

GÓMEZ GÓMEZ, DANIEL; FRANCO NOREÑA, DAVID ESTEBAN, "Comentario a la sentencia SP3191-2022 [Radicación 52032] Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. La intención de comercializar como elemento subjetivo especial del tipo penal de tráfico de estupefacientes", *Nuevo Foro Penal*, 101, (2023).

**Comentario a la sentencia SP3191-2022  
[Radicación 52032] Sala de Casación  
Penal de la Corte Suprema de Justicia. La  
intención de comercializar como elemento  
subjetivo especial del tipo penal de tráfico  
de estupefacientes**

*Commentary on the Court Judgement SP3191-2022 [File 52032] issued by the Supreme Court of Justice, Criminal Cassation Chamber. The intent to distribute as a special subjective element of the criminal offense of drug trafficking*

DANIEL GÓMEZ GÓMEZ\*  
DAVID ESTEBAN FRANCO NOREÑA\*\*

---

\* Profesor de la Universidad Católica de Oriente. Actividad adelantada en el marco del Grupo de Estudio Crítico de Ciencias Penales y Filosofía. [dgomezg@uco.edu.co](mailto:dgomezg@uco.edu.co)

\*\* Estudiante de décimo semestre de Derecho de la Universidad Católica de Oriente. [david.franco1994@uco.net.co](mailto:david.franco1994@uco.net.co)

## 1. Hechos jurídicamente relevantes y problema jurídico

En la sentencia SP3191-2022<sup>1</sup>, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, (en adelante, la Sala o la Corte), casó el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cali que confirmó la condena proferida contra una ciudadana por el delito de porte de estupefacientes, previsto en el art. 376 del Código Penal<sup>2</sup> y, en su lugar, absolvió a la procesada de ese cargo. El problema jurídico que abordó el fallo comentado consistió en si una mujer en estado de indigencia, a la que se encontró portando 9.1 gramos de bazuco, debía ser condenada por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo, de conformidad con la legislación penal.

## 2. Síntesis de los fundamentos

Como premisa mayor del razonamiento jurídico, la Corte recordó su jurisprudencia vigente en relación con el juicio de tipicidad del tipo de tráfico de estupefacientes. Según la providencia, a partir de la sentencia del nueve (9) de marzo de 2016<sup>3</sup>, la Sala ha entendido que: i) la tipicidad de la conducta de llevar consigo sustancia estupefaciente, psicotrópica o drogas sintéticas, implica un elemento subjetivo especial y es la finalidad de tráfico o distribución y, por tanto, la carencia de este ánimo, como sucede cuando se porta la droga para el consumo personal, genera atipicidad; ii) la cantidad de la sustancia no es el único factor relevante para definir la relevancia penal de la conducta definida en el tipo “llevar consigo”; y iii) la carga de la prueba del propósito exigido por el tipo pertenece a la Fiscalía General de la Nación, de conformidad con lo establecido en el inciso 2 del art. 7 del Código de Procedimiento Penal, que así lo establece.

Aunque la Sala indicó que habría sido correcto fundamentar el cargo de casación en el desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de las pruebas<sup>4</sup>,

1 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia SP3191-2022 del 7 de septiembre de 2022, Rad. 52032, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

2 La Sala estudió el recurso extraordinario de casación que presentó el Procurador 70 Judicial II de Cali, fundamentado en, por un lado, la violación directa por aplicación indebida del artículo 376 del Código Penal (en adelante CP) y, por otro, en la falta de aplicación de los artículos 29 y 49 de la Constitución Política. En síntesis, por cuanto el *ad quem* se equivocó al estimar que el estupefaciente que portaba la acusada estaba destinado a una actividad diferente del consumo personal.

3 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia SP2940-2016, Rad. 41760, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

4 La Corte fundamentó esta idea en que la inconformidad del recurrente se basó en que el Tribunal haya concluido que la sustancia portada no tuviera como destino el propio consumo, a partir de

la argumentación del recurso determinó adecuadamente la equivocación del fallo de segunda instancia, pues éste omitió la demostración del elemento subjetivo que se exige para la estructuración de delito de tráfico de estupefacientes en las modalidades portar o llevar consigo, que consiste en que el agente tenga la sustancia para fines de tráfico a través de la comercialización o distribución a otras personas, ingrediente que, para la Corte, conlleva que la conducta sea “potencialmente lesiva al bien jurídico de la salud pública.”

La Sala enfatizó en que la demostración del porte con fines diferentes al consumo, como hecho jurídicamente relevante, no fue tenido en cuenta en el escrito de acusación que presentó la Fiscalía contra la ciudadana y que, por tanto, no podría haberlo probado durante la etapa del juicio sin incurrir en una violación al principio de congruencia.

Tras recordar que, según sus precedentes, la prueba del propósito diferente al consumo corresponde al ente acusador y no al sujeto procesado<sup>5</sup>, la Corte consideró que en el caso concreto la Fiscalía se abstuvo de demostrar que la ciudadana acusada pretendía comercializar o distribuir la sustancia estupefaciente que le fue encontrada. Sin embargo, el Tribunal de instancia estimó equivocadamente que la procesada pretendía traficar el producto, a partir de i) la cantidad portada y de ii) la ausencia de prueba en relación con la calidad de consumidora de la procesada.

En este sentido, la Sala indicó que si se demuestra adecuadamente que la persona procesada es adicta, consumidora ocasional o circunstancial “y la sustancia que lleve consigo es para su propio consumo, lo que procede es la atipicidad de la conducta”<sup>6</sup>. No obstante, para la Corte, en el caso puntual la Fiscalía no atribuyó a la acusada la realización de actividades propias de la comercialización de estupefacientes, ni las acreditó.

---

critérios como i) la cantidad de droga incautada, ii) la no demostración de la condición de adicta, iii) el hecho de no haber sido sorprendida consumiéndola, iv) haberla arrojado por la llegada de la policía y v) que se tratara de una persona en situación de calle.

5 En palabras de la Sala: «la carga demostrativa de una finalidad distinta a la del consumo personal –distribución, comercialización o tráfico–, radica exclusivamente en cabeza de la fiscalía (SIC) “*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*”» (Cursivas de la sentencia). La Corte tomó estas palabras de la sentencia del treinta (30) de octubre de 2019, (Radicación. 53595), que casó la sentencia con que una persona fue condenada por el delito de tráfico de estupefacientes, bajo el argumento de que la persona que portaba 13.5 gramos de cocaína “*tenía una conducta sospechosa*” y que la forma en que se portaba dicha cantidad no era habitual de una conducta enmarcada por el autoconsumo. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia SP4752-2019, Rad. 53595, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

6 En respaldo de esta idea, la Corte puso de presente la sentencia de la Sala Penal del seis (6) de octubre de 2021. Radicación: 51359.

La sentencia enfatizó en que es equivocado suponer, como lo asumió el Tribunal de instancia, la intención de la acusada de traficar, en razón de la cantidad de droga que llevaba y por su precariedad económica, dada su condición de habitante de calle. En respaldo de esta afirmación, la Corte indicó que no es posible demostrar la intención de comercialización únicamente en la cantidad de sustancia encontrada. Además, resaltó que tal conclusión, entraña una perspectiva deshumanizante y discriminatoria, que criminaliza y excluye a la población de calle por su condición de vulnerabilidad, a partir de presunciones de culpabilidad como en las que incurrió el Tribunal al deducir el elemento subjetivo especial del tipo, es decir, la finalidad de tráfico o distribución, a partir de la precariedad económica de la acusada, señalando que, por ser habitante de calle, no tiene la capacidad económica suficiente para adquirir 9.1 gramos de bazuco.

En tal sentido, la Sala estimó que inferir el propósito de traficar la sustancia a partir de un criterio como éste, desconoce que los consumidores de bazuco son principalmente hombres de estrato socioeconómico 1 y 2. Esto significa que son personas sin mayores recursos financieros y que, incluso, son los habitantes de la calle en quienes se encuentra que la sustancia de mayor consumo es el bazuco, como consecuencia a su fácil acceso y bajo costo.

### **3. Aclaración de voto**

Un par de magistrados decidió aclarar el voto. Para ellos, responder adecuadamente el problema jurídico que suscitó el recurso de casación implicaba hacer referencia al enfoque diferencial con que los fiscales y los jueces de instancia debían haber abordado este asunto, pues fue procesada y condenada una mujer en situación de calle.

En su parecer, existen mandatos constitucionales que demandan de las autoridades la protección de las personas que, por su condición económica, física y mental, se encuentren en situación de debilidad manifiesta. En este sentido, enfatizaron en que la situación de los habitantes de calle es altamente lesiva de sus derechos a la igualdad y a la dignidad humana y, por lo tanto, exige que las autoridades adelanten acciones encaminadas a garantizar el respeto de los derechos de ese grupo poblacional.

Del mismo modo, los togados consideraron que la procesada es víctima de discriminación por su condición de mujer habitante de calle. Esta circunstancia pone de manifiesto que los fiscales y jueces están vinculados por el enfoque diferencial al investigar y juzgar delitos “siempre que pueda inferirse razonablemente que la

perpetración de la conducta tiene relación directa o indirecta con un contexto de discriminación sexista.”

En concreto, al retomar la sentencia del veintisiete (27) de julio de 2022<sup>7</sup>, recordaron que el enfoque de género implica que las autoridades identifiquen, cuestionen y superen “la discriminación social, económica, familiar e institucional a la que históricamente han estado sometidas las mujeres.” Por tanto, prosiguieron los jueces, la aplicación del enfoque de género obliga a indagar cuidadosamente los elementos contextuales de la infracción con los que se pueda deducir la presencia de hechos previos o “precedentes” de discriminación sexista que puedan entenderse como causa directa o indirecta, total o parcial del ilícito. Esta actividad sería, para los togados, una especificación del deber judicial de consultar las circunstancias de todo orden del autor de la conducta punible para adelantar el juicio de culpabilidad.

## 4. Comentario

### 4.1. A la decisión

El fallo reseñado se adhiere a la tendencia que, con más o menos aciertos, ha tenido la jurisprudencia en relación con los elementos del tipo penal de tráfico de estupefacientes. En este punto, resulta oportuno recordar que, en relación con el propósito de comercialización del delito referido, la jurisprudencia vigente entiende este requisito como un elemento tácito de la conducta punible<sup>8</sup>, a diferencia del criterio previo, conforme al cual se entendió que el mencionado elemento era un criterio de valoración de la antijuridicidad material de la conducta punible, amparado en las exigencias del principio de lesividad establecido en el art. 11 del Código Penal.<sup>9</sup>

En la configuración de la tesis actual, es interesante destacar que el cambio se ha producido al estimar que, el alcance de la prohibición del consumo de

---

7 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia SP2649-2022 del 27 de julio de 2022, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya, Radicación: 54044.

8 Además de la sentencia del nueve (9) de marzo de 2016, que es un hito en esta materia, porque reconceptualizó el significado dogmático de la finalidad del tráfico de estupefacientes, al ubicarla como elemento subjetivo especial del tipo y no como elemento de la antijuridicidad material, esta tesis ha sido acogida por la jurisprudencia posterior sin ningún matiz. Entre otras, es oportuno mencionar la sentencia del 6 de abril de 2016, Rad. 43512; del 11 de julio de 2017, Rad. 44997; del 28 de febrero de 2018, Rad. 50512; del 30 de octubre de 2019, Rad. 53595; del 6 de octubre de 2021, Rad. 51359 y del 26 de julio de 2023, Rad. 61694.

9 Este criterio fue definido en la sentencia del 12 de noviembre de 2014. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia SP 15519-2014 del 12 de noviembre de 2014, Rad. 42617, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

estupefacientes, establecida en el Acto Legislativo 02 de 2009, que modificó el art. 49 de la Constitución Política, no es de índole penal, sino terapéutico, pues pretende tratar el consumo de drogas como un asunto de salud pública y no de política criminal.<sup>10</sup>

Por lo tanto, la jurisprudencia ha aducido que, si el propósito del Constituyente fue excluir la sanción penal del consumo, entonces es acertado afirmar que el porte de sustancias penalmente relevante debe tener un propósito diferente a su consumo. Con esto, puede decirse que el argumento interpretativo con que se fundamentaría el tránsito de la antijuridicidad a la tipicidad subjetiva, en la ubicación del ánimo de traficar la sustancia como elemento del delito, es teleológico subjetivo y se apoya en una interpretación del tipo a la luz del mencionado acto legislativo.

Con esta postura, la Corte ha podido acotar el alcance de un bien jurídico, como la salud pública, cuyo carácter materialmente lesionable puede ser fundadamente puesto en duda, porque se ha afirmado que dicho bien es falsamente un bien jurídico colectivo en atención al carácter divisible de sus prestaciones.<sup>11</sup> En esta tarea, debe reconocerse la centralidad del concepto de dosis personal que, hoy por hoy, no se circunscribe a las cantidades definidas en el lit. j) del art. 2° de la Ley 30 de 1986, sino que hace referencia a los portes de sustancias que estén destinados al consumo. Por tanto, podríamos afirmar que la jurisprudencia ha atribuido nuevas consecuencias a este concepto porque al requerir el cumplimiento de un ingrediente subjetivo distinto del dolo, como el porte de la droga para su comercialización, despenaliza conductas que, a primera vista, podrían tener relevancia jurídico-penal. De esta forma, merece destacarse la labor de la Sala para extraer todas las consecuencias posibles de la descriminalización del consumo de la dosis mínima de narcóticos, decidida en la archiconocida sentencia C-221 de 1994.

Sin embargo, debemos recordar que frente al tráfico de estupefacientes el principio de lesividad también exige verificar si la conducta lesiona o pone

---

10 Esto sostiene la Corte en la mencionada sentencia del nueve (9) de marzo de 2016, en su fundamento jurídico 5, en los siguientes términos: «en la presentación del proyecto [de acto legislativo] se resaltó que no se buscaba penalizar con medida privativa de la libertad al consumidor *“sino que, por el contrario, se limita a reconocer medidas pedagógicas o terapéuticas a los consumidores y para los adictos medidas de protección coactiva, en el entendido que (SIC) estos constituyen un grupo marginado de la sociedad que se encuentra en estado de debilidad manifiesta, es decir aquellas personas que por sus problemas de drogadicción, requieren atención y tratamiento médico especializado por parte del Estado.”*» (Cursivas de la Corte)

11 Susana Soto Navarro. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. (Granada: Comares, 2003), 198 y siguientes.

efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien protegido. En esta misión, las alusiones a la libertad de configuración del Congreso de la República a que acude la jurisprudencia para justificar la sanción penal de esta conducta, no son suficientes para fundamentar adecuadamente la responsabilidad de un ciudadano. En efecto, aunque el legislador democrático tiene competencia para definir la política criminal, el juez penal debe corroborar, en el caso concreto, que la conducta del ciudadano satisface la relevancia social exigida por el mencionado principio.

En consecuencia, la jurisprudencia afronta el reto de estudiar este segundo orden de cuestiones para que la política criminal en relación con el tráfico de estupefacientes se apegue a la ley y a la Constitución.

#### **4.2. A la aclaración de voto**

Por otro lado, resulta importante determinar si, para el caso sometido a examen, era necesario tener en consideración el mencionado enfoque de género para resolver el problema jurídico que suscitó el recurso de casación. Ante tal interrogante, advertimos que es importante tener en cuenta que, en el Código Penal actual existen conductas en donde se tiene en consideración tal condición tanto al momento de hacer el juicio del injusto como el de culpabilidad. Ejemplos de esto lo constituye la mujer como sujeto pasivo en el tipo penal de violencia intrafamiliar (artículo 229 CP) y en el feminicidio (artículo 104a CP). En estas conductas, se podría decir que hay un mayor daño al bien jurídico fundado, precisamente, en la condición de género. De igual manera, tal condición no solo resulta importante en sede de antijuridicidad al evidenciarse un mayor grado de injusto, también cobra relevancia en sede de culpabilidad. Allí, en el juicio de culpabilidad, los asuntos de género pueden justificar, según la Corte, una atenuación de culpabilidad en el sujeto activo de la conducta; es decir, la condición de género en nuestro ordenamiento jurídico puede llegar a configurar un juicio de exigibilidad de otra conducta más morigerado.

Correa Flórez ha advertido que la condición de género tiene implicaciones importantes en sede del injusto penal, pues señala que existen agravantes punitivas cuya razón es la condición de género<sup>12</sup>. Un ejemplo de ello es lo establecido en el artículo 119 del CP que remite a las agravantes del homicidio consagradas en el artículo 104. El inciso 2 de la primera disposición aludida, establece que habrá lugar a una agravación punitiva “[c]uando las conductas señaladas en los artículos anteriores se cometan en (...) mujer por el hecho de ser mujer (...)”. En este

---

12 María Camila Correa Flórez, “La violencia contra las mujeres en la legislación penal colombiana”, *Nuevo Foro Penal*, 14(90), 2018, 11–53. <https://doi.org/10.17230/nfp.14.90.1> .

sentido, esta agravación punitiva implica que cuando alguna de las conductas de lesiones personales consagradas en los artículos 112, 113, 114, 115, 116 y 116A, del Código Penal se cometa contra una mujer, como manifestación de violencia de género, habrá lugar a una mayor pena fundada no solo en un mayor desvalor de la acción por la finalidad discriminatoria, sino también en un mayor desvalor de resultado debido a los actos de discriminación que son una violación directa a la dignidad humana. Por esta razón, concluye la autora citada que en los eventos en que las mujeres son víctimas de lesiones personales como manifestación de la violencia de género, no sólo se les está afectando su integridad física, sino también su dignidad y es allí en lo que radica el mayor desvalor de resultado de estas conductas, por lo que en estos casos siempre se debe aplicar el agravante para que haya una íntegra valoración del injusto<sup>13</sup>.

Con lo expuesto, es preciso recordar que la conducta que se reprocha en la sentencia examinada nos ubica en el plano del injusto. Esto, por cuanto en sede de tipicidad es donde se deben analizar los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal descrito en el artículo 376 del Código Penal y, en sede de antijuridicidad, se determina el daño al bien jurídico. En este sentido, es preciso indagar lo siguiente: ¿qué ocurriría si la conducta que se le endilga a esta mujer habitante de calle fuera cometida por un hombre? Advertimos que muy dudosamente puede decirse que la condición de género sea relevante a la hora de hacer un análisis del injusto como el que se realizó por parte de la Sala, al estudiar el tipo penal mencionado.

En síntesis, en el Código Penal hay algunos elementos, tanto en sede de injusto como de culpabilidad, que, con mayores o menores desaciertos, se tipifican para prevenir la discriminación por razones de género. Sin embargo, los magistrados no precisan por qué tener en cuenta el enfoque de género, en el caso puntual, podría haber sido relevante para resolver el problema jurídico que se formuló en la discusión durante el trámite en casación. Además, si, según la jurisprudencia que citaron los magistrados que aclararon el voto, el enfoque de género es relevante para adelantar el juicio de culpabilidad<sup>14</sup>, tampoco queda clara la importancia de incluir este tipo de razonamientos en la sentencia si la jurisprudencia vigente resuelve el asunto en discusión en sede de injusto.

---

13 María Camila Correa Flórez, "La violencia contra las mujeres en la legislación penal colombiana.", 21.

14 Se recuerda que esto fue indicado en la sentencia del veintisiete (27) de julio de 2022 (radicación: 54044).



## Bibliografía

- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia SP281 del 26 de julio de 2023, Rad. 61694, M.P. Fabio Ospitia Garzón.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia SP3191-2022 del 7 de septiembre de 2022, Rad. 52032, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia SP2649-2022 del 27 de julio de 2022, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya, Radicación: 54044.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia SP4532-2021 del 6 de octubre de 2021, Rad. 51359, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia SP4752-2019 del 30 de octubre de 2019, Rad. 53595, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia SP497-2018 del 28 de febrero de 2018, Rad. 50512, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia SP9916-2017 del 11 de julio de 2017, Rad. 44997, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia SP4131-206 del 6 de abril de 2016, Rad. 43512, M.P. Eugenio Fernández Carlier.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia SP 15519-2014 del 12 de noviembre de 2014, Rad. 42617, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.
- Correa Flórez, María Camila. "La violencia contra las mujeres en la legislación penal colombiana." *Nuevo Foro Penal* 14, n°90 (2018): 11–53. <https://doi.org/10.17230/nfp.14.90.1>
- Soto Navarro, Susana. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Granada: Comares, 2003.