

Bogotá, Octubre 14 de 2020

Honorable Magistrado

EYDER PATIÑO CABRERA

Sala de Casación Penal

Corte Suprema de Justicia

Ciudad

Referencia: Casación Radicado No. 54346

Procesado: JUAN CARLOS VARGAS POSADA

Delito: Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes.

JAVIER FERNANDO CÁRDENAS PÉREZ, Fiscal Tercero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia y haciendo uso del término consagrado por el artículo 184 de la ley 906 de 2004, me permito presentar dentro del término legalmente establecido de manera escrita y de conformidad con lo establecido en el acuerdo 020 del 29 de abril de 2020 mis alegaciones, para que sean tenidos en cuenta al momento de resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado.

HIPÓTESIS DE HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

En Bogotá, el 27 abril de 2017, específicamente en el inmueble ubicado en la carrera 125 No 64c – 65, el señor JUAN CARLOS VARGAS POSADA, tenía consigo un arma de fuego sin la respectiva autorización, así mismo dos gramos en peso neto de cocaína distribuidos en 6 paquetes (bolsas plásticas) una bolsa con 40 bolsas más de similares características (sin uso), dinero en efectivo, la cédula de ciudadanía de una persona diferente al acusado (Jorge Iván Murcia Gómez), droga y documentos que fueron hallados escondidos debajo del colchón donde se encontraba el procesado.

ACTUACIONES PROCESALES RELEVANTES

Para los efectos de la decisión de esta demanda de Casación considera la Fiscalía que resulta importante hacer referencia a algunos aspectos encaminados a la construcción de los argumentos que se pondrán a consideración del Honorable Magistrado.

Lo primero que debe indicarse es que la información que recibió la policía indicaba que en los inmuebles referidos se estaba expendiendo estupefacientes.

La policía judicial en cabeza LORENA MARCELA CARVAJAL AREVALO realizó actos de verificación que le permitieron observar (i) que quienes acudían allí eran habitantes de calle, personas que consumían estupefacientes, (ii) que ingresaban y salían sin mayores demoras, (iii) no observó a ninguna persona comprando o recibiendo a cualquier título droga o cualquier sustancia estupefaciente.

Lo observado y testimoniado por la funcionaria fue suficiente como “motivo fundado” para ordenar el registro, de dos inmuebles, uno de ellos en el que fueron encontrados el condenado e incautada la evidencia que sirvió como soporte al delito de porte de arma y luego al de fabricación y tráfico de estupefacientes.

Posterior a la imputación, el ciudadano VARGAS POSADA realizó un preacuerdo con la Fiscalía General de la Nación con respecto al delito de porte de arma de fuego de defensa personal, y decidieron continuar con el trámite en materia de estupefacientes.

Por este último delito, se presentó escrito de acusación bajo la modalidad de CONSERVAR, se llevaron a cabo las audiencias: preparatoria y de juicio oral, en desarrollo de las mismas, se pudo establecer: (i) que la sustancia incautada era cocaína, (ii) su peso neto dos gramos, (iii) estaba separada en dosis.

En juicio declaró RITA LORENA MARCELA CARVAJAL AREVALO, dando cuenta de las labores de verificación que realizó y su resultado.

Al momento de presentar los alegatos de clausura la Fiscalía solicitó la absolución al considerar no se había logrado el grado de conocimiento exigido manteniéndose la presunción de inocencia, ya que la "conservación" tenía como finalidad el propio consumo, solicitud que por supuesto fue coadyuvada por la defensa.

INTERVENCIÓN

CARGO UNO: Aplicación errónea de una norma, con respecto a los artículos 375 y 382 de la Ley 906.

El primero referido a la pertinencia y el segundo a los medios de conocimiento, con respecto al primero en relación con los cargos no parece tener relación, ya que los cargos están encaminados a la valoración de los medios de prueba.

Propone como primer problema jurídico el demandante si los Indicios son medios de prueba, y si de ser una construcción argumentativa, en el caso concreto fueron probados los hechos indicadores.

Para ello se plantea por la Fiscalía si hay una:

INDEBIDA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS INDICIOS

Dice el demandante que los falladores se equivocan, al arribar a la conclusión de responsabilidad a partir de "indicios", básicamente con dos reproches (i) no están probados los hechos indicadores (ii) al incluir los indicios como medio de conocimiento, realiza una interpretación extensiva desbordando la interpretación literal de la norma.

Iniciaremos con el segundo reproche, para indicar que los jueces no hicieron nada diferente a dar aplicación al análisis de la prueba en conjunto, podríamos decir que en el mismo párrafo el demandante otorga la respuesta a su inquietud, cuando indica que los "indicios" no son pruebas en si mismos como categoría de "medios de prueba", sino que son construcciones lógicas, lo que debe probarse son los hechos indicadores, es decir este reproche en la misma demanda queda sin sustento.

Con respecto al primer reproche, es decir que los hechos indicadores NO están probados, realizaremos el siguiente análisis:

CONSTRUCCIÓN DE RESPONSABILIDAD REALIZADA POR LOS JUECES DE INSTANCIA

Sin que fuera construido de la manera en la que este funcionario la presentará, de la lectura de la decisión puede establecerse que la

construcción indiciaria para deducir la responsabilidad del señor Juan Carlos Vargas Posada parte de la afirmación "CONSERVABA COCAÍNA CON FINES DIFERENTES A SU CONSUMO", por lo cual su conducta es típica ya que:

HECHOS INDICADORES PROBADOS:

- (i) El inmueble era señalado como un lugar donde expendían droga.
- (ii) Al mismo acudían personas habitantes de calle y consumidores quienes entraban y salían de manera rápida, según lo declaró LORENA MARCELA CARVAJAL.
- (iii) La sustancia estupefaciente tipo cocaína estaba a su alcance.
- (iv) No estaba en lugar visible, estaba escondida específicamente debajo de su colchón.
- (v) La sustancia estaba dispuesta en forma de dosis.
- (vi) Había en ese lugar más empaques de las mismas características solo que estos otros (40) eran limpios o nuevos
- (vii) La sustancia era la misma (homogeneidad de la sustancia).
- (viii) Además de la sustancia había un arma, una cédula de un tercero distinto al acusado, dinero en efectivo.
- (ix) El Ciudadano condenado VARGAS POSADA es adicto.

Analizadas, se encontró aplicando las reglas de la sana crítica la construcción de los siguientes

HECHOS INDICADOS

1. A pesar de que el señor VARGAS POSADA es un consumidor, es posible que un consumidor expendiera.
2. Que el sitio estuviera destinado para la venta no fue probado, pero no es razonable que en un pequeño lapso de tiempo, cuando la investigadora realizaba actos de corroboración observara y diera en cuenta en juicio de la presencia de personas consumidoras.
3. Se admitió su tenencia, dando como explicación de la misma el posterior consumo.
4. Cuando una persona tiene una sustancia para su consumo no es habitual que la misma se divida en dosis homogéneas.
5. La división en paquetes separados de una dosis pequeña se genera para suministrar a terceros.
6. Si el ciudadano estaba en su casa y la sustancia era para su consumo, el esconderlas no es una actitud razonable.
7. Ninguna explicación se suministró sobre la tenencia de la cédula, y la experiencia judicial enseña que los consumidores cuando acuden a adquirir los alucinógenos dejan en una especie de "empeño" sus documentos como respaldo a la deuda.

TESIS QUE RESULTA DE MAYOR PROBABILIDAD SEGÚN LOS JUECES DE INSTANCIA

Que el señor VARGAS POSADA tenía la sustancia para objetivos diferentes a su consumo, luego la CONSERVACIÓN imputada es típica y penalmente relevante, lo que permite la construcción de la condena.

En sentir de este delegado, el cargo debe prosperar, ya que vistos de manera individual los hechos indicadores no permiten llegar a la conclusión que el ciudadano tenía la sustancia para una actividad diferente a su consumo.

En primer lugar debe decirse que es deficiente la actividad investigativa de la Fiscalía, en tanto que si tenía como propósito establecer una "venta" los actos de investigación debieron encaminarse a tal fin, si la investigadora llevo a cabo labores de verificación que daban cuenta de lo que ella llamo visitas de consumidores, esto no se debió quedar en el plano de lo especulativo, una afirmación de la entidad de "visitaban asiduos consumidores" debió tener respaldo en evidencia más allá de la observación de la investigadora, quien nunca dijo en juicio ver la sustancia y por el contrario es categórica en afirmar que no había podido establecer una venta.

En las sentencias se aduce que la CONSERVACION tiene una finalidad diferente al consumo, lo que la hace típica, de la alternatividad de los

verbos rectores que contempla el artículo 376 "(...) 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 ", no es acertado que los jueces de instancia en el caso de la primera instancia ni siquiera lo refiera, y en el de la segunda instancia recuerde que se trata de "conservar" con la finalidad de "suministrar", lo que resultaría en un argumento anfibológico.

Lo primero que debemos hacer es recordar que en los procesos de subsunción para la construcción de los hechos jurídicamente relevantes la "interpretación de la norma" obliga a que las expresiones impersonales, generales y abstractas que tiene el legislador sean conocidas por el interprete y en tal sentido a partir de su significado evalúen si un caso particular es adecuado o no.

Ha sostenido la honorable Corte Suprema de Justicia en radicados como el 11297 de 1996, 16823 de 2003 y 20376 del mismo año, en los que **CONSERVAR** se explica esta acción como:

"...[P]artiendo de la base gramatical, se tiene que de conformidad con el Diccionario de la real Academia de la lengua, conservar significa en la acepción apropiada para los efectos que ahora nos ocupan, "mantener una cosa o cuidar de su permanencia, mantener vivo y sin daño a alguien, guardar con cuidado una cosa" mientras que por almacenar se entiende "poner o guardar en almacén, reunir o guardar muchas cosas"

y por Almacén, “casa o edificio donde se venden o guardan cualesquiera géneros”, siendo [claro] que desde la primaria exégesis ya se evidencian importantes diferenciaciones entre una y otra dicción, pues, mientras en la conservación el fin de quien realiza la conducta es el de buscar la inmutabilidad de determinado objeto, en el almacenamiento necesariamente se exige una pluralidad de objetos que se van aumentando o por lo menos, ese es fin inmediato que determina una tal acción, pero no para perseguir su inmutabilidad, sino por el contrario, “su venta” en la acepción gramatical, o lo que llevado a la contextualización y dinámica de los objetos de que trata la norma en análisis, esto es las armas y municiones, bien su ilegal comercio o su uso, claro está, también ilegal”.

Y aunque ello es en el marco de los delitos de “fabricación, tráfico o porte de armas de fuego”, la acepción del verbo rector puede ser utilizada para el caso en análisis,

“queda claro que “conservar” es un vocablo que traduce una actitud de pasividad frente a un objeto, hasta el punto que bien podría describir la simple tenencia, desprovista de una finalidad específica.

Entonces es un error de ambos funcionarios cuando indican que “CONSERVABA” con una finalidad distinta al consumo, el verbo rector seleccionado para la imputación no podría de cara a la cantidad que se

tenía y a los hechos jurídicamente relevantes que se construyeron a su alrededor ser este.

Podríamos entonces afirmar que existe la violación de la que habla el demandante, ya que el proceso inferencial partió de hechos indicadores probados en el juicio y pero la relación de mayor probabilidad entre el hecho indicador y el hecho indicado es de mínima, lo que permite decir que el poder suasorio de los mismos **no hace plausible la construcción** indiciaria realizada por los jueces de instancia de cara al verbo rector imputado, en conclusión el cargo debe prosperar.

Sería esto suficiente para no continuar con el análisis de la demanda, pero se presentarán los argumentos con respecto a los demás cargos, en consideración a que la Sala no esté de acuerdo con lo expuesto con respecto al primer cargo.

CARGO SEGUNDO: Violación al debido proceso, por desconocimiento del principio de Congruencia.

Indica el demandante que la imputación y la acusación están basadas en la CONSERVACION como verbo rector, y a ello encaminaron su defensa, pero los Jueces de Primera y Segunda instancia desconocieron esta situación y:

(i) La sentencia de primera instancia no dice cuál es el verbo rector por el que se emite condena, (ii) en la clausura la solicitud de la Fiscalía fue

de absolución y aunque admite que existe una postura jurisprudencial que permite a pesar de ello la condena indica que (iii) "esta descartada de plano la condena basada en indicios"

Al respecto debe indicarse, que el Tribunal no varió el verbo rector imputado, pero el problema jurídico en este caso es de mayor calado y se dejó planteado en el análisis del cargo anterior, ya que en sentir de este delegado tanto la Fiscalía como la Judicatura tienen un error al hacer el proceso de subsunción con el verbo rector "Conservar" y desarrollar en su teoría un "suministro", que aparece como una de las alternativas normativas, lo que constituiría un error, pero que más que frente a la congruencia lo es de cara a llevar el conocimiento en el grado exigido.

Es cierto, como lo indica la defensa, que la clausura ya no hace parte de la congruencia, pues por vía jurisprudencial se ha variado la regla normativa que indicaba que no se podía condenar por hechos de los que, entre otros, "no se hubiere solicitado condena", para tenerse hoy como teoría la posibilidad del juez de apartarse de la solicitud de absolución, sin que sea necesario ahondar en este punto.

Que se descarta la condena basada en indicios es una afirmación que no aparece ni a la decisión referida, ni en ninguna regla normativa u otra decisión judicial, la única tarifa existente en el ordenamiento jurídico es que no puede condenarse "basado" únicamente en prueba de

referencia, el análisis que en el presente caso debe hacerse es si los hechos indicadores están probados y sin con ellos se llega al grado de conocimiento exigido, lo que de nuevo nos lleva al primer cargo, que consideramos debe prosperar.

TERCER CARGO: Desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba, cuando se hace un análisis en conjunto de la prueba, se concluye equívocamente que (i) los hechos se desarrollaron en la residencia del encartado, (ii) era señalado como expendedor, (iii) se observó ingreso de personas habitantes de calle o consumidores de estupefaciente, ya que:

- Nunca se capturó alguno de los que acudían con droga o comprando estupefacientes.
- La fuente humana habló de marihuana y lo que se incautó fue cocaína.
- Aunque la testigo dijo que eran como 40 bolsas las encontradas, eso no tiene un soporte en otra evidencia, porque en la incautación no se dejó registro de ese hecho.
- El dinero no fue de baja denominación.
- No fueron encontrados otros elementos o utensilios usados para la distribución de estupefaciente.
- La incautación del arma se utiliza para construir los argumentos.

Si se observa este cargo tiene las mismas bases fácticas del primero, por eso lo único que debe aclararse es que en la construcción de los

argumentos no se desconocieron las precisiones que hace el abogado, lo que va de la mano de desconocer el principio de presunción de inocencia, que es la base del primer cargo que consideramos está llamado a prosperar.

Este cargo muestra con mayor riqueza argumentativa que los presupuestos de la defensa no encuentran respuesta en la prueba manteniéndose la presunción de inocencia.

SOLICITUD

Las anteriores consideraciones son suficientes para que este Delegado solicite a la Corte que se revoque la sentencia condenatoria y prospere la demanda y en consecuencia se case la sentencia impugnada, para que sea absuelto el ciudadano JUAN CARLOS VARGAS POSADA.



JAVIER FERNANDO CÁRDENAS PÉREZ

Fiscal Tercero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia

