

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado ponente

SP4239-2021

Radicación N° 53292.

Acta 249.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

Se pronuncia la Corte oficiosamente sobre la atipicidad de la conducta juzgada, en relación con la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 30 de mayo de 2018, mediante la cual confirmó la emitida por el Juzgado Cincuenta y Seis Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, que condenó a BRAYAN JOSÉ HIGUERA CRUZ como autor responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

HECHOS

El 4 de abril de 2014, en horas de la mañana, en el barrio San Bernardo de este distrito capital, uniformados de la Policía Nacional retuvieron a BRAYAN JOSÉ HIGUERA CRUZ, quien, previamente, al notar la presencia policial intentó huir arrojando un paquete al suelo con ocho bolsas plásticas que contenían cocaína con un peso total de 6.9 gramos.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 5 de abril de 2014, ante el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, se celebró audiencia preliminar en la que a BRAYAN JOSÉ HIGUERA CRUZ le fueron imputados cargos por la presunta comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, tipificado en el artículo 376, inc. 2, del C.P., verbo rector «llevar consigo», cargos que el implicado no aceptó. Asimismo, la fiscalía optó por no solicitar la imposición de medida de aseguramiento.

2. Presentado el escrito de acusación, la audiencia para su verbalización tuvo lugar el 7 de octubre de 2014 ante el Juzgado 14 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, oportunidad en que la fiscalía sostuvo la imputación de cargos formulada en la vista pública preliminar; posteriormente, la audiencia preparatoria se surtió el 9 de marzo de 2015.

3. El juicio oral y público se desarrolló en sesiones de 4 de abril y 9 de octubre de 2017, fecha última en la que se dio a conocer el sentido condenatorio del fallo.

4. Mediante sentencia de la última data, BRAYAN JOSÉ HIGUERA CRUZ fue condenado (i) a la pena principal de 64 meses de prisión y multa de 2 S.M.L.M.V., en calidad de autor responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, «verbo rector llevar consigo», artículo 376, inc. 2, del C.P.; (ii) a la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término de 60 meses; y (iii) se le negaron los subrogados de suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por lo que, en consecuencia, se ordenó librar la correspondiente orden de captura.

6. Al desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante proveído de 30 de mayo de 2018, confirmó integralmente lo decidido por el A quo.

7. En contra del fallo de segundo grado el defensor del implicado elevó recurso

extraordinario de casación.

8. Mediante auto de 19 de agosto de 2020 esta Corporación inadmitió la demanda de casación; empero, dispuso que una vez tramitado el mecanismo de insistencia, si es que se promovía y su resultado era opuesto, las diligencias regresaran al despacho del Magistrado Ponente en orden a examinar, de manera oficiosa, la posible vulneración del derecho al debido proceso frente a la tipicidad del delito endilgado al implicado.

Comoquiera que no fue impulsado el aludido mecanismo, se procede de conformidad con lo indicado en el acápite precedente.

CONSIDERACIONES

De la decisión del Tribunal y la reiteración jurisprudencial respecto del tipo penal de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

El Ad quem confirmó el fallo condenatorio proferido por el Juzgado 56 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, al concluir que se estructuró la ilicitud de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en razón a que: (i) la cantidad de cocaína -6.9 gramos- incautada a HIGUERA CRUZ superaba en exceso la dosis personal -1 gramo- prevista para esa específica sustancia en el literal j del artículo 2 de la Ley 30 de 1986 y (ii) la defensa no allegó prueba de la cual se pudiera inferir la condición de farmacodependiente o consumidor del implicado, falencia esta que, en todo caso, precisó el Tribunal:

...no sería de mucha utilidad frente a la cantidad de sustancia incautada, toda vez que llevaba una superior en más de cinco (5) veces a la legalmente prevista como dosis para uso personal, incluso para considerar razonablemente que se trataba de la porción que podía necesitar para su consumo, desde luego, de haberse probado que rea consumidor o adicto, lo cual no se acreditó.

En ese contexto es necesario concluir que la Fiscalía soportó su teoría del caso con pruebas que llevan al convencimiento más allá de toda duda de que Higuera Cruz el día de los hechos portaba la sustancia estupefaciente, sin permiso de autoridad competente, en cantidad varias veces superior a la establecida legalmente como dosis para uso personal, y por ende también excedía la que razonablemente puede necesitar un adicto o consumidor - de acuerdo con la jurisprudencia referida-, de suerte que su comportamiento supera el juicio de tipicidad, además de resultar lesivo del bien jurídico de la salud pública, por lo que se impone la ratificación de la sentencia censurada.

De la simple lectura, refulge que el Tribunal desplazó la carga de la prueba a la defensa, al advertir que es ésta la encargada de probar la condición de adicto o consumidor del acusado, sin reparar que el estado actual de la jurisprudencia de la Sala enseña un cambio progresivo en la percepción del fenómeno del narcotráfico, cifrado en la óptica del drogodependiente, en el entendido que el verbo rector «llevar consigo», establecido como uno de los alternativos del artículo 376 del Código Penal, exige, para su configuración delictiva, de un elemento subjetivo o finalidad específica, remitidos a la venta o distribución.

Dicho de otro modo, «la conducta aislada [de] llevar consigo [sustancia estupefaciente], por sí misma es atípica si no se le nutre de esa finalidad específica.»¹

Para los solos efectos de reiteración, dadas las condiciones de similitud fáctica y jurídica que, en otros asuntos como el que ahora se examina, ha ameritado la intervención de la Corte, memórese su línea de pensamiento actual (Cfr. CSJ SP497-2018, 28 feb. 2018, rad. 50512):

[r]esulta de la mayor importancia la consideración hecha por la Sala en el sentido que el tipo penal del artículo 376 del Código Penal, cuando la conducta se relaciona con el porte de estupefacientes, contiene un ingrediente subjetivo tácito, atinente al propósito del sujeto

agente, por lo que la realización del tipo penal no depende en últimas de la cantidad de sustancia llevada consigo sino de la verdadera intención que se persigue a través de la acción descrita:

[p]ara la tipicidad de la conducta del porte de sustancias estupefacientes se debe tener en cuenta el ingrediente subjetivo tácito que plasmó el legislador al excluir de la previsión legal la conducta de quien tenga la finalidad exclusiva de su uso personal por razón de la dependencia como consumidor, adicto o enfermo...2

En suma, la evolución del tema relacionado con el porte de estupefacientes –alusivo al verbo rector llevar consigo–, ha consolidado las siguientes tesis (CSJ SP9916-2017, 11 jul. Rad. 44997):

a. Tratándose de delitos de peligro abstracto –el previsto en el artículo 376 del Código Penal, lo es–, si bien en el momento de creación legislativa se deja implícita una presunción de peligro, esta es legal y no de derecho, por lo que el juez debe llevar a cabo un juicio de antijuridicidad a fin de determinar si se creó un riesgo efectivo, verificable empíricamente, para el bien jurídico protegido.

b. En todos los casos, el consumidor ocasional, recreativo o adicto, no puede ser considerado como sujeto pasible del derecho penal, cuando la conducta que realiza carece de cualquier connotación afín al tráfico o distribución de sustancias estupefacientes o psicotrópicas o drogas sintéticas, con independencia de la cantidad de sustancia prohibida que se lleve consigo, pues en tales eventos no se produce un efectivo menoscabo o peligro concreto para los bienes jurídicos que pueden ser objeto de tutela por el legislador.

c. Se reconoce la existencia de un elemento subjetivo implícito en el tipo penal, relacionado con la constatación de la intención del portador de la sustancia estupefaciente, debiéndose establecer si el propósito es el uso personal o si lo es la distribución o tráfico.

En consecuencia, se torna insuficiente apelar al criterio cuantitativo de dosis para uso personal previsto en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, como factor determinante para la configuración del injusto típico, puesto que en los eventos en que la cantidad llevada consigo no supera aquellos topes previstos por el legislador, la conducta deja de ser relevante para el derecho penal. Mientras, importa subrayarlo, cuando la acción está relacionada con el tráfico, es claro que el comportamiento se estima lesivo del bien jurídico, sin reparar en que la sustancia desborde o no aquellos rangos regulados en la ley.

Del caso concreto

Al descender al asunto de la especie, destáquese que el Tribunal declaró probado que HIGUERA CRUZ fue sorprendido portando sustancia correspondiente a cocaína y sus derivados, con un peso neto de 6,9 gramos, cantidad que superó, ampliamente, la dosis personal.

A partir de esta circunstancia, el juez colegiado concluyó que la defensa no logró demostrar la condición de farmacodependiente o consumidor de HIGUERA CRUZ y, aun así, de haber allegado algún medio de convicción sobre el particular, ninguna incidencia habría tenido en punto a la materialidad y responsabilidad del implicado, dado que la droga que portaba superó casi en cinco veces la legalmente permitida.

Advierte la Sala que el razonamiento del Tribunal resulta equivocado, en la medida que, en evidente exclusión de los incisos segundo y tercero del artículo 7º de la Ley 906 de 2004 y

del canon 29 Superior -concerniente al debido proceso-, trasladó 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.

Es claro que en ningún evento corresponde al procesado probar su inocencia, como al parecer fue entendido en las instancias al afirmar que la defensa no probó que HIGUERA CRUZ llevaba consigo el alcaloide con el único propósito de consumirlo. Por el contrario, debió recabar en el hecho que incumbía al órgano persecutor de la acción penal establecer, además del peso, si ella estaba destinada a ser distribuida a cualquier título.

Agréguese que la fiscalía, a lo largo de toda la actuación, nunca contempló dentro de sus hipótesis probar que la sustancia incautada tenía un fin diferente al del consumo. De ese modo, las pruebas de cargo practicadas en el juicio solo permitieron conocer y verificar que el procesado llevaba consigo sustancia ilícita que arrojó resultado positivo para cocaína en cantidad de 6,9 gramos. De tal suerte que su teoría del caso no podía ser acogida en las instancias, al no abordar cada uno de los elementos de la hipótesis fáctica.

A pesar de citar precedentes de esta Corporación relacionados con la estructuración del tipo penal previsto en el artículo 376 del Código Penal, el Ad quem cifró la responsabilidad del inculpado a partir del exclusivo análisis del aspecto objetivo de la descripción típica. Con ello, desconoció que la realización de la conducta delictiva, en últimas, no depende de la cantidad de sustancia llevada consigo, sino de la intención del portador de la misma.

Así, dedujo que el acusado incurrió en tráfico de estupefacientes, por el hecho de portar una cantidad de cocaína que superaba la dosis para uso personal.

Lo anterior, aunado a que, deliberadamente, desconoció el Tribunal que HIGUERA CRUZ, con las formalidades propias que se derivan del artículo 395 de la Ley 906 de 20043, a expensas de la solicitud elevada por la defensa declaró en el juicio, testimonio que, por lo

demás, fue objeto de contrainterrogatorio por parte de la fiscalía, con lo que se garantizó así el ejercicio del derecho de contradicción y, a su turno, contribuyó a fortalecer la teoría del caso que respalda al implicado en punto a su adicción a este tipo de sustancias ilícitas.

Así se expresó el referido HIGUERA CRUZ⁴, específicamente, en lo relativo a su condición de consumidor:

Defensa: Señor testigo, hace exactamente un año usted fue aprehendido por la Policía Nacional por llevar consigo sustancias estupefacientes. ¿Eso es cierto?

Brayan José Higuera Cruz: Hace un año no, hace tres años.

Defensa: Señor testigo, ¿recuerda usted en el momento en que fue aprehendido que actividad desarrolló la policía para usted fuera capturado?

Brayan José Higuera Cruz: Yo me encontraba en el barrio San Bernardo comprando una sustancia de «perico» en ese instante, porque en ese momento yo consumía casi a diario, era un vicioso, pues, años atrás mi madre había fallecido y, pues, había perdido mi personalidad como hombre y como caballero. En ese instante, el día que me capturaron, yo trabajaba como obrero y, pues, hoy en día me desempeño casi en lo mismo pero en un mayor rango, ya no soy un consumidor eso lo ya lo dejé atrás, tengo una buena compañía con mi señora, ahora tengo un hijo y tengo oportunidad de luchar, ya deseché todo eso de mi vida, intento no relacionarme con gente que haga ese tipo de eventos, ya eso fue una historia de mi vida que quisiera nunca volver a saber, me presento ante ustedes porque quiero resolver mis problemas y quisiera salir adelante, cada vez mejor.

Defensa: En relación con la condición que dice usted tenía de consumidor, recuerda para la fecha en que fue capturado ¿qué tipo de sustancia contenía o llevaba usted consigo para ese consumo?

Brayan José Higuera Cruz: Si señora, acababa de comprar ocho bolsas de «perico» para mi consumo semanal.

Por su parte la Fiscalía, en el contrainterrogatorio, le formuló las siguientes preguntas:

Fiscalía: Para el año 2014 consumía usted, dice «perico», ¿verdad?

Brayan José Higuera Cruz: Si señora

Fiscalía: ¿A qué llama usted «perico»?

Brayan José Higuera Cruz: A sustancia química que vendían en unas bolsitas transparentes, a cuatro mil pesos equivalía cada bolsa y, pues, uno la inhalaba por la nariz.

Fiscalía: ¿Cada cuánto usted consumía esa sustancia?

Brayan José Higuera Cruz: Lo hacía a diario, de una a una bolsa y media.

Fiscalía: ¿Por qué adquirió ocho bolsas con esa sustancia?

Brayan José Higuera Cruz: Por que compraba lo de la semana, pues, como a mi me pagan quincenal compraba lo de la semana en ese entonces.

(...)

Fiscalía: ¿Usted sentía la necesidad de estarla consumiendo?

Brayan José Higuera Cruz: En ese momento, si señora.

Entonces, sin la contemplación cabal de los medios de convicción contruidos en el juicio, no es factible deducir que HIGUERA CRUZ tenía la sustancia ilícita para un fin distinto al consumo, máxime cuando la fiscalía jamás examinó dentro de su hipótesis investigativa la

estructuración de un verbo de consumación del tipo penal descrito en el artículo 376 del Código Penal, diferente al de «llevar consigo».

Significa lo anterior que los sentenciadores incurrieron en falso juicio de existencia, por omisión, al dejar de valorar la exposición vertida por el implicado, de suma relevancia en punto a la acreditación del propósito esgrimido para llevar consigo el estupefaciente.

Adicionalmente, los falladores, a la luz de la técnica casacional, también incursionaron en la tergiversación o indebida interpretación de la norma sustancial, habida cuenta que tuvieron por estructurado el tipo penal allí descrito, con la sola circunstancia de haberse incautado al implicado la sustancia ilegal en cantidad que desbordó los límites de la dosis personal.

Conforme lo ha precisado la Sala en asuntos de similar índole fáctica y jurídica al presente⁵, tal error se verifica trascendente, pues, en atención a ello se emitió sentencia de condena en contra del acusado por solo llevar consigo sustancia estupefaciente en cantidad superior a la dosis personal, sin que se comprobara que la misma estaba destinada a la venta o distribución.

Advertidos así los desaciertos en la decisión confutada, se impone a la Corte casar el fallo de segunda instancia, dado el equívoco entendimiento respecto del contenido del artículo 376 del Código Penal. Lo anotado conduce a que la sentencia impugnada deba ser revocada para, en su lugar, absolver a BRAYAN JOSÉ HIGUERA CRUZ del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes por el que fue acusado.

Se dispondrá la cancelación de las órdenes de captura emitidas en contra del procesado con ocasión del fallo de condena emitido por el Juzgado 56 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá.

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

RESUELVE

Primero: CASAR de oficio la sentencia de origen, naturaleza y contenido indicados al inicio de esta providencia.

Segundo: ABSOLVER, como consecuencia de la anterior determinación, a BRAYAN JOSÉ HIGUERA CRUZ por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Tercero: CANCELAR las órdenes de captura emitidas con ocasión del fallo de condena proferido por el Juzgado 56 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá.

Cuarto: INFORMAR a partes e intervinientes que contra la presente sentencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 CSJ SP025-2019, En. 23 de 2019, Rad. 51204.

2 CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760.

3 «ARTÍCULO 394. ACUSADO Y COACUSADO COMO TESTIGO. Si el acusado y el
coacusado ofrecieren declarar en su propio juicio comparecerán como testigos y
bajo la gravedad del juramento serán interrogados, de acuerdo con las reglas previstas
en este código.»

4 Sesión de 4 de abril de 2017 (1 hora, 34" y s.s.).

5 CSJ SP025-2019, En. 23 de 22019, Rad. 51.204.

10