

## **Sentencia C-033/97**

**COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Porte** injustificado de instrumentos y sustancias

Referencia: Expediente D-1383

Norma acusada: Artículos 7º y 8º de la Ley 228 de 1995.

Actor: Julian Andrés Fernández.

Magistrado Ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ  
CABALLERO.

Santa Fe de Bogotá, treinta (30) de enero de mil novecientos noventa y siete (1997).

La Corte Constitucional de la República de Colombia, integrada por su Presidente Carlos Gaviria Díaz, y por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa

### **EN NOMBRE DEL PUEBLO**

**Y**

### **POR MANDATO DE LA CONSTITUCION**

Ha pronunciado la siguiente

### **SENTENCIA**

#### **I. ANTECEDENTES**

El ciudadano Julian Andrés Fernandez presenta demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 7º y 8º de la Ley 228 de 1995, la cual fue radicada con el número D-1383. Cumplidos, como están, los trámites

previstos en la Constitución y en el Decreto No. 2067 de 1991, procede la Corte a decidir el asunto por medio de esta sentencia.

## II. DEL TEXTO LEGAL OBJETO DE REVISIÓN.

“El tenor literal de las disposiciones demandadas es el siguiente:

### **LEY 228 DE 1995**

(...)

**ARTICULO 7. POSESIÓN INJUSTIFICADA DE INSTRUMENTOS PARA ATENTAR CONTRA LA PROPIEDAD.** *El que en lugar público o abierto al público y de manera injustificada porte llaves maestras o ganzúas, incurrirá en pena de arresto de seis (6) a dieciocho (18) meses, siempre que la conducta no constituya hecho punible sancionado con pena mayor.”*

**ARTICULO 8. PORTE DE SUSTANCIAS.** *El que en lugar público o abierto al público y sin justificación porte escopolamina o cualquier otra sustancia semejante que sirva para colocar en estado de indefensión a las personas, incurrirá en el arresto de seis (6) a dieciocho (18) meses, salvo que la conducta constituya hecho punible sancionado con pena mayor.*

## III. LA DEMANDA.

El actor considera que las normas demandadas violan los artículos 2, 5, 6, 29 y 93 de la Constitución . Según su criterio, la Constitución consagra un derecho penal de acto y no de autor, por lo cual la culpabilidad es un presupuesto para que se pueda sancionar a alguien. Así, según el actor:

*La culpabilidad dentro del Estado Social de Derecho, aparece como un desarrollo filosófico del derecho penal de acto (artículo 29 de la C. P.) y como una prohibición de la responsabilidad objetiva, conlleva a la consagración de un riguroso sistema de responsabilidad subjetiva, pero no una responsabilidad subjetiva en grado absoluto o ética en sentido voluntarista, sino una responsabilidad subjetiva fundada y determinada por una relación jurídica concreta que es lesionada de manera efectiva, es decir de un sistema de culpabilidad por el hecho y no por el autor.*

***El fundamento de la punición es, en todo caso, la realización voluntaria del injusto penal tipificado. La culpabilidad es el límite dentro del cual se imputa penalmente la realización.***

Lo anterior, según el demandante, se liga a la necesidad de que el derecho penal únicamente sancione conductas que efectivamente vulneren o pongan en peligro real bienes jurídicos esenciales, esto es, que sean materialmente antijurídicas, lo cual constituye un límite a la potestad punitiva del Legislador, ya que como el derecho penal es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y la dignidad de los ciudadanos, sólo debe acudir a ella como remedio

extremo, como *ultima ratio*. Por ello, señala el actor, no se pueden sancionar las conductas que no afecten "un bien jurídico, pues un derecho penal garantista no puede penalizar los pensamientos ni las ideas". Señala entonces al respecto:

*El derecho penal no busca sancionar los pensamientos o deseos internos. El fin de derecho penal no es moralizador, sino de evitar el mal social (impidiendo ciertos daños a bienes jurídicos determinados, para esa manera garantizar la paz social).*

*Uno de los fines del derecho penal es la garantía de los bienes jurídicos de las personas, logrando la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (art. 2º de la C.P.) para de esa manera lograr la paz colectiva (art. 22 de la C.P. y 95 numeral 6).*

*El derecho penal no puede penalizar pensamientos o ideas, que por muy "desestabilizadoras" o macabras que puedan parecer, pues no logran afectar en ningún nivel de agresión los bienes jurídicos protegidos y considerados necesarios para la sociedad.*

Ahora bien, según el criterio del actor, los artículos demandados desconocen el derecho penal de acto y desbordan el principio de necesidad pues las conductas penalizadas no pueden denotar ni siquiera una potencial lesividad. Así, según su criterio:

*De la estructura de los tipos penales demandados podemos concluir que no garantizan en debida forma el derecho penal del acto, ni mucho menos posibilitan una discusión sobre la lesión al bien jurídico, la conformación normativa de los mismos es totalmente desconocedora de los derechos fundamentales.*

*La característica normativa principal (como elemento del tipo) de los tipos demandados es la definición legal de: "el que porte", lo que significa llevar consigo. Portar implica una relación de posesión material de determinados elementos, quizá sin ningún fin lesivo a bien jurídico determinado.*

*El derecho penal no puede en ningún momento entrar a penalizar el solo portar, pues si aceptamos que dentro de la estructura del derecho penal de acto, toda acción del individuo esta motivada con referencia a fines y para la responsabilidad penal debe tener la intención real, materializada en el mundo objetivo, de desconocer el orden jurídico.*

*(....)*

*La redacción en el título de este tipo, nos penaliza la posesión injustificada de instrumentos para atentar, contra la propiedad y el desarrollo de la norma nos habla "del que porte".*

*Dentro de la perspectiva de la lesión a un bien jurídico, ni poseer, ni portar, instrumentos, llaves o ganzúas para atentar contra la propiedad, implican una lesión efectiva al bien jurídico, ni siquiera acarrea el grado mas bajo de ejecutoriedad del injusto en el atentado de lesión al bien, cual es la tentativa. (Artículo 22 del Código Penal).*

*El solo hecho de portar o de poseer instrumentos (llaves maestras o ganzúas) no colocan en peligro material lo protegido como necesario, todo lo anterior dentro de una concepción garantista del bien jurídico y ni siquiera implica el comienzo en la ejecución de actos idóneos (considerados de manera material, objetiva o real) para la lesión al bien jurídico.*

#### **IV. INTERVENCIÓN DE AUTORIDADES PÚBLICAS**

El ciudadano Alvaro Namén Vargas, en representación del Ministerio de Justicia y del Derecho, interviene en el proceso y simplemente se remite a su intervención en el proceso D-1374, en el cual defendió la constitucionalidad de las disposiciones acusadas.

#### **V. INTERVENCIÓN CIUDADANA.**

Los ciudadanos Manuel Barreto y Gustavo Gallón, integrantes de la Comisión Colombiana de Juristas, intervienen en el proceso y solicitan a la Corte que declare la inexecutable total del artículo 7º Ley 228 de 1995 y la inexecutable parcial del artículo 8º de esa misma ley.

Los intervinientes comienzan por presentar los principios que consideran deben ser tomados en cuenta en el control de la constitucionalidad de un tipo penal. Dicen al respecto:

*El juicio sobre la constitucionalidad de una norma contentiva de un delito tiene que ver entonces con la ponderación de tres elementos que están en juego: el bien jurídico o derecho protegido frente a amenazas o violencias; la naturaleza o grado de la amenaza o deterioro de aquel, y la jerarquía que tenga en el orden jurídico el derecho constitucional que es restringido como consecuencia de la imposición de una pena, la libertad.*

*En la ponderación de estos elementos habrá que tener en cuenta que en la medida en que el derecho que se busca salvaguardar tenga mayor relevancia en el régimen constitucional vigente mayor será -a la luz del mismo texto de la Carta- la justificación de su protección penal.*

*En este mismo sentido, entre más grave sea el peligro que implique para el derecho protegido la conducta amenazante; o entre más notorio sea el daño que cause al derecho la conducta sancionada, será más justificada la protección penal del derecho.*

*Por otra parte, el poder punitivo del Estado tendrá más amplios alcances y el Estado podrá intervenir más a fondo en el control penal de los comportamientos sociales si en el régimen constitucional vigente la libertad tiene poca trascendencia y, por el contrario las razones de Estado, el orden público y la seguridad tienen un lugar preponderante.*

Precisados esos elementos generales, los intervinientes entran al análisis concreto del artículo 7º, para lo cual precisan que, según su parecer "la propiedad no parece estar dentro del círculo de los valores y derechos más claramente fundantes del nuevo orden constitucional, tales como dignidad humana, vida, justicia, igualdad y libertad." Además, agregan los intervinientes, las conductas sancionadas -como el simple porte de llaves maestras y ganzúas- no constituye una real amenaza para bienes patrimoniales, por lo cual concluyen que la norma es desproporcionada. Dicen entonces al respecto:

*No teniendo la propiedad un significado central en el orden constitucional vigente y tratándose de un conducta que apenas alcanza a entenderse como amenazante de dicho bien jurídico, no parece justificable la creación del delito en estudio.*

(...)

*Una ponderación de la libertad en su hondo significado constitucional frente a esta exigua amenaza a la propiedad, se inclina en favor de la primera, lo cual conduce a hallar injustificada la creación del hecho punible en estudio. No resulta consecuente con el nuevo orden constitucional garantista de la libertad continuar en esta ocasión la escala de intervencionismo penal que se ha dado en los últimos años, y que se ha presentado no sólo en Colombia sino en toda América Latina. Tampoco resulta defendible perseverar en los senderos de una desmesurada punición de la delincuencia económica convencional, mientras no se protegen penalmente los intereses colectivos o se da un tratamiento benigno a las conductas que los afectan notablemente.*

De otro lado, los intervinientes consideran que ese tipo penal también viola la Carta, por falta de tipicidad, ya que la expresión "llaves maestras o ganzúas" es muy ambigua. Según los ciudadanos, si bien "existen instrumentos especialmente diseñados para abrir cerraduras sin recurrir a la llave correspondiente, también es cierto que múltiples utensilios pueden ser usados con el mismo fin", con lo cual no queda claramente definida la conducta punible. Esa situación, agregan, "podría dar lugar a que las autoridades judiciales al decidir, y las autoridades de policía en sus procedimientos ordinarios, consideren como delito conductas por completo irrelevantes para el derecho penal." Esta ambigüedad en la descripción típica aumenta, al parecer de los intervinientes, "como consecuencia del nombre que se le ha dado al nuevo delito, y que encabeza el texto de este artículo: "Posesión injustificada de instrumentos para atentar contra la propiedad". Muchos instrumentos pueden ser aptos para hacer algún daño a la propiedad."

En relación con el artículo 8º, los ciudadanos consideran que se justifica la sanción del porte injustificado de escopolamina, pues se trata de "una sustancia especialmente potente para afectar la conciencia de una persona y que su uso, por fuera de las escasas aplicaciones médicas, es nocivo para las personas". Además, los intervinientes agregan que no se trata de aquellas sustancias que en dosis pequeñas pueden ser consideradas de uso personal, y que por ello resultan irrelevantes para el derecho penal, pues la capacidad de la escopolamina de "provocar efectos nocivos en el organismo humano hace que su uso generalmente se dirija contra otra persona. Por ello se pueda afirmar que su porte traspasa los límites de una conducta subjetiva que no tiene ninguna proyección en el mundo exterior, como afirma de manera equivocada el demandante." Concluyen entonces al respecto:

*Por su especial potencial nocivo puede afirmarse que su porte, por fuera de las causales de justificación relativas al ejercicio legítimo de la actividad médica, amenaza bienes jurídicos relevantes en el ordenamiento constitucional colombiano como el derecho a la vida, la libertad, el derecho a la autodeterminación y al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia y de pensamiento, el derecho a la salud física y emocional y el derecho a la integridad personal -en la medida en que esta sustancia permite a quienes la administran disponer inclusive del cuerpo de la persona afectada.*

Por el contrario, los intervinientes solicitan la exequibilidad de la parte "o cualquier otra sustancia que sirva para colocar en estado de indefensión a las personas", pues consideran que se trata de una expresión ambigua, que viola la estricta legalidad de los delitos, ya que muchas sustancias -como el alcohol- pueden ser usadas para poner en estado de indefensión a una persona. Consideran entonces que se trata de un tipo en blanco, esto es "un delito que puede ser llenado por múltiples conductas que, como en el caso del porte de licores al que se ha hecho mención, no pueden dar lugar a la configuración de un hecho punible en el derecho penal contemporáneo."

## **V. DEL CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.**

En su concepto de rigor, el Procurador General de la Nación, Luis Eduardo Montoya Medina (E) solicita la inexecutable de las normas acusadas, pues considera que se está desconociendo el principio de culpabilidad ya que se criminalizan "estados peligrosos", y no conductas culpables, con lo cual se consagra una responsabilidad objetiva. Además, señala el Procurador, los artículos acusados penalizan conductas que "en sí mismas son ineptas para irrogar lesión a alguno de los bienes jurídicos tutelados por las normas", pues la tenencia "de efectos idóneos para causar un daño no es indicativa de la presencia conjunta de una voluntad inequívocamente dirigida a inferir injuria a los bienes de otro." Concluye entonces el Ministerio Público:

*De hecho, la vocación nociva de la conducta sólo hace parte de un amplio espectro de posibilidades, dentro del cual la utilización de la cosa con*

*finés contrarios a derecho por parte del tenedor, resulta sometida a las reglas del cálculo de probabilidad. Por lo mismo, como igualmente acontece con el porte de drogas alucinógenas o de armas -indiscutiblemente diseñadas para inferir lesión-, no es posible, a la luz de los basamentos del ordenamiento jurídico punitivo colombiano, en especial en cuanto exige la antijuricidad como elemento configurativo del hecho punible, fundar la responsabilidad de las personas sobre la eventualidad de que cometan un hecho ilícito.*

*De modo que el porte de sustancias sicotrópicas que sirvan para poner en estado de indefensión a las personas, así como de llaves maestras o ganzúas, sólo puede ser penado en tanto se constituya en medio para la realización de otro hecho punible, tal como se encuentra regulado por el régimen punitivo actual.*

## **VI. FUNDAMENTO JURÍDICO**

### **Competencia.**

1- Conforme al artículo 241 ordinal 4° de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad de los artículos 7° y 8° de la Ley 228 de 1995, ya que se trata de la demanda de un ciudadano dos artículos que hacen parte de una ley.

### **Cosa juzgada**

2- La presente demanda fue admitida el 15 de julio de 1996. Posteriormente, el doce de septiembre de 1996, esta Corporación se pronunció sobre la constitucionalidad de las normas impugnadas. En efecto, la sentencia C-430 de 1996, MP Carlos Gaviria Díaz, declaró inexecutable el artículo 7° de la Ley 228 de 1995, mientras que el artículo 8° de esa misma ley fue declarado executable en forma condicionada, bajo el entendido de que la expresión "o cualquier otra sustancia que sirva para colocar en estado de indefensión a las personas", se refiere a aquellas sustancias que producen los mismos efectos de la escopolamina y no se utilizan como medicamentos ni como estupefacientes. En el presente caso ha operado entonces la cosa juzgada constitucional (CP art. 243), por lo cual la Corte se estará a lo resuelto en la precitada sentencia.

## **VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### **RESUELVE**

Estaré a lo resuelto en la sentencia C-430 de 1996, que declaró INEXECUTABLE el artículo 7° de la Ley 228 de 1995 y EXECUTABLE el artículo 8° de esa misma ley, bajo el entendido de que la expresión "o cualquier otra

sustancia que sirva para colocar en estado de indefensión a las personas", se refiere a aquellas sustancias que producen los mismos efectos de la escopolamina y no se utilizan como medicamentos ni como estupefacientes.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

CARLOS GAVIRIA DÍAZ  
Presidente

JORGE ARANGO MEJÍA  
CARBONELL  
Magistrado

ANTONIO BARRERA  
Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ  
Magistrado

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ  
GALINDO  
Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA  
CABALLERO  
Magistrado

ALEJANDRO MARTÍNEZ  
Magistrado

FABIO MORÓN DÍAZ  
Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA  
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO



Secretaria General