falta de tipicidad subjetiva y por ende en la atipicidad del comportamiento.

Sin embargo, siendo un elemento de la tipicidad, este no debe ser de origen jurisprudencial, toda vez que el principio de legalidad de los delitos y las penas está

42 Fernando Velásquez. *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017, pp. 395-396.

vinculado de forma estrecha con los principios democráticos y tiene anclaje en la teoría de la división de los poderes⁴³; así se remedia la arbitrariedad judicial, toda vez que mediante la reserva legal la definición de las conductas punibles corresponde al Legislador, y no a los jueces ni a la Administración, con lo cual se busca que la imposición de penas derive de criterios generales establecidos por los representantes del pueblo, y no de la voluntad individual y de la apreciación personal de los jueces o del poder ejecutivo⁴⁴.

Ya en el año 1764 Cesare Beccaria en su obra maestra dispuso que

en todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondráse (sic) como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre⁴⁵.

Se trata de un axioma desarrollado por Paul Johann Anselm von Feuerbach cuando en su *Tratado de Derecho Penal* resaltó:

I) Toda imposición de pena presupone una ley penal (*nulla poena sine lege*). Por ende, sólo la conminación del mal por la ley es lo que fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de una pena. II) La imposición de una pena está condicionada a la existencia de la acción conminada (*nulla poena sine crimine*). Por ende, es mediante la ley como se vincula la pena al hecho, como presupuesto jurídicamente necesario. III) El hecho legalmente conminado (el presupuesto legal) está condicionado por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Consecuentemente, el mal, como consecuencia jurídica necesaria, se vinculará mediante la ley a una lesión jurídica determinada⁴⁶.

El principio de legalidad se ha sustentado desde los inicios del Derecho Penal del Estado liberal, que es al legislador a quien se le encomienda la exclusiva facultad de crear los contenidos normativos referidos a los comportamientos merecedores de sanción penal. Sobre este particular, el ordenamiento jurídico colombiano no es desconocedor⁴⁷, toda vez que el artículo décimo del Código Penal, referido a la

43 Fernando Velásquez. *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017, p. 76.

44 Corte Constitucional. Sentencia C-599 de 1999.

45 Cesare Beccaria. *De los delitos y de las penas*, Juan Antonio de las Casas (trad.), Madrid, Alianza, 2002, p. 36.

46 Paul Feuerbach. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer (trad.), Buenos Aires, Hammurabi, 1989, p. 63.

47 El artículo 93 de la Constitución Política de Colombia establece que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su

tipicidad, que además se erige como una norma rectora del sistema penal, dispone que “*la ley penal* definirá de manera inequívoca, *expresa* y clara las características básicas estructurales del tipo penal” (cursiva fuera de texto).

En este sentido, la Corte Constitucional, en Sentencia C-285 de 2005, señaló que en virtud del principio de legalidad en sentido estricto, o de tipicidad penal, la descripción de las conductas punibles y el señalamiento de las penas deben ser *exactos e inequívocos*, y no ambiguos, de modo que la labor del juez se limite a establecer si una determinada conducta se adecúa o no al tipo penal, para deducir o no las consecuencias contempladas en este (cursiva fuera de texto).

También definido por la doctrina especializada, el principio de legalidad se materializa mediante los postulados de *lex praveia, scripta, stricta et certa*⁴⁸. Haciendo particular énfasis en que la ley penal debe ser escrita (*scripta*), tiene que ver con la atribución exclusiva al legislador de crear delitos y penas; implica que estos estén expresamente consagrados en una ley en sentido formal, es decir, estén positivizados⁴⁹.

No implica lo anterior que el juez deba recurrir a la exégesis para realizar la tarea de subsunción normativa (tipicidad), ya que incluso los jueces de los Estados con un constitucionalismo material deben amparar sus decisiones en la ley penal, aplicando para este fin la dogmática. La cual como ciencia toma su nombre del dogma de la ley, esto es, de su objeto fijo de estudio, pues solo a partir del Derecho positivo se puede construir la teoría del delito⁵⁰, y se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho Penal⁵¹.

Por lo dicho, debe entonces el operador judicial remitirse a la norma jurídica positiva, extraer de ella sus elementos, y al amparo de la dogmática jurídico penal le corresponde verificar el contenido del Derecho Penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo penal de otro, dónde acaba el comportamiento impune. Hace posible, por consi-

limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. El principio de legalidad en materia punitiva se encuentra en el artículo 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

48 Winfried Hassemer. *Fundamentos del Derecho Penal*, Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero (trad.), Barcelona, Bosch, 1984, p. 313.

49 Néstor Posada. “Limitantes al ejercicio del poder punitivo”, en AA. VV., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos*, Diego Araque, Medellín, Universidad de Medellín, 2011, p. 173.

50 Carlos Gómez. *La dogmática jurídica como ciencia del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 38.

51 Claus Roxin. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y Javier de Vicente (trad.), Madrid, Civitas, 1999, p. 192.

guiente, al señalar los límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, así como sustraerlo a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación⁵².

En principio toda norma jurídica penal emitida por el legislativo debe ser clara, precisa, exhaustiva y excluyente, de suerte que solo ella determine la manera punible y lo haga completa, insustituible y procesalmente practicable⁵³. Bajo este supuesto el juez debe aplicar la ley penal únicamente cuando los hechos puestos a su consideración y examen presentan las características del enunciado normativo que la ley asocia a una pena como consecuencia jurídica⁵⁴, pero no debe olvidarse que toda ley, por virtud de la imperfección humana, es susceptible de tener lagunas y estas deben obtener una respuesta por parte de los jueces, quienes no pueden omitir administrar justicia, supliéndose la laguna con “auxilio de la ciencia”⁵⁵, razón por la cual la dogmática penal asume tan notoria importancia en la práctica judicial.

Ante una reformulación del positivismo y de la teoría de la norma, hoy por hoy el juez no es la boca de la ley, como en vigencia del Estado legalista promulgó Montesquieu, sino que pasa a ser el cerebro del derecho que construye la regla jurídica que permite la realización de la justicia material en el caso concreto sometido a su conocimiento, empleando no solamente la parte especial del código, sino también la parte general, los principios generales del derecho y el orden jurídico en general como un entramado normativo pleno de sentido y valoración presidido por la carta política⁵⁶. Situación que no faculta al juez para que promulgue, cual legislador, los elementos de la tipicidad, como si expidiera ley de la República modificando el enunciado normativo.

Esto precisamente fue lo que hizo la Corte Suprema de Justicia cuando expresó que el tipo penal del artículo 376 del Código Penal establece de manera implícita un elemento especial subjetivo, entendido como el propósito o el ánimo de traficar o distribuir la sustancia estupefaciente, otorgándose de esta forma competencias que el ordenamiento jurídico no le ha concedido. Más todavía si se tiene en cuenta que esta arbitrariedad judicial no resuelve ningún problema que en sede de antijuridicidad material no se pueda sortear.

52 Enrique Gimbernat. “¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?”, en AA. VV., *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª edición, Madrid, Tecnos, 1990, p. 158.

53 Juan Fernández. *Principios y normas rectoras del Derecho Penal*, 2.ª edición, Bogotá, Leyer, 1999, p. 147.

54 Paul Feuerbach. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer (trad.), Buenos Aires, Hammurabi, 1989, p. 97.

55 Carlos Gómez. *La dogmática jurídica como ciencia del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 47.

56 Carlos Gómez. “Lección 10 Teoría de la norma”, en AA. VV., *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 3.ª edición, Jaime Bernal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 197-221.

Entonces, si se prescinde del novedoso “elemento subjetivo implícito”, el comportamiento sería típico. Sin embargo, en el estudio referido a la real afectación al bien jurídico (antijuridicidad material), en aplicación consecuente del artículo 11 del Código Penal como norma rectora del sistema penal, llegaríamos a la conclusión que el llevar consigo sustancia estupefaciente, con fines diferentes a su distribución, es una conducta que carece de potencialidad para afectar la salud pública como bien jurídico protegido por el tipo penal en comento, lo que resultaría igualmente en la declaratoria de ausencia de responsabilidad penal.

Siendo esta propuesta respetuosa de la teoría de división de poderes (el legislativo promulga la ley y el judicial, empleando la dogmática, la aplica), garantiza que los jueces realicen el ejercicio de ponderación respecto a si existe o no una verdadera afectación del bien jurídico con el comportamiento típico.

5. APLICACIÓN RETROACTIVA DEL PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL

Desde la entrada en vigencia del Código Penal colombiano (hace más de veinte años) se han condenado de manera ilegítima a gran número de personas por cuenta del artículo 376 del Código Penal, referido al tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, bajo el verbo rector “llevar consigo”, sin que se haya realizado una verdadera investigación por parte de la Fiscalía General de la Nación orientada a formular una acusación que demuestre que el sujeto señalado de portar la sustancia estupefaciente lo haya hecho con fines de tráfico o distribución. Es decir, sin verificar la real afectación de la salud pública con el comportamiento típico desplegado.

Esta situación lleva a que muchas personas cumplan pena de prisión actualmente por cuenta del artículo 376 del Código Penal, sea por sentencias emitidas bajo un régimen judicial diferente, en el que para emitir condena era solo necesario probar que el sujeto agente se encontraba en posesión de sustancia estupefaciente en cantidad superior al límite establecido por la Ley 30 de 1986; o que no lograra demostrar su situación de adicto al estupefaciente por el cual se encontraba inculpado de portar; o que por la cantidad de droga no se le permitiera ejercer defensa alguna, ya que al ser muy superior al gramaje permitido se presumía *iure et de iure* la antijuridicidad del comportamiento.

No obstante, en virtud del principio de favorabilidad reseñado en los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano⁵⁷, de igual manera por la Cons-

57 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 15, numeral 1); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 16).

titución Política de Colombia en el artículo 29^[58], se permitiría que, ante hechos ocurridos con anterioridad a la decisión de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 44997 del 2017, se pueda obtener la declaratoria de absolución a quien es señalado de portar estupefaciente, sin que se le haya demostrado en debida forma, por parte del ente acusador, la antijuridicidad material de su comportamiento, toda vez que se permite la aplicación retroactiva de la jurisprudencia favorable por medio de la *acción de revisión*⁵⁹.

En el caso de las sentencias condenatorias, luego del término para interponer los recursos ordinarios, estas son en principio inmutables, vinculantes y definitivas, con ocasión de la institución jurídico-procesal de la cosa juzgada, lo que termina de manera definitiva las controversias para así alcanzar y preservar un estado de seguridad jurídica⁶⁰. Estas providencias, mientras se encuentren vigentes las penas en ellas impuestas por el juez con función de conocimiento, son de competencia del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

Son estos jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad la autoridad facultada, de acuerdo con el numeral séptimo del artículo 38 del estatuto procesal colombiano, para conocer de la aplicación del principio de favorabilidad, cuando debido a una ley posterior hubiere lugar a reducción, modificación, sustitución, suspensión o extinción de la sanción penal. Por otro lado, la jurisprudencia ha aclarado que, sobre este particular, las competencias de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad se circunscriben únicamente a modificaciones legislativas que comporten un tratamiento favorable del sentenciado. Mientras que el cambio de criterio jurisprudencial de la Corte sobre un aspecto que resulta beneficioso al condenado debe ventilarse por vía de la acción de revisión⁶¹.

En este sentido, el artículo 192 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) establece que la *acción de revisión* es procedente cuando, mediante pronunciamiento judicial, la Corte varíe de alguna manera favorable, o simplemente cambie totalmente una situación de condena por una de absolución⁶². Resulta procedente porque el fundamento de la condena es entendido con posterioridad en forma diferente, al punto

58 El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia dispone en el inciso tercero: “En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

59 Así lo dispuso la Corte Suprema de Justicia en auto dentro del radicado 8800 del 14 de octubre de 1993.

60 Corte Constitucional. Sentencia C-100 de 2019.

61 Corte Suprema de Justicia. Sentencia radicado 47442 de 2017.

62 Corte Suprema de Justicia. Sentencia radicado 16015 de 2002.

que por hechos similares subsistan fallos discordantes, de los cuales se desprende una clara situación de injusticia⁶³.

Al ser la sentencia de julio 11 de 2017 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, del proceso 44997 donde funge como magistrada ponente la doctora Patricia Salazar, un pronunciamiento que la misma corporación ha reiterado para encontrar la ausencia de responsabilidad penal en quien se le condenó solamente con el porte de la sustancia, se entiende que este es suficiente para sobre él impetrar la acción de revisión ante la autoridad judicial correspondiente.

El conocimiento de esta acción depende de la autoridad que emitió la sentencia objeto de la acción de revisión. Si la providencia fue emitida por juez municipal, del circuito, o del circuito especializado, el conocimiento de la acción de revisión se encuentra en cabeza de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito correspondiente. Sin embargo, si la sentencia objeto de la acción fue emitida en única o segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito, le corresponde el conocimiento a la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal⁶⁴.

Luego de presentada la acción de revisión por el representante de la Fiscalía, el Ministerio Público, el defensor y demás intervinientes, siempre que ostenten interés jurídico y hayan sido legalmente reconocidos dentro de la actuación materia de revisión⁶⁵, y cumplirse el trámite del artículo 195 del estatuto procesal penal colombiano, al encontrar fundada la causal que se invocó, se dictará la sentencia correspondiente y dejará sin valor la sentencia inicial⁶⁶. Esto, en consideración a que la causal impetrada (pronunciamiento judicial favorable) permite que la autoridad que ejerce el conocimiento de la acción de revisión evidencia que, con lo probado en la sentencia accionada y el nuevo pronunciamiento, se pueda extraer la ausencia de responsabilidad del condenado, sin necesidad de remitirla a un juzgado de la misma categoría y lugar de aquel en que se decidió el proceso, como aplica para las causales 1, 3, 4, 5 y 6.

Con esto se daría validez al valor justicia de las providencias judiciales, sobre todo cuando estas representan una limitación ilegítima a los derechos fundamentales. Si bien la causal del cambio de criterio mediante pronunciamiento judicial que hace procedente la acción de revisión permite franquear la estabilidad jurídica de un fallo en firme para remediar una injusticia, de que una persona resulte condenada con fundamento en una tesis jurisprudencial adoptada en un determinado momento, que

63 Corte Suprema de Justicia. Sentencia radicado 7959 de 1996.

64 Corte Suprema de Justicia. Sentencia radicado 47692 de 2016.

65 De acuerdo al artículo 193 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004).

66 Gilberto Martínez. *Procedimiento penal colombiano sistema acusatorio*, 13.ª edición, Bogotá, Temis, 2006, p. 468.

después deja de aplicarse por el cambio de criterio de los jueces que al más alto nivel de la administración de justicia están encargados de interpretar la ley⁶⁷, es necesario resaltar, como se ha hecho a lo largo del presente trabajo, que lo único novedoso que trae consigo la Sentencia 44997 del 11 julio de 2017 es el “reconocimiento de un elemento subjetivo implícito en el tipo penal”, la consecuencia jurídica de fondo no proviene de ninguna novedad, sino por el contrario de la correcta y debida aplicación de los elementos sustanciales de la teoría del delito, con el reconocimiento de la antijuridicidad material como un límite legítimo al poder punitivo estatal.

CONCLUSIONES

En el ordenamiento jurídico colombiano, como una forma para prevenir la delincuencia, particularmente los atentados contra la salud pública, se sancionó en un principio el porte de sustancia estupefaciente, penalizando tanto al que con ella trafica como a quien la consume (situación que lesiona el derecho al libre desarrollo de la personalidad y estigmatiza al consumidor, al equipararlo a un delincuente). Sin embargo, el pasar de los años ha permitido una evolución respecto a la reacción jurídica frente al porte de estupefacientes, llegando al punto en que en la actualidad la Corte Suprema de Justicia creó dentro del tipo penal del artículo 376 del Código Penal un “elemento subjetivo implícito”, lo que lleva a que, para poder predicar la tipicidad del comportamiento, el sujeto activo, en el momento de llevar consigo la sustancia estupefaciente, lo haga con el ánimo o propósito de traficarla o distribuirla.

No obstante, queda en evidencia cómo el judicial, violentando el principio de legalidad, crea elementos subjetivos de la tipicidad, para declarar la ausencia de responsabilidad penal, cuando por la vía del examen de antijuridicidad material se arriba a la misma conclusión.

Ahora, desde el punto de vista procesal, se puede recurrir a la acción de revisión para remediar la injusticia de casos de quienes fueron condenados con interpretaciones desconocedoras de los fundamentos de la teoría del delito imperante en Colombia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bachof, Otto. *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Lima, Palestra, 2010.

Bachof, Otto. *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985, p. 23.

67 Corte Suprema de Justicia. Sentencia 9252 de 1995.

Barbosa, Gerardo y Gómez, Carlos. *Bien jurídico y derechos fundamentales. Sobre un concepto de bien jurídico para Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

Baum, Dan. “Legalize It All - How to win the war on drugs”, *Harper’s Magazine*, 2016. <https://harpers.org/archive/2016/04/legalize-it-all/> [visitado en 20/03/2019].

Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Juan Antonio de las Casas (trad.), Madrid, Alianza, 2002.

Corredor, Diego. “De los delitos contra la salud pública”, en AA. VV., *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, volumen I, 3.ª ed., Jaime Bernal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 437-478.

Fernández, Juan. *Principios y normas rectoras del Derecho Penal*, 2.ª ed., Bogotá, Leyer, 1999.

Fernández, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid, Iustel, 2005.

Feuerbach, Paul. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer (trad.), Buenos Aires, Hammurabi, 1989.

Gimbernat, Enrique. “¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?”, en AA. VV., *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1990, pp. 140-163.

Gómez, Carlos. “Lección 10: Teoría de la norma”, en AA. VV., *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 3.ª ed., Jaime Bernal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 197-221.

Gómez, Carlos. *El principio de la antijuridicidad material*, 5.ª ed., Bogotá, Giro, 2006.
Gómez, Carlos. *La dogmática jurídica como ciencia del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

Gracia, María y Ferrari, Débora. “Sociedad de riesgo: legitimación de los delitos de peligro hipotético”, en AA. VV., *Actualidad Jurídica Online*, n.º 144, Provincia de Córdoba, Editorial Nuevo Enfoque Jurídico, 2009, pp. 77-90.

Hassemer, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*, Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero (trad.), Barcelona, Bosch, 1984.

Hormazábal, Hernán. *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1992.

Jiménez, Carlos. “La protección del medio ambiente a través de los delitos acumulativos en el Derecho penal colombiano”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 38, n.º 104, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 201-242.

Kiss, Alejandro. “Delito de peligro abstracto y bien jurídico”, en AA. VV., *El orden jurídico-penal: entre normativa y realidad*, Wolfgang Schöne, Buenos Aires, Mave, 2009, pp. 240-265.

Martínez, Gilberto. *Procedimiento penal colombiano: sistema acusatorio*, 13.^a ed., Bogotá, Temis, 2006.

Peyrano, Jorge y Lepori, Inés. *Cargas probatorias: dinámicas dentro del Ateneo de Estudios de Proceso Civil*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2008.

Posada, Néstor. “Limitantes al ejercicio del poder punitivo”, en AA. VV., *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos*, Diego Araque, Medellín, Universidad de Medellín, 2011, pp. 123-205.

Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y Javier de Vicente (trad.), Madrid, Civitas, 1999.

Sauloy, Mylene y Le Bonnac, Yves. *¿A quién beneficia la cocaína?*, Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1995.

Schunemann, Bernd. “La teoría de la protección del bien jurídico”, en AA. VV., *El orden jurídico-penal: entre normativa y realidad*, Wolfgang Schöne, Buenos Aires, Mave, 2009, pp. 51-75.

Silva, Jesús. *La expansión del Derecho Penal*, 2.^a ed., Madrid, Civitas, 2001.

Stratenwerth, Günter. *Derecho penal. Parte general. I. El hecho punible*, 4.^a ed., Manuel Cancio y Marcelo Sancinetti (trad.), Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

Urbano, José. *La nueva estructura probatoria del proceso penal*, 2.^a ed., Bogotá, Nueva Jurídica, 2013.

Velásquez, Fernando. *Fundamentos de Derecho Penal. Parte general*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017.

Referencias legales y jurisprudenciales

Congreso de la República de Colombia. Acto Legislativo 02 de 2009. Por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política. *Diario Oficial*, diciembre 21 de 2009, n.º 47570.

Congreso de la República de Colombia. Ley 17 de 1973. Por la cual se dictan normas que reprimen conductas relacionadas con drogas o sustancias que producen dependencia física o síquica. *Diario Oficial*, noviembre 21 de 1973, n.º 33980.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1453 de 2011. Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. *Diario Oficial*, junio 24 de 2011, n.º 48110.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1787 de 2016. Por medio de la cual se reglamenta el Acto Legislativo 02 de 2009. *Diario Oficial*, julio 6 de 2016, n.º 49926.

Congreso de la República de Colombia. Ley 27 de 1977. Por la cual se fija la mayoría de edad a los 18 años. *Diario Oficial*, octubre 26 de 1977, n.º 34902.

Congreso de la República de Colombia. Ley 30 de 1986. Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, enero 31 de 1986, n.º 37335.

Congreso de la República de Colombia. Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. *Diario Oficial*, julio 24 de 2000, n.º 44097.

Congreso de la República de Colombia. Ley 890 de 2004. Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal. *Diario Oficial*, julio 7 de 2004, n.º 45602.

Congreso de la República de Colombia. Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. *Diario Oficial*, agosto 31 de 2004, n.º 45658.

Constitución Política de Colombia. Julio 7 de 1991.

Convención Americana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica. Noviembre del 7 al 22 de 1969.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-221 de 1994. (M. P.: Carlos Gaviria Díaz. Mayo 5 de 1994).

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-599 de 1999. (M. P. Alejandro Martínez. Agosto 4 de 1999).

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-420 de 2002. (M. P.: Jaime Córdoba. Mayo 28 de 2002).

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-616 de 2002. (M. P.: Manuel Cepeda. Agosto 6 de 2002).

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-285 de 2005. (M. P.: Jorge Palacio. Mayo 13 de 2005).

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-574 de 2011. (M. P.: Juan Henao. Julio 22 de 2011).

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-491 de 2012. (M. P.: Luís Vargas. Junio 28 de 2012).

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-225 de 2017. (M. P.: Alejandro Linares. Abril 20 de 2017).

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-100 de 2019. (M. P.: Alberto Rojas Ríos. Marzo 6 de 2019).

Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. Acta 72 de 1982. (M. P.: Luis Romero. Septiembre 21 de 1982).

Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. Proceso 9252. (M. P.: Édgar Saavedra Rojas. Octubre 18 de 1995).

Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. Proceso 7959. (M. P.: Carlos Mejía y Nelson Pinilla. Febrero 29 de 1996).

Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. Proceso 16015. (M. P.: Carlos Mejía Escobar. Septiembre 30 de 2002).

Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. Proceso 18609. (M. P.: Hernán Galán. Agosto 8 de 2005).

Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. Proceso 25465. (M. P.: Marina Pulido. Octubre 12 de 2006).

Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. Proceso 35978. (M. P.: Fernando Castro. Agosto 17 de 2011).

Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. Proceso 42617. (M. P.: Gustavo Malo. Noviembre 12 de 2014).

Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. Sala de Casación Penal. Proceso 41760. (M. P.: Patricia Salazar Cuellar. Marzo 16 de 2016).

Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. Sala de Casación Penal. Proceso 47692. (M. P.: Eugenio Fernández. Marzo 9 de 2016).

Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. Sala de Casación Penal. Proceso 43512. (M. P.: Eugenio Fernández. Abril 6 de 2016).

Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. Sala de Casación Penal. Proceso: 47442. (M. P.: Luis Hernández Barbosa. Febrero 17 de 2017).

Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. Sala de Casación Penal. Proceso: 43725. (M. P.: Eugenio Fernández. Marzo 15 de 2017).

Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. Sala de Casación Penal. Proceso 44997. (M. P.: Patricia Salazar. Julio 11 de 2017).

Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. Proceso 54041. (M. P.: Jaime Moreno. Noviembre 20 de 2019).

Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. Proceso 56574. (M. P.: Patricia Salazar. Enero 29 de 2020).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1188 de 1974 [con fuerza de ley]. Por el cual se expide el Estatuto Nacional de Estupefacientes. *Diario Oficial*, junio 25 de 1974, n.º 34116.