



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

EYDER PATIÑO CABRERA
Magistrado ponente

SP3064-2021
Radicación n.º 58870
(Aprobado acta n.º 181)

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil veintiuno (2021).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de casación -en lo que corresponde con el cargo admitido- promovido por el defensor de **JOSÉ STEVEN GÓMEZ SÁNCHEZ** contra la sentencia dictada el 17 de marzo de 2020 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó la de carácter condenatorio emitida por el Juzgado 49 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la ciudad y declaró penalmente responsable al acusado del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en concurso con el de cohecho por dar u ofrecer.

HECHOS

La Fiscalía acusó a **JOSÉ STEVEN GÓMEZ SÁNCHEZ** porque el 6 de agosto de 2017, aproximadamente a las 10:20 a.m., cuando agentes de la Policía Nacional realizaban un patrullaje en la calle 55 Sur # 80J-53 de la capital del país, lo observaron en un andén y, tras solicitarle un registro, le hallaron en el bolsillo derecho del pantalón una bolsa de color negro y en su interior 45 envolturas de papel cuadriculado, contentivas de una sustancia pulverulenta, cuyo peso neto se determinó, con posterioridad, en 7.9 gramos y dio positivo para cocaína y sus derivados.

En dicho instante, **GÓMEZ SÁNCHEZ** ofreció a los uniformados \$30.000 para que omitieran su judicialización, no obstante, procedieron a darle captura.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. En audiencia preliminar llevada a cabo al día siguiente -7 agosto de 2017-, ante el Juzgado 67 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, se impartió legalidad a la aprehensión de **JOSÉ STEVEN GÓMEZ SÁNCHEZ** y la Fiscalía le formuló imputación como presunto autor del concurso punible heterogéneo de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y cohecho por dar u ofrecer (artículos 376 -inciso segundo- y 407 del Código

Penal). El Juez dispuso su libertad, ante el retiro de la solicitud de imposición de medida de aseguramiento¹.

2. En iguales términos se radicó el escrito de acusación -31 de octubre de esa anualidad², el cual se repartió al Juzgado 49 Penal del Circuito de conocimiento de Bogotá, que programó su verbalización para el 3 de abril de 2018³.

3. El aludido despacho presidió la audiencia preparatoria -14 de junio de 2018⁴ y el juicio oral, último que inició el 14 de febrero de 2019⁵ y finalizó el 12 de febrero de 2020⁶, cuando se anunció sentido de fallo y se corrió el traslado del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

4. En la sentencia, que se dictó ese día, la Juez condenó a **JOSÉ STEVEN GÓMEZ SÁNCHEZ**, por los delitos endilgados, a 70 meses de prisión, multa de tres salarios mínimos legales mensuales vigentes (s.m.l.m.v.) y 80 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria⁷.

5. Dicha providencia, al ser apelada por la defensa, fue confirmada el 17 de marzo de 2020 por el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial⁸.

¹ Acta en folio 9 de la carpeta.

² Folios 10 y 11 *Id.*

³ Acta en folios 15 y 16 *Id.*

⁴ Acta en folios 20 a 22 *Id.*

⁵ Acta en folio 37 *Id.*

⁶ Acta en folios 73 y 74 *Id.*

⁷ Folios 60 a 71 *Id.*

⁸ Folios 9 a 22 del cuaderno del Tribunal.

6. El mismo profesional interpuso y sustentó recurso de casación.

7. La Sala, por auto del 14 de abril de 2021, CSJ AP1284-2021, inadmitió el segundo cargo y admitió el primero.

8. Tras no presentarse insistencia frente a la inicial determinación, la Secretaría corrió el traslado dispuesto para la sustentación y correspondiente refutación por escrito, acorde con lo previsto por la Sala en el Acuerdo 020 del 29 de abril de 2020 -en razón de la emergencia sanitaria decretada en el territorio nacional a causa del COVID-19-.

LA DEMANDA

El jurista denuncia al *ad quem* por violar directamente la ley sustancial, debido a la interpretación errónea del artículo 376 del Código Penal, lo que lo condujo a dejar de aplicar los preceptos 6, 9 y 10 *ibidem* y 7 de la Ley 906 de 2004.

Asegura que los juzgadores presumieron de derecho la antijuridicidad material de la conducta, en tanto consideraron que no se demostró que **JOSÉ STEVEN GÓMEZ SÁNCHEZ** tuviera la sustancia estupefaciente para su uso personal y la cantidad incautada es casi ocho veces la dosis mínima permitida. Tales razonamientos riñen con la tesis de

la Corte, consignada en la sentencia del 11 de julio de 2017, radicado 44997.

Asegura que dicha inferencia también la extrajeron del hecho según el cual el incriminado ofreció dinero al policía captor para continuar con su actividad y evitar su judicialización, aspecto que se relaciona más con el *«elemento subjetivo del tipo»*.

La carga de la prueba -refiere- se halla en cabeza de la Fiscalía y el procesado no debe demostrar nada. Aquí el ente acusador omitió tal obligación y, por ende, no se estableció la real lesión del bien jurídico.

Solicita a la Corte casar la sentencia y emitir otra en su reemplazo en la que absuelva a su representado del delito contra la salud pública.

SUSTENTACIÓN Y REFUTACIONES

1. El defensor se remitió a su escrito inicial e insistió en que la magistratura recayó en violación directa por interpretación errónea, en la medida en que el ente persecutor no demostró que el estupefaciente incautado a **JOSÉ STEVEN GÓMEZ SÁNCHEZ** tuviera como destino la distribución o comercialización.

2. El Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal (E), después de citar jurisprudencia de la Sala, adujo que para la estructuración del delito no basta con constatar

el porte de la sustancia, así sea superior a la dosis mínima, sino la finalidad, en tanto se sanciona su tráfico, no el consumo, lo que la Fiscalía no probó.

Manifestó que el Tribunal dedujo esa situación por: *i*) el lugar en donde fue capturado el procesado, esto es, cerca de sitios de consumo; *ii*) el ofrecimiento de dinero a los policiales, y *iii*) la cantidad incautada. Sin embargo, no indicó la regla de experiencia aplicada, simplemente acotó que 7.9 gramos de cocaína no era una cantidad razonable de aprovisionamiento y, esas circunstancias, consideradas aisladamente y en conjunto, no dan la convicción necesaria para condenar, en tanto bien pueden obedecer a hechos fortuitos.

Aseguró que la insuficiencia probatoria del ente acusador y el falso raciocinio en el que recayeron los juzgadores condujo a una mala interpretación del artículo 376 del Código Penal.

Solicitó que se declare la prosperidad del cargo y, por consiguiente, se case el fallo recurrido para, en su lugar, absolver a **GÓMEZ SÁNCHEZ** por el delito contra la salud pública y proceder a redosificar las penas derivadas del reato de cohecho.

3. La Fiscal Segunda Delegada ante la Corte consideró que el cargo debe prosperar y la Sala, oficiosamente, ha de readecuar la sanción por el punible que subsiste. Así lo explicó:

Acorde con la evolución jurisprudencial en torno al fenómeno del narcotráfico (cita sentencias con radicados 50512 y 51294, de 2018 y 2019, respectivamente), para la configuración del punible, cuando se trata del verbo rector *«llevar consigo»*, se requiere un elemento subjetivo remitido a la venta o distribución del estupefaciente. La conducta aislada de llevar consigo es atípica.

Pese a las falencias en la postulación de la censura, la afirmación allí contenida, según la cual los sentenciados incurrieron en violación directa de la ley sustancial por errónea interpretación del artículo 376 del Código Penal, coincide con la realidad.

Las inferencias del Tribunal, para extraer la comercialización del estupefaciente, no son plausibles porque admiten otras variables, como que el acusado acababa de comprar para su propio consumo las 45 papeletas, pues justamente fue encontrado en el sector conocido como de expendio de estupefacientes; y el ofrecimiento de los \$30.000 al uniformado que lo capturó pudo obedecer a la naturaleza coercitiva de la actuación policial y a *«lo inédito que le podía resultar, más aún cuando sabía que portaba sustancias estupefacientes y aunque probablemente estaban destinadas a su propio consumo, esa sola conducta objetiva podía convertirlo en traficante de aquéllas, como en efecto ocurrió»*. Lo anterior, al margen de la real configuración del delito de cohecho.

La colegiatura llamó la atención a la defensa porque no demostró que el implicado era consumidor, pero pasó por alto que corresponde a la Fiscalía probar el supuesto de la norma y, en esta ocasión, la labor que en ese sentido desplegó fue insuficiente.

CONSIDERACIONES

El asunto sometido a discusión

1. La Corte no se detendrá en las eventuales falencias en que pudo incurrir el jurista al postular el cargo, pues ellas fueron superadas al momento de admitirlo. Por consiguiente, resolverá sobre el fondo del asunto propuesto, que se contrae a cuestionar la sentencia de segunda instancia en lo que atañe con la condena por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

2. El demandante pretende que la Corte case el fallo y absuelva a **JOSÉ STEVEN GÓMEZ SÁNCHEZ** bajo el argumento que el Tribunal violó en forma directa la ley sustancial, por interpretación errónea del artículo 376 del Código Penal, lo que lo llevó a dejar de aplicar los preceptos 6, 9 y 10 *ibidem* y 7 de la Ley 906 de 2004.

El jurista no discute que el acusado llevara consigo 45 envolturas de una sustancia que terminó siendo cocaína con un peso de 7.9. gramos, pero ataca a la judicatura porque presumió la antijuridicidad material de la conducta con apoyo en que: no se demostró que el implicado la portara

para su uso personal, la cantidad incautada es casi ocho veces la dosis mínima permitida y ofreció dinero al policía captor para continuar con su actividad y evitar su judicialización, al paso que la Fiscalía, que tiene la carga de la prueba, no demostró la real lesión del bien jurídico.

3. Antes de examinar si le asiste o no razón al impugnante en su pretensión, se debe empezar por recordar que, en casos como el presente, la vía que la Corporación ha adoptado para solucionar el asunto es la de la tipicidad, no la de la antijuridicidad, como lo esgrimió el letrado.

De manera, pues, que iniciará por revisar su jurisprudencia, en torno a los elementos del tipo penal previsto en el artículo 376 del estatuto sustantivo y las exigencias para predicar la tipicidad de la conducta allí descrita.

El delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

4. La Sala ha afianzado una línea jurisprudencial según la cual lo determinante para la punición del porte de estupefacientes es su destinación. De allí que si el propósito del individuo que lleva consigo la sustancia, es el simple consumo para sí mismo, así la cantidad sea superior a la legalmente establecida como dosis personal, su actuar no puede ser sancionado por el derecho penal.

Expresado de otra manera, lo trascendental en estos casos es definir el ánimo del agente, esto es, si el narcótico es para cubrir su adicción o para ser distribuido, vendido o comercializado, en la medida en que solo en estos últimos eventos la conducta será típica.

En ese orden, es imperioso que se verifique con detenimiento si el procesado, que fue sorprendido con droga, tenía el designio -ingrediente de carácter intencional distinto al dolo- de su autoabastecimiento como consumidor, o, por el contrario, lo buscado era su comercialización, venta o distribución. La demostración de ello es carga exclusiva de la Fiscalía General de la Nación, no del implicado.

Bien vale la pena acotar, como se indicó al principio de la providencia, que inicialmente la Corte resolvía estos asuntos en sede de antijuridicidad, pero, luego de examinar detenidamente el tema a la luz de los postulados superiores, lo hace ahora en el terreno de la tipicidad.

Dicho avance jurisprudencial fue así detallado en la sentencia CSJ SP732-2018, rad. 46848:

Partiendo del discurso constitucional sobre el ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad general de acción -expresado en el libre desarrollo de la personalidad (art. 16)-, articulado con la función de protección de bienes jurídicos asignada al derecho penal, la jurisprudencia penal (cfr. CSJ SP 15 sep. 2004, rad. 21.064 y CSJ SP 17 ago. 2011, rad. 35.978, entre otras) abordó inicialmente la problemática de la punibilidad del porte de estupefacientes para consumo personal, cuando se superaba en mínimas cantidades el tope legal establecido para dosis personal, para dar una respuesta desde la perspectiva de la antijuridicidad material (CSJ SP 8 jul. 2009, rad. 31.531).

En esa línea de pensamiento, a la luz del art. 11 del C.P., la necesidad de punición decae, por ausencia de lesividad, cuando la conducta resulta inidónea para afectar la salud pública, en tanto bien jurídico colectivo. Si el comportamiento no trasciende la órbita personal del sujeto activo, habrá de estimarse carente de dañosidad social y, por consiguiente, no puede predicarse su antijuridicidad.⁹

Sin embargo, a la luz del art. 49 inc. 6º y 7º de la Constitución -modificado por el Acto Legislativo N° 02 de 2009-, desde la óptica del tipo de injusto, se produjo una evolución jurisprudencial en la comprensión del asunto. Hoy en día, es criterio consolidado, lo trascendental para justificar la punición del porte de estupefacientes es su destinación, más allá de criterios cuantitativos que inicialmente hicieron parte de la definición del concepto de dosis personal. Así, independiente de la cantidad (art. 2º de la Ley 30 de 1986), si el propósito específico del sujeto activo es el de portar o tener drogas para su propio consumo, su comportamiento deviene atípico, máxime si se trata de una persona en estado de adicción. Empero, si la intención concreta va más allá de la órbita personal del consumidor -al margen de que sea adicto o no-, y el porte va unido a la intención de comercializar, traficar, suministrar o distribuir los narcóticos, el comportamiento se torna punible por interferir en derechos individuales y colectivos que conforman el bien jurídico supraindividual salud pública.

Parecería paradójico que, en sede de tipicidad, tuviera lugar un análisis atinente al menoscabo del bien jurídico, por ser aquél un examen que, en línea de principio, es característico de la antijuridicidad. Empero, cimentándose el injusto típico en el desvalor de resultado y, por ende, en el principio de lesividad, para nada contradictorio se ofrece que la afectación del interés jurídico protegido por la norma funcione como un criterio de interpretación anticipado en el proceso de adecuación típica, máxime que, en la temática concernida, el propósito del porte de tales sustancias es determinante para valorar la relevancia penal de esa conducta.

Tal constelación es una muestra de que el proceso de adecuación típica comporta una doble valoración: el juicio de correspondencia comparativa (homogeneidad) entre la conducta y el tipo, más un juicio adicional de verificación sobre la idoneidad de esa conducta típica para afectar el bien jurídico tutelado por la norma¹⁰. Hay circunstancias de atribución al tipo que, de entrada, hacen decaer la afirmación de la punibilidad, como la insignificancia de la conducta o su adecuación social. Si un comportamiento es socialmente adecuado, sin más, ha de

⁹ [cita inserta en texto trascrito] Dicha postura, desde la perspectiva dogmática, fue modificada por la Sala para adoptar la solución de ausencia de responsabilidad por *atipicidad* de la conducta. Cfr. CSJ SP 6 abr. 2016, rad. 43.512.

¹⁰ [cita inserta en texto trascrito] FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien Jurídico y Sistema del Delito*. Montevideo: B de f, 2004, p. 160.

entenderse atípico¹¹. Por ejemplo, si el consumo de estupefacientes no puede ser sancionado, por ser manifestación de la libertad general de acción, el porte de drogas destinado para el propio consumo mal podría estimarse tipificado en la ley penal.

En esa dirección, la Sala expresó (CSJ SP3605-2017, rad. 43.725):

Y tras destacar que con anterioridad la Corporación, cuando se superaba la cantidad establecida como de uso personal, había resuelto los asuntos en sede de antijuridicidad en relación con el daño potencial o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos como la salud pública, la seguridad pública y el orden económico y social (CSJ SP, 3 sep. 2014, rad. 33409; CSJ SP, 12 nov. 2014, rad. 42617, entre otros), se puntualizó que ahora tales eventos han de ser desarrollados dogmáticamente en los terrenos de la tipicidad, porque con la modificación hecha a través del Acto Legislativo 02 de 2009, el ánimo de ingesta de las sustancias se constituye en ingrediente subjetivo o finalidad del tipo, de ahí que el porte de una cantidad de droga compatible exclusivamente con ese propósito de consumo ha de considerarse como una conducta atípica.

Así, se concluyó que:

...En otras palabras, como el querer del constituyente fue no penalizar la dosis personal, desde allí se autoriza o permite el porte de droga destinada para el consumo.

Si la cantidad de dosis personal puede constituir ilícito cuando no está destinada para el uso personal, mutatis mutandi, cuando es palpable esa finalidad no debe entenderse comprendida dentro de la descripción del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes sin que dependa de la cantidad de la droga que les sea hallada.

[...]

Entonces, la atipicidad de la conducta para los consumidores o adictos dependerá de la finalidad cierta (no supuesta o fingida) de su consumo personal, lo que puede desvirtuarse en cada caso según las circunstancias modales, temporales o espaciales, como cuando la cantidad supera exageradamente la requerida por el consumidor, adicto o enfermo, o la intención es sacarla o introducirla al país, transportarla, llevarla consigo, almacenarla, conservarla, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla, financiarla, suministrarlala o portarla con ánimo diverso al consumo personal.

En la misma línea, la Corte ha clarificado que incluso tratándose de consumidores o adictos siempre se debe analizar si

¹¹ [cita inserta en texto trascrito] Cfr. *ibidem*, pp. 162-170.

la finalidad de la posesión o tenencia del alcaloide era para su consumo personal, porque puede suceder que la cantidad supere exageradamente la requerida por el consumidor, o la intención sea sacarla o introducirla al país, transportarla, llevarla consigo, almacenarla, conservarla, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla, financiarla, suministrarla o portarla con ánimo diverso al consumo personal, casos en los cuales la conducta del consumidor, concurrente con esas otras finalidades, lo convierte en un infractor penal.

En posterior decisión, luego de repasar históricamente el recorrido jurisprudencial en el tratamiento del tema tanto en la jurisprudencia constitucional como especializada, la Sala concretó la evolución dogmática del asunto, para determinar que el referente más adecuado para analizar la problemática penal del consumo personal de drogas y del porte destinado a ese simple propósito, es el de la tipicidad objetiva, en la identificación de un ingrediente subjetivo del tipo. [se citó la CSJ SP9916-2017, rad. 44.997]

(...)

Y ese dolo específico, valga destacar -no obstante tratarse del análisis de un cargo por la vía de la violación directa de la ley sustancial-, ha de ser acreditado por la Fiscalía, como quiera que la demostración de los hechos o circunstancias atinentes al ánimo del porte de los estupefacientes, como componentes de los ingredientes subjetivos relativos al tráfico o distribución de las sustancias, incumbe siempre al acusador, quien tiene la carga de probar toda la estructura de la conducta punible.

5. No hay duda, entonces, que corresponde al órgano de persecución penal acreditar que el propósito del porte es el tráfico, la distribución o venta de la sustancia y que el solo hecho de que se superen los topes legales de dosis personal no puede conllevar a invertir la carga de la prueba. Así lo precisó la Corte en la sentencia CSJ SP9916-2017, rad. 44997:

En efecto, los incisos segundo y tercero del artículo 7º de la Ley 906 de 2004, en desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política, con claridad precisan que «corresponde al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal», y que «En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria».

Esto significa que la carga de probar tiene que ser asumida por el órgano de persecución penal, pues el procesado no tiene por qué presentar pruebas de su inocencia, siendo función del Estado

acreditar la ocurrencia del delito, que el acusado intervino en su realización y que es penalmente responsable. Así lo ratifican la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 11), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14-2) y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (artículo 8-2).

En consecuencia, es a la Fiscalía a quien compete la demostración de cada uno de los elementos del tipo penal, entre ellos, la acreditación probatoria de los fines del porte de estupefacientes relacionados con la distribución o tráfico de los mismos y, con ello, la afectación o la efectiva puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos. Obviamente, también corresponde al órgano de persecución penal, en virtud del principio de objetividad (artículo 115 de la Ley 906 de 2004), establecer situaciones relacionadas con la ausencia de responsabilidad, a efectos de no incoar la pretensión punitiva.

Más recientemente, en la sentencia CSJ SP, 29 abr. 2020, rad. 51627, puntualizó:

El procesado, como es sabido, no tiene por qué presentar pruebas de su inocencia, siendo función de la Fiscalía demostrar la existencia de los elementos del tipo penal, entre ellos, la acreditación probatoria de los fines del porte de estupefacientes distintos al consumo personal y, con ello, la afectación o la efectiva puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos.

Con todo, ha advertido la Sala que ese ánimo ulterior asociado con el destino de las sustancias que se llevan consigo, distinto al consumo personal, puede ser demostrado a partir de la misma información objetiva recogida en el proceso penal. Por eso, si bien es cierto que el peso de la sustancia por sí solo no es un factor que determina el injusto típico de la conducta, sí puede ser relevante, junto con otros datos demostrados en el juicio (p. ej., instrumentos o materiales para la elaboración, pesaje, empacado o distribución; existencia de cantidades de dinero injustificadas; etc.), para inferir de manera razonable el propósito de distribución que alentaba al portador.

Lo anterior sin perjuicio de comprender dentro de ese mismo proceso inferencial que conforme al contexto relacionado con cada caso, portar cantidades que superen los topes previstos en la ley como dosis para el consumo personal, puede ser una acción indicativa de un aprovisionamiento, el cual igual no cabe dentro de la esfera de prohibición del tipo penal, pues es apenas comprensible que el consumidor habitual u ocasional, es decir, quien presenta o no dependencia física o síquica, recurra al abastecimiento o acumulación de las sustancias estupefacientes, psicotrópicas o

drogas sintéticas a efectos de su consumo en distintas dosis diferidas en el tiempo.

Al respecto, la Sala debe precisar que desde la perspectiva de la lesividad como principio protector del bien jurídico, ninguna consideración diferente se puede dispensar al concepto que desde antaño se ha denominado jurisprudencialmente como dosis de aprovisionamiento¹², según el cual la sustancia no es destinada a la ingesta inmediata sino que se adquiere con la finalidad de aprovisionarse de ella para luego en el futuro, sin especificar el tiempo, emplearse para consumo propio.

De manera que las porciones portadas y empleadas para el propio consumo inmediato y aquellas otras que se reservan para intensificar, prolongar o repetir su inicial aplicación o uso, tienen en principio la misma finalidad de consumo personal, sin que pueda presumirse en uno o en otro caso un propósito de suministro a terceros gratuitamente, por dinero o por cualquier otra utilidad, razón por la cual, en aplicación del principio de favor rei, corresponde al Estado demostrar en todos los casos que su porte es ilegal, es decir, que tiene la potencialidad de afectar derechos ajenos.

En conclusión, el porte de una cantidad de droga compatible exclusivamente con el propósito de consumo inmediato o con fines de aprovisionamiento para futuras ingestas es una conducta penalmente atípica, mientras que si se desvirtúa ese ingrediente subjetivo o finalidad específica contenida en el tipo penal, la acción corresponde a la ilicitud descrita en el artículo 376 del Código Penal.

El caso concreto

6. Revisados los registros de la actuación, emerge que la prueba llevada por la Fiscalía es exigua para acreditar que **JOSÉ STEVEN GÓMEZ SÁNCHEZ** tenía el propósito de comercializar, vender o distribuir el estupefaciente que llevaba consigo el 6 de agosto de 2017.

En efecto, al debate público acudieron:

¹² [cita inserta en texto trascrito] CSJ SP, 6 may. 1980 (Id. 405781). Así mismo, CSJ SP, 8 jul. 2009, rad. 31531.

(i) ELIANA ADRIANA SILVA PÁEZ, profesional del instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses¹³. Reconoció haber suscrito un informe pericial de estupefacientes el 28 de diciembre de 2017; describió el procedimiento adelantado para identificar la sustancia incautada e indicó que, tras analizar el contenido de la bolsa plástica que se le encomendó, halló que aquella era cocaína.

(ii) RICHARD ALFONSO ROMERO RODRÍGUEZ, perito PIPH de la SIJIN MEBOG¹⁴. Admitió que signó el informe FPJ11 del 6 de agosto de 2017, en donde se determinó que la muestra examinada se identificó preliminarmente positiva para cocaína y sus derivados.

(iii) DARWIN MUÑOZ MANCIPE, patrullero de la Policía Nacional¹⁵. Narró las circunstancias en las que dio captura a **GÓMEZ SÁNCHEZ** el 6 de agosto de 2017. Al respecto, aseveró que, cuando, junto a su compañero, realizaba patrullaje en el sector de la carrera 80J con calle 55 de Bogotá, que es conocido como de microtráfico, observó a un ciudadano sentado en el andén y, luego de hacerle un registro, le halló en el bolsillo derecho del pantalón una envoltura de color negro, con 45 papeletas en hojas de cuaderno cuadriculado y en su interior una sustancia semejante al «bazuco». Relató que, después de darle a conocer sus derechos como persona capturada, él les manifestó «*que le colaboráramos para no judicializarlo*»¹⁶ y les ofreció \$30.000 para que no lo «*dejaran*

¹³ Sesión del 14 de febrero de 2019.

¹⁴ Sesión del 4 de abril de 2019.

¹⁵ Sesión del 20 de mayo de 2019.

¹⁶ Récord 08:44.

a disposición de la Fiscalía»¹⁷. Agregó que era la primera vez que lo veía¹⁸ y que solo le encontraron la envoltura aludida y un celular, pero no dinero¹⁹.

7. Con apoyo en los aludidos elementos probatorios, el Tribunal, tras reconocer el progreso jurisprudencial de la Sala en torno al delito en comento, determinó que el acusado debía responder penalmente porque llevaba consigo el estupefaciente *«con el fin de distribuirlo o venderlo»²⁰*.

A tal conclusión arribó a partir de considerar que: *i)* la cantidad hallada excede casi ocho veces la dosis mínima; *ii)* no hay elemento que demuestre la calidad de consumidor del incriminado; *iii)* el estupefaciente lo portaba en 45 papeletas envueltas en papel de cuaderno; *iv)* ofreció dinero a los policiales para *«continuar con su actividad»²¹*; y *v)* el acusado se encontraba en una zona que es afectada por el microtráfico.

8. Lo primero que hay que decir es que, tal como lo puso de presente el Procurador Segundo Delegado, el juez colegiado no indicó cuáles fueron las reglas de la experiencia y, si por las mismas se entienden las construcciones teóricas con pretensiones de generalidad y universalidad, de manera que responden a la fórmula de que casi siempre que ocurre A, entonces sucede B, es ostensible que el *ad quem*, en su

¹⁷ Récord 08:54.

¹⁸ Récord 11:38.

¹⁹ Récord 17:48.

²⁰ Página 10 del fallo de segunda instancia

²¹ *Id.*

razonamiento, no acudió a ellas, a la vez que erró en la construcción del indicio. Obsérvese:

8.1. Inferir la calidad de expendedor por razón de que la cantidad encontrada excede casi ocho veces la dosis mínima, es inadmisible. Ello -ha dicho la Sala- no puede ser una acción indicativa del ánimo de venta, comercialización o distribución, en tanto puede responder simplemente a un deseo de aprovisionamiento mayor del individuo, que está atado, ya sea a su dependencia, lo que puede llevarlo a un consumo superior o, simplemente, a prever un abastecimiento para ser diferido en el tiempo.

Por ende, asegurar que siempre que se encuentre una cantidad superior a la dosis permitida legalmente es indicativo que el portador es expendedor, es un enunciado que no puede ser catalogado como regla de experiencia.

8.2. Deducir el ánimo distinto al consumo personal a partir de que la defensa no demostró la calidad de consumidor del incriminado, es invertir la carga de la prueba. Tal como se dejó expuesto en el considerando 5 de esta providencia, es a la Fiscalía a la que compete acreditar que el estupefaciente hallado era para la venta, comercialización o distribución.

Lo anterior pone en evidencia que el Tribunal elaboró el juicio de tipicidad a partir de una inadmisible presunción, que trasgrede los incisos segundo y tercero del artículo 7 de la Ley 906 de 2004, que, en desarrollo del artículo 29 de la

Constitución Política, precisan que corresponde al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal.

8.3. Deducir que el propósito de venta surge por la forma en que se halló la sustancia: 45 papeletas envueltas en papel de cuaderno, es nimio. Ese hecho, por sí mismo, es insuficiente para predicar el expendio, pues bien puede indicar la manera en que el estupefaciente fue adquirido por el agente para su consumo o la porción a ser consumida en una determinada eventualidad.

8.4. El Tribunal también soportó su raciocinio en que el acusado ofreció dinero a los policiales para continuar con su actividad. Sin embargo, esa inferencia, además de que no resulta de algún hecho indicador, pues el policial que dio la captura no hizo tal alusión en su testimonio, tampoco es indicativa del ánimo ulterior del procesado, asociado a fines diversos al consumo personal.

En efecto, el patrullero DARWIN MUÑOZ MANCIPE manifestó que **GÓMEZ SÁNCHEZ** le ofreció a él y a su compañero la suma de \$30.000 para «*no judicializarlo*»²², para que -aclaró en el contrainterrogatorio- no lo «*dejaran a disposición de la Fiscalía*»²³. En modo alguno sostuvo que fue con la finalidad de que le permitieran continuar con su actividad de venta, como parece lo entendió la colegiatura.

²² Récord 08:44.

²³ Récord 08:54.

Con todo, de cara a lo aducido por el uniformado, la oferta monetaria pudo obedecer al miedo que sintió **GÓMEZ SÁNCHEZ** de que fuese capturado y puesto a disposición de una autoridad, simplemente por la tacha social a los consumidores de estupefacientes.

Ahora, querer evadir los requerimientos de la policía es una proposición que no puede alcanzar la estructura de regla apta para ser aplicada con pretensión de universalidad, por lo que es inviable inferir, de tal acto, que el implicado se dedicaba a la acción de vender estupefacientes (*cfr.* CSJ SP2296-2021, rad. 52830).

8.5. Finalmente, el *ad quem* también dedujo la calidad de expendedor por el hecho que **GÓMEZ SÁNCHEZ** fue capturado en una zona conocida por el microtráfico.

Aquí, la magistratura ignoró otras variables que, incluso, la habrían llevado a conclusión distinta, como que, justamente, en esos lugares es donde, usualmente, se adquieren los narcóticos, por lo que bien pudo el acusado encontrarse allí para aprovisionarse de su dosis, máxime porque, al momento de la requisa, no se le encontró dinero que permitiera inferir que era vendedor, al paso que el policía que patrullaba el sector no lo había visto allí antes.

9. Así las cosas, no hay evidencia suficiente para afirmar, en grado de conocimiento, más allá de duda, que el incriminado incurriere en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y, en observancia del precepto 7 de

la Ley 906 de 2004, esa incertidumbre ha de resolverse en su favor.

10. La falencia judicial es, entonces, evidente, aunque no obedeció a una infracción directa de la ley sustancial, como equívocamente lo indicaron el recurrente y la Delegada de la Fiscalía, sino a una violación indirecta, por los errores de raciocinio descritos, los que condujeron a aplicar en forma indebida el artículo 376 del Código Penal.

Bajo ese orden, se casará parcialmente el fallo impugnado para absolver a **JOSÉ STEVEN GÓMEZ SÁNCHEZ** del reato en comento.

11. Como consecuencia, se readecuará la pena por el punible de cohecho por dar u ofrecer, que subsiste y, para tal fin, se atenderán, en lo posible, los parámetros tenidos en cuenta por la Juez de conocimiento en la labor de dosificación, que no fueron objeto de amonestación por el Tribunal.

Téngase en cuenta que, en dicho ejercicio, la funcionaria impuso por el que era delito base -el atentatorio contra la salud pública-, los extremos inferiores del primer cuarto, tanto en lo que corresponde con la sanción privativa de la libertad (64 meses), como con la pecuniaria (2 s.m.l.m.v.) y esos guarismos los incrementó en 6 meses de prisión y 1 s.m.l.m.v. por el concursante -el atentatorio contra la administración pública-, para un total de 70 meses de prisión y multa de 3 s.m.l.m.v.; la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas la dejó como principal, en 80

meses.

12. Atendiendo lo expuesto, la Corte habrá de establecer las sanciones correspondientes por el delito de cohecho por dar u ofrecer, en el monto previsto en los extremos inferiores del primer cuarto punitivo.

12.1. Así, fijará la de prisión en **48 meses**.

12.2. La multa, que en estricta legalidad debería determinarse en 66.66 s.m.l.m.v., se dejará en los mismos 3 s.m.l.m.v. impuestos por la *a quo*, para no lesionar el principio de *non reformatio in pejus*, debido a que el procesado fue el único recurrente en casación.

La razón obedece a que la Juez de primer nivel desconoció lo previsto en el artículo 39-numeral 4- del Código Penal, según el cual, cuando hay concurso, «*las multas correspondientes a cada una de las infracciones, se sumarán*», sin que el total exceda el máximo fijado en la ley. Por ende, una correcta dosificación la obligaba a sumar, a los 2 s.m.l.m.v., por el delito base, los 66.66 s.m.l.m.v., previstos para el tipo penal contenido en el precepto 407 *ibidem* y dejar la multa en 68.66 s.m.l.m.v. Ese no fue su proceder.

12.3. Frente a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, ninguna modificación se hará, en tanto los 80 meses son los consignados en el canon 407 del estatuto sustantivo como sanción principal y mínima.

12.4. No hay lugar a examinar la suspensión

condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria por expresa prohibición del artículo 68A del Código Penal, como tampoco a analizar la posible la libertad, en cuanto en el expediente aparece que el acusado no se encuentra privado de ella.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. **CASAR** parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para, en su lugar, **absolver** a **JOSÉ STEVEN GÓMEZ SÁNCHEZ** del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Segundo: **Fijar** la pena de prisión, por el delito de cohecho por dar y ofrecer, en 48 meses de prisión.

Tercero. En lo demás, la sentencia recurrida se mantiene.

Cuarto. Contra esta providencia no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EXCUSA JUSTIFICADA
GERSON CHAVERRA CASTRO

JOSE FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

... Penal 2021

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Cui 11001600001920170503701
Casación 58870
JOSÉ STEVEN GÓMEZ SÁNCHEZ



FÁBIO OSPITÍA GARZÓN



EYDER PATIÑO CABRERA



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR



HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Cui 11001600001920170503701
Casación 58870
JOSÉ STEVEN GÓMEZ SÁNCHEZ

Secretaria

Sala Casación Penal 2021