



**PROCURADURIA TERCERA DELEGADA PARA LA CASACIÓN PENAL  
CASACIÓN ORAL RADICADO 54.371**

Bogotá, D.C., junio 5 de 2020

**REF:** Alegatos de casación en el traslado de los no recurrentes.

Doctora  
**PATRICIA SALAZAR CUELLAR**  
SALA DE CASACION PENAL  
H. CORTE SUPREMNA DE JUSTICIA  
Ciudad

**Contra:** Daniel Enrique Sarmiento Nieto  
**Accionante:** Defensor (Pedro Pablo Flórez Herrera)  
**Delito:** Trafico, fabricación o porte de estupefacientes

En mi condición de Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal y en cumplimiento de la función constitucional atribuida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política, expongo mi criterio en defensa del orden jurídico y los derechos y garantías de los intervinientes. Lo anterior, dentro de la sustentación de la demanda de casación interpuesta por el defensor de **DANIEL ENRIQUE SARMIENTO NIETO**, contra la sentencia de segunda instancia de septiembre 10 de 2018, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, por medio de la cual se confirmó el fallo condenatorio de 26 de julio de 2018, del Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Barranquilla, de los cargos de autor de fabricación, tráfico y porte de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 376 inciso segundo del código penal.<sup>1</sup>

## **1. HECHOS**

Fueron resumidos por el *ad quo* de la siguiente manera:

“... Consta en autos que el día 21 de julio de 2014, a eso de las 11:41 de la mañana, los patrulleros JAIME MENDIVIL GOMEZ y EDWIN CAUSAIL SANCHEZ, adscritos a la estación de policía El Bosque, cuando realizaban labores de patrullaje de rutina por el sector de la calle 64 b con carrera 9 j, del barrio el bosque, cuando observaron a un sujeto que llevaba en su mano derecha una bolsa plástica, de color negro, el cual al observar la presencia policial, tomo una actitud nerviosa, lo cual les generó

---

<sup>1</sup> Folio 1 de la demanda de casación.



desconfianza y procedieron a solicitarle una requisita, al igual verificaron que al interior de la bolsa plástica, encontraron una sustancia vegetal de color verde, con olor y características similares a la marihuana, de inmediato procedieron a leerle los derechos del capturado, se identificó y fue trasladado hasta las instalaciones de la U.R.I.-

A consecuencia de ello, fue presentado el 22 de julio de 2014, ante el Juez Segundo Penal Municipal con funciones de control de garantías de Barranquilla, autoridad que legalizó el procedimiento de captura, la fiscalía le imputó el cargo de fabricación, tráfico y porte de estupefacientes, cargos que fueron aceptados por el procesado, la fiscalía declinó de la solicitud de imposición de medida de aseguramiento.”<sup>2</sup>

## **2. DEMANDA.**

El recurrente presentó un único cargo en los siguientes términos<sup>3</sup>:

### **2.1. Cargo Único<sup>4</sup>:**

El apoderado judicial acusó la sentencia condenatoria de segunda instancia de septiembre 10 de 2018, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, por medio de la cual se confirmó el fallo condenatorio de 26 de julio de 2018, del Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la misma ciudad, de los cargos de autor de fabricación, tráfico y porte de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 376 inciso segundo del código penal, por haber incurrido en la causal primera de casación, consagrada en el numeral primero del artículo 181 de la ley 906 de 2004, que señala:

“Falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso.”

El apoderado judicial indicó que los falladores de instancia desconocieron la aplicación del principio de favorabilidad, en la medida que, al momento de emitirse las sentencias tanto de primera como de segunda instancia, se encuentran vigentes los artículos 534<sup>5</sup> y 539 de la ley 1826 de 2017.

<sup>2</sup> Folios 1 y 2 de la sentencia de segunda instancia.

<sup>3</sup> Folios 2 – 6 de la demanda de casación.

<sup>4</sup> Folios 10 a 14 de la demanda de casación.

<sup>5</sup> Artículo 534. Ámbito de aplicación. El procedimiento especial abreviado que trata el presente título se aplicará a las siguientes conductas punibles: 1. Las que requieren querrela para el inicio de la acción penal. 2. Lesiones personales a las que hacen referencia los artículos 111, 112, 113, 114, 115, 116, 118 Y 120 del Código Penal; Actos de Discriminación (C.P. Artículo 134A), Hostigamiento (C.P. Artículo 134B), Actos de Discriminación u Hostigamiento Agravados (C.P. Artículo 134C), inasistencia alimentaria (C.P. artículo 233) hurto (C.P. artículo 239); hurto calificado (C.P. artículo 240); hurto agravado (C. artículo 241). numerales del 1 al 10; estafa (C.P. artículo 246); abuso de confianza (C.P. artículo 249); corrupción privada (C.P. artículo 250A); administración desleal (C.P. artículo 250B); abuso de condiciones de inferioridad (C.P. artículo 251); utilización indebida de



Adujó el accionante que en el procedimiento abreviado la aludida rebaja aplica, inclusive a quienes han sido capturados en flagrancia por delitos como el hurto calificado agravado, se toma perfectamente procedente por favorabilidad a aquellos procesados que hubiesen aceptado los cargos en la audiencia de imputación y que también fueron aprehendidos en las condiciones referidas, como en el presente caso ocurrió con ALEXANDER PABÓN MORA.

Por lo anterior, la simple variación del rito en delitos objeto de la demanda de casación, no impide aplicar las nuevas consecuencias de rebajas punitivas favorables que se establecen en dicho trámite. Es decir, su aplicación en asuntos que se han resuelto por el procedimiento ordinario y que aún se encuentran pendientes de resolver de forma definitiva. En conclusión, manifestó que la sanción a imponer a su representado no sería de 56 meses de prisión sino de 32 meses de prisión, por tanto, en virtud del monto tendría derechos a los subrogados que la legislación penal consagra para tal fin.

### **3. CONCEPTO DE LA PROCURADURIA TERCERA DELEGADA PARA LA CASACIÓN PENAL**

Concepto: Casar oficiosamente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, por medio de la cual se confirmó el fallo condenatorio de 26 de julio de 2018, del Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Barranquilla.

1. El censor en su postulación deprecó la comisión de un yerro de aplicación indebida de la ley sustancia frente a la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, respecto del cual nos pronunciaremos en los siguientes términos:

Del análisis de los argumentos esgrimidos por el recurrente en el libelo de casación y de los fallos de primer y segundo grado, encontramos que el problema jurídico

---

información privilegiada en particulares (C.P. artículo 258); los delitos contenidos en el Título VII Bis, para la protección de la información y los datos, excepto los casos en los que la conducta recaiga sobre bienes o entidades del Estado; violación de derechos morales de autor (C.P. artículo 270); violación de derechos patrimoniales de autor y derechos conexos (C.P. artículo 271); violación a los mecanismos de protección de derechos de autor (C.P. artículo 272); falsedad en documento privado (C.P. artículos 289 y 290); usurpación de derechos de propiedad industrial y de derechos de obtentores de variedades vegetales (C.P. artículo 306); uso ilegítimo de patentes (C.P. artículo 307); violación de reserva industrial y comercial (C. P. artículo 308); ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico (C.P. artículo 312).

En caso de concurso entre las conductas punibles referidas en los numerales anteriores y aquellas a las que se les aplica el procedimiento ordinario, la actuación se regirá por este último.

Parágrafo. Este procedimiento aplicará también para todos los casos de flagrancia de los delitos contemplados en el presente artículo.



planteado en el presente asunto es si por principio de favorabilidad es aplicable los artículos 534 y 539 de la ley 1826 de 2017.

Encuentra esta Delegada del Ministerio Público que el tipo penal por el que fue condenado en razón al acto de allanamiento a cargos es el descrito en el artículo 376 de la ley 599 del 2000, el cual tipifica la actividad delictiva el tráfico, la fabricación o el porte de estupefacientes. La norma de la cual depreca falta de aplicación el apoderado judicial son los artículos 534 y 539 de la ley 1826 de 2017.

En caso de concurso entre las conductas punibles referidas en los numerales anteriores y aquellas a las que se les aplica el procedimiento ordinario, la actuación se regirá por este último. Parágrafo. Este procedimiento aplicará también para todos los casos de flagrancia de los delitos contemplados en el presente artículo. ...”

Tal como se logra observar, la conducta delictiva por la cual fuera procesado y condenado el señor Daniel Enrique Sarmiento Nieto, no se encuentra dentro de las establecidas por el legislador para aplicación del procedimiento abreviado que trata la ley 1826 de 2017. Imposibilitando de esta manera entonces la aplicación de dicho precepto normativo y todos los beneficios que ello implicaría.

Debe tenerse en cuenta que el principio de la favorabilidad según la Honorable Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 19 de febrero de 2020 estableció que:

“... En materia penal, el inciso 3° del artículo 29 de la Constitución Política prevé un concepto amplio e incluyente de favorabilidad, sin restricciones relativas a condenados, y sin ubicarlo en el estrecho margen de la norma sustantiva favorable, aspectos superados en el ámbito normativo y jurisprudencial, a partir de la amplia concepción constitucional. (CC. T-091 de 2006).

Dispone la norma Superior, «en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable», mandato acorde a las prescripciones que, sobre tal principio, contienen la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Como lo tiene decantado la Corte Constitucional, de la manera como se consagró en Colombia tal principio, se derivan algunas reglas: (i) se aplica tanto al derecho penal material como al derecho procesal; (ii) su aplicación tiene lugar en los tránsitos de legislación, como cuando en medio de un proceso judicial se expide una norma modificatoria de otra vigente al momento de iniciarse una determinada actuación;



(iii) su realización más intensa ocurre en el ámbito del derecho penal material, por ejemplo, al modificarse una pena ya impuesta, para aplicar otra más leve establecida en ley posterior; (iv) en el ámbito procesal, «ante la sucesión de leyes en el tiempo, “el principio ‘favor libertatis’, que en materia penal está llamado a tener más incidencia, obliga a optar por la alternativa más favorable a la libertad del imputado o inculpado”, teniendo en cuenta el criterio de menor gravedad en la restricción de derechos fundamentales». (C.C. C-304/94 y C.C. T-704/12).

Lo anterior, precisa la Sala, únicamente cuando debido a una ley posterior hubiere lugar a reducir, modificar, sustituir o extinguir la sanción penal, eventos estos de orden objetivo en los que no se habilita al juez executor de la pena, para que modifique los hechos ya fallados, reviva la controversia acerca de la tipicidad de la conducta o la responsabilidad del declarado culpable.

Como ejemplo reciente encuentra la Sala que la Ley 1826 de 2017 contiene un tratamiento punitivo más favorable para los casos en los que ha existido captura en flagrancia, por efecto de la aceptación de cargos en la primera oportunidad procesal habilitada para ello (rebaja de hasta la mitad de la pena) que el contemplado en la Ley 906 de 2004 para los mismos eventos (rebaja del 12.5% de la pena). Por consiguiente, al cumplirse los presupuestos de operatividad del principio de favorabilidad de la ley penal, debe aplicarse de preferencia y con retroactividad, lo dispuesto por la normatividad de 2017, siempre que se trate de (i) captura en flagrancia; (ii) allanamiento a los cargos y sea uno de los delitos previstos en la mencionada Ley 1826». ...”

Lo anterior, permite concluir que en aplicación del precepto normativo referido, en este caso no es aplicable la ley 1826, por cuanto, el delito por el que fue sancionado no se encuentra discriminado en la lista de tipos penales que permite aplicar el procedimiento abreviado solicitado por el apoderado judicial. Por ello consideramos entonces que el cargo formulado no está llamado a prosperar.

Por otra parte, en protección de los derechos de los sujetos procesales y en la correcta y adecuada aplicación de la ley, esta Delegada considera de manera respetuosa solicitarle a esta Honorable Sala Penal se estudie la viabilidad de casar oficiosamente la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, con atención a las siguientes consideraciones:

**1.** Los elementos materiales probatorios con los que sustento la responsabilidad del injusto el ente acusador fue:



- a. Informe de policía de captura en flagrancia del procesado, acta de derechos del capturado, notificación al defensor, acta de incautación de la sustancia vegetal.<sup>6</sup>
- b. Informe del investigador de campo FPJ-11, del 21 DE JULIO DE 2014, el cual concluyó que el peso neto de la sustancia incautada era de 317,3 gramos, y que realizadas las (pruebas calorimétricas preliminares (PIPH) se concluye que la muestra identificada como N° 1, presenta resultado preliminar: positivo para cannabis (marihuana).<sup>7</sup>
- c. Copia del archivo lofoscópico nacional - división criminalística del C.T.I.<sup>8</sup>
- d. Fotocopia de la cédula de ciudadanía del procesado capturado, formato de arraigo e individualización.<sup>9</sup>
- e. Consulta SPOA, negativa, sobre anotaciones judiciales del procesado, y antecedentes del procesado.<sup>10</sup>
- f. Informe de Laboratorio No. 2236 del 16 de abril de 2015, el cual concluyó que: realizados los análisis físico e instrumentales, se concluye que la muestra N°. 1 corresponde a cannabis –marihuana-.<sup>11</sup>

Dentro del procedimiento adelantado en el presente asunto se presentó la figura del allanamiento a cargos, por lo cual, es procedente considerar su alcance en atención a los artículos 293 y siguientes de la Ley 906 de 2004<sup>12</sup>.

Del análisis conclusivo, una vez escuchado el contenido de los cargos formulados en la audiencia de formulación de imputación el señor Daniel Enrique Sarmiento Nieto, aceptó de manera libre, consciente y voluntaria ante el juez de garantías de la ciudad de Barranquilla la Fiscalía General de la Nación los cargos. La autoridad judicial le señaló<sup>13</sup>: que conforme a lo previsto en el artículo 376 del CP., bajo la modalidad de llevar consigo, fue capturado en flagrancia en momentos en que los agentes captadores al notarlo en una actitud nerviosa, le solicitaron una requisa y le

hallaron en su poder una bolsa plástica que en su interior contenida una sustancia vegetal de color verde de olor y color características similares a la marihuana el cual resulto ser positiva para cánnabis en una cantidad de 317,3 gramos.

---

<sup>6</sup> Folio 4 de la sentencia de primera instancia.

<sup>7</sup> Folio 4 de la sentencia de primera instancia.

<sup>8</sup> Folio 4 de la sentencia de primera instancia.

<sup>9</sup> Folio 4 de la sentencia de primera instancia.

<sup>10</sup> Folio 4 de la sentencia de primera instancia.

<sup>11</sup> Folio 4 de la sentencia de primera instancia

<sup>12</sup> ARTÍCULO 293. PROCEDIMIENTO EN CASO DE ACEPTACIÓN DE LA IMPUTACIÓN. <Consultar versión corregida de la Ley 906 publicada en el Diario Oficial No. 45.658> Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación. Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia.

<sup>13</sup> Minuto 3 de la audiencia de formulación de imputación



La Honorable Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en su labor de unificación de la jurisprudencia nacional ha venido de manera pacífica indicando la necesidad que tiene la Fiscalía General de la Nación y los operadores judiciales al momento de aplicar la sanción penal contemplada en el artículo 376 del CP. Lo anterior, en el sentido de precisar cuando la conducta se relaciona con el porte de estupefacientes como es el tema aquí tratado, el tipo penal en cuestión contiene un ingrediente subjetivo tácito concerniente al propósito del sujeto agente, es decir a la verdadera intención que éste persigue o el destino que buscaba con su actuar, el cual, no necesariamente depende de la cantidad de sustancia que llevase consigo, sino el propósito que tenía o iba a satisfacer. Esto significa la distinción de los elementos del dolo en sede de tipicidad y específicamente a la intencionalidad o voluntad que buscaba el sujeto con su actuar particular.

Lo anterior se traduce en la necesidad que tiene el juez de hacer un juicio de tipicidad sobre la prueba del elemento volitivo de la conducta del sujeto, y el estudio de la antijuridicidad a fin de determinar si se creó un riesgo efectivo y verificable para el bien jurídicamente protegido, esto es la salud pública. A partir de la evidencia o elementos materiales probatorios que allegue la Fiscalía General de la Nación, le corresponde al juez determinar si se probó el dolo como elemento del tipo y la antijuridicidad de la conducta, esto último significa el determinar si la conducta generó un peligro o riesgo los bienes jurídicos supraindividuales tutelados con el tipo penal del tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Lo que en definitiva supone, determinar si se logró desvirtuar la presunción de inocencia al tenor del artículo 7 de la Ley 906 de 2004 y se cumple así lo consagrado en el artículo 381 de la misma disposición.

A pesar del esfuerzo explicativo del representante de la Fiscalía y del Juez de Control de Garantías, didácticamente no quedó explícito más allá del puro y simple porte de la sustancia, sin que quedará acreditado de una parte, la prueba del dolo exigido para este tipo de delito y de otro, la prueba de la antijuridicidad o lesividad de la conducta del sujeto agente.

En la citada audiencia de imputación por la Fiscalía e imputado se dijo<sup>14</sup>:

*“(Minuto 3.14) Gracias su señoría, Señor Daniel Enrique Sarmiento Nieto, en manos de la Fiscalía General de la Nación, existen elementos materiales probatorios, que lo señalan a usted como el presunto responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes de conformidad al artículo 376 del código penal que desde ya le manifiesto a usted es la conducta o el delito para que me entienda mejor que este fiscal le imputa a usted bajo la modalidad de llevar consigo, elementos materiales*

<sup>14</sup> “(Minuto 3.14 ss.) audiencia de formulación de imputación.



*probatorios como el que usted se encuentra identificado también con la cedula de ciudadanía número 1043893571 de Ponedera Atlántico, usted fue capturado en situación de flagrancia el día 21 de julio del 2014, siendo las 11:43 hora, exactamente en la calle 64 B con carrera 9 J barrio el Bosque, momentos en que los agentes captadores pertenecientes a la policía nacional, al notarlo a usted con una actitud nerviosa le solicitan una requisita y le hallan a usted en su poder una bolsa plástica que en su interior tenía una sustancia vegetal de color verde, con olor y color característicos similares a la marihuana, que esta sustancia al ser sometida a la prueba de laboratorio resulto siendo positiva para cannabis y sus derivados, obteniendo un peso neto de 317.3 gramos de marihuana, este comportamiento suyo vulnera presuntamente lo establecido en el artículo 376 que me permito leerle a usted rápidamente “El que sin permiso de autoridad competente, 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, 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, en el caso que hoy nos ocupa, Si la cantidad de droga no excede 1000 gramos de marihuana, 200 gramos de hachís, 100 gramos de cocaína o sustancias estupefaciente a base de cocaína la pena será de 64 a 108 meses de prisión y multa de 2 a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes”.*

“Este es el párrafo que se le aplica a su caso porque estamos hablando que no exceda de 1000 gramos y a usted se le halló la cantidad de 317.3 gramos de marihuana, entonces la pena a imponer en este caso de 64 a 108 meses de prisión.

Señor Daniel solamente usted sabe y es consciente si cometió o no cometió esa conducta punible, a usted lo cobija un derecho constitucional como es la presunción, de inocencia, usted se presume en esta audiencia o a partir de esta audiencia inocente, se presume que es inocente, si usted es consciente de haber cometido esta conducta punible, la invitación que le hago es que acepte la responsabilidad y se acoja a los beneficios que la ley le brinda, ¿cuáles son esos beneficios? El descuento de hasta el 12.5 % de la pena a imponer, es un beneficio que le brinda el Estado colombiano para ahorrarle, tiempo y recurso en el desarrollo de tu proceso, pero es una decisión que si tu decide aceptarla debe ser de manera libre y voluntaria y espontánea, sin que nadie te obligue, sin que nadie te presione, sin que en este mismo instante te encuentre bajo algún medicamento o droga que perturbe tu consentimiento, es una decisión irrevocable, eso significa que si tu decide aceptar aquí la responsabilidad más adelante ante otro juez de conocimiento no te puedes arrepentir de esa decisión porque está debidamente asistido y asesorado con tu abogado contractual que está al lado izquierdo tuyo presente en esta audiencia pública. Si por el contrario Daniel tú decides no aceptar la responsabilidad, entonces tiene derecho a un juicio público oral y concentrado, tiene derecho a presentar las pruebas que demuestren tu inocencia, tiene derecho a controvertir las pruebas que





presente la fiscalía, tiene derecho a ejercer tu defensa, y tiene derecho a un debido proceso, son derechos que te respeta la constitución en el art. 29 , la fiscalía por su parte como ente acusador tratara de demostrar tu responsabilidad, en este delito que te acabo de imputar, pero te invito Daniel, vuelvo y te reitero, la invitación es a que aproveche la oportunidad que tienes en esta audiencia de recibir ese beneficio que te acabo de hacer en mención.

Su señoría creo haber dado cumplimiento de esta manera a lo contemplado en el art. 286, 287 y 288 del código de procedimiento penal gracias. (Minuto 7.34)”

De lo anterior, se concluye que lo aceptado por el procesado fue que él llevaba consigo la sustancia y que efectivamente la policía se la encontró en su poder. Sin embargo, falto quedar explícito el propósito o destino que se tenía con esta sustancia y de los elementos materiales probatorios antes relacionados no se puede hacer inferencia sobre ese particular.

La Fiscalía precisó en la diligencia de formulación de imputación, la narración clara y sucinta de los hechos señalando como en efecto ocurrió y acepto el señor Daniel Enrique Sarmiento Nieto, toda vez que éste fue sorprendido por la policía llevando consigo un paquete que contenía marihuana, siendo el único aspecto relevante el señalamiento que éste se mostro nervioso cuando observó a los uniformados y por ello procedieron a su requisita. Sin embargo, en el informe no obra y tampoco en ningún otro elemento material probatorio señalamiento que diga, indique o permita demostrar o concluir que el procesado tenía la intención o el propósito de comercialización de la sustancia, mas aún cuando no se encontraron antecedentes que lo señalen como persona que antes y de manera al menos sumaria se dijera que había sido sorprendido en situación similar. Ciertamente, la cantidad de sustancia que le fue encontrada supera varias veces la dosis personal, pero aun así no se descarto por la Fiscalía que el sujeto no tuviese la condición de adicto o consumidor, correspondiendo al ente investigador la carga de la prueba, tanto del elemento objetivo como subjetivo de la conducta.

En ningún aparte de los elementos de juicio se demostró por parte del ente acusador el destino que tenía el elemento incautado, carga probatoria que tenía la Fiscalía General de la Nación<sup>15</sup>. Sobre el particular, la sentencia de casación SP9916-2017, jul. 11, rad. 44997, donde se señaló:

---

<sup>15</sup> CSJ SP2940-2016, mar. 9, rad. 41760; Acto Legislativo 02/2009 y los parámetros interpretativos fijados por la Corte Constitucional en la decisión C-574/2011. sobre el particular, la sentencia del 29 de enero de 2020 en la que esta Honorable Sala Penal en un caso similar indicó: “... Desde la sentencia SP2940-2016, mar. 9, rad. 41760; la Sala de Casación Penal consideró que el Acto Legislativo 02/2009 y los parámetros interpretativos fijados por la Corte Constitucional en la decisión C-574/2011, entre otras razones, imponen tratar al consumidor de sustancias estupefacientes, con mayor razón si es adicto, como sujeto de especial protección que, por ende, debe ser destinatario de medidas administrativas de orden pedagógico, terapéutico y profiláctico, no de sanciones jurídico-penales. En esa perspectiva, se advirtió que la tipicidad de la conducta de portar o «llevar consigo» estupefacientes está supeditada a una finalidad o ánimo especial del agente: la de tráfico o distribución, porque si tal comportamiento persigue el consumo o uso personal escapa de la prohibición típica.



«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». En esa tarea, se advirtió, «si bien es cierto que el peso de la sustancia por sí solo no es un factor que determina la tipicidad de la conducta, sí puede ser relevante, junto con otros datos demostrados en el juicio (p. ej., instrumentos o materiales para la elaboración, pesaje, empaqueo o distribución; existencia de cantidades de dinero injustificadas; etc.), para inferir de manera razonable el propósito que alentaba al portador». (...)

(i) La cantidad de alucinógenos no es el factor determinante del juicio de tipicidad de la modalidad conductual «llevar consigo», pero ese dato sí debe valorarse como un indicador, junto a los otros que se encuentren demostrados, de la finalidad del agente. Así, por ejemplo, una cuantía exagerada o superlativa hace razonable la inferencia de direccionamiento de la conducta al tráfico o distribución.

(ii) La carga de la prueba del referido ingrediente subjetivo, al igual que ocurre frente a los demás presupuestos de la tipicidad y de la responsabilidad penal en general, corresponde a la Fiscalía General de la Nación, según lo establecido en el inciso 2 del artículo 7 del C.P.P. ...”<sup>16</sup>

En concepto de esta Delegada para la Casación Penal se debe casar la sentencia para absolver al procesado teniendo en cuenta que no se probó el elemento subjetivo del tipo penal consagrado en el artículo 376 del CP.

Cordialmente,

**PAULA ANDREA RAMIREZ BARBOSA**  
Procuradora Tercera para la Casación Penal

---

<sup>16</sup> Sentencia del 29 de enero de 2020, radicado 56574.