

Bogotá D.C., 8 de julio de 2020

Doctor
GERSON CHAVERRA CASTRO
Magistrado Ponente
Sala de Casación Penal
Corte Suprema de Justicia
Ciudad

REFERENCIA: Alegato de sustentación de no recurrente de demanda de casación, radicado No. 56087.

Señor Magistrado:

Con motivo del Acuerdo No. 020 del 29 de abril de 2020, numeral 3.1, proferido por la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal, respetuosamente se presenta en el asunto de la referencia, **sustentación escrita**, dentro del término previsto, una vez estudiada la demanda de casación incoada por el Procurador 87 Judicial II Penal de Villavicencio, contra la sentencia de abril 8 de 2019, emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa misma ciudad-Sala de Decisión Penal.

I. De la legitimación en la causa por activa

De la lectura del artículo 182 de la Ley 906 de 2004 se desprende que están legitimados para recurrir en casación las partes e intervinientes que tengan interés para legitimarse.

Si bien el Personero Municipal de Puerto López -Meta, no participó en las diferentes etapas procesales, lo cierto es que el aquí demandante acudió al llamado del juzgador de segunda instancia a intervenir en la audiencia de lectura de la providencia objeto de ataque, en protección de derechos fundamentales constitucionales, como el debido proceso y el derecho de defensa, por ende, ésta Delegada no encuentra motivos para desestimar el interés que asiste al Agente del Ministerio Público, por la función que cumple en el proceso penal, máxime que dicho escrutinio fue superado por la Sala de Casación Penal al momento de admitir la demanda.

II. CARGO PRINCIPAL: DESCONCIMIENTO DEL DERECHO DE DEFENSA POR INCURSIÓN EN UN VICIO DE GARANTÍA DERIVADA EN LA NO CONVOCATORIA DEL JUSTICIABLE A LAS DISTINTAS AUDIENCIAS CELEBRADAS ANTE EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA.

Bajo el amparo de la causal segunda del artículo 181 de la Ley 906 del 2004, el demandante pide a la Corte se decrete la nulidad del proceso desde la audiencia preparatoria, inclusive, porque el condenado nunca fue citado a comparecer a ella o a las vistas siguientes.

La Fiscalía considera que el cargo presentado no tiene vocación de prosperidad, en la medida que la consecuencia jurídica perseguida por el demandante (nulidad) no se acompasa con el sentido dado a la causal invocada, pues el verro de garantía advertido no generó la invalidación de lo actuado.

✓

Sobre la causal invocada por el demandante, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha expuesto que el numeral 2º consagró el tradicional motivo de nulidad por *vicios in procedendo*¹, es decir, permite atacar los fallos cuando se han producido con desconocimiento del debido proceso o de las formas propias del juicio (yerro de estructura) o con violación de las garantías debidas a cualquiera de las partes (yerro de garantía).

En tal caso, debe tenerse en cuenta que las causales de nulidad son taxativas² y que la demanda, bien sea de vulneración del debido proceso o de garantías fundamentales, requiere de claras y precisas pautas demostrativas³.

Bajo ese contexto, cuando lo que se acusa es el “quebrantamiento del debido proceso, el actor está en la obligación de precisar en cuál de los diferentes eslabones concatenados y subsiguientes que lo estructuran se presentó el irremediable defecto, verbigracia, en la formulación de la imputación, en la formulación de la acusación, en el juicio oral, en alguna de las audiencias de obligatoria realización o en los fallos de instancia. También le corresponde al censor demostrar que la irregularidad cometida durante el desarrollo del proceso e inadvertida en el fallo, incide de tal manera que para remediarla no queda ninguna alternativa distinta a invalidar las diligencias y por eso quien asó alega debe indicar con precisión el momento procesal al que han de retrotraerse las actuaciones una vez excluidas las alcanzadas por los vicios”⁴

¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia Radicado No. 34102, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés, del 17 de junio de 2010.

² *Ibidem supra*. P. 133, remite Ley 906 de 2004, artículo 458. Son ellas: nulidad derivada de la prueba ilícita y cláusula de exclusión (artículos 23 y 455); nulidad por incompetencia del juez (art. 456); y, la nulidad por violación a garantías fundamentales derecho a la defensa y debido proceso, en aspectos sustanciales (art. 457).

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto de 24 de noviembre de 2005, Radicado No. 24323.-

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Radicado No. 31198, M.P. Yesid Ramírez Bastidas, 27 de febrero de 2009.

En el traslado, a esta Delegada se allegó el escrito de acusación en el cual quedó consignada la pretensión de la Fiscalía 32 Seccional de Puerto López, que convocó a juicio al ciudadano JONATHAN ANDRÉS ÁVILA ORJUELA por el reato de Tráfico, Fabricación o porte de Estupefacientes, destacándose la siguiente información:

"(...) Lugar de residencia, Dirección carrera 3 No. 3 – 24, Barrio Saucedal de Puerto Gaitán, Departamento del Meta, Teléfono: 3114769176 (...)"

Sin embargo, pese a que la Fiscalía contaba con el informe de investigador de campo, relativo a la verificación de arraigo del entonces acusado y fue suscrito por el Patrullero JESÚS ALBERTO PINTO CRISTANCHO⁵, al parecer, lo contenido allí no permitió su pronta y oportuna notificación a las diferentes diligencias judiciales.

Adicionalmente, se evidenció, según expuso el demandante, que el fiscal del caso durante el desarrollo de la audiencia del juicio oral, aseguró haber gestionado comunicación con el procesado, aportando al efecto una dirección de notificación distinta a la suministrada por éste, al igual que la defensora pública sostuvo que pidió misión investigativa para dar con la ubicación de su defendido, logrando el aplazamiento de dicha diligencia.

Ahora bien, respecto de la vulneración del derecho a la defensa técnica, considera esta Delegada que el demandante no sustentó el estado de plena indefensión del condenado en materia de asistencia jurídica, porque en realidad la trascendencia del cargo radica en controvertir la postura defensiva asumida por el defensor público,

⁵ Información extraída del Escrito de Acusación elaborado por el Fiscal 32 Seccional de Puerto López (Meta)

aludiendo en varias oportunidades a la ya señalada negligencia respecto a informar de la realización de actuaciones en su causa y la inactividad probatoria.

Si bien para esta Delegada pudo surgir alguna omisión por parte de la judicatura y el propio fiscal del caso, en adelantar las gestiones necesarias para perfeccionar los actos de notificación de las diligencias al acusado ÁVILA ORJUELA, lo cierto es que, dicha circunstancia no permite estructurar alguna nulidad, porque no puede desconocerse que durante toda la actuación estuvo presente el defensor público interviniendo materialmente, argumentando una estrategia jurídica, por sus intereses.

Se considera que, *“no toda violación de las garantías fundamentales se corrige a través de la nulidad”*, pues no todas son de naturaleza procesal, como lo ha sostenido la Sala de Casación Penal, el principio de favorabilidad, como el de legalidad de los delitos y de las penas y la prohibición de la *Reformatio in pejus*, son garantías fundamentales que amparan al procesado en la declaración o aplicación del derecho material, por lo que su quebrantamiento configura un desatino de juicio y no de actividad que, como tal, no se corrige a través de la nulidad, sino modificando o revocando el fallo y dictando el que debe reemplazarlo, por lo que la vía correcta de ataque es la causal primera.”⁶

Dicha posición obedece al perfilamiento que el propio demandante finalmente señaló en la trascendencia del cargo formulado, en la medida que el yerro jurídico atribuido a la sentencia de segunda instancia, no es otro que la débil actividad probatoria del ente

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia Rad. 11618, M.P. Jorge Córdoba Poveda, 14 de septiembre de 1999.

v/

acusador, la cual no fue advertida en las diferentes instancias, *verbi gracia*, el valor probatorio definitivo atribuido a la Prueba de Identificación Preliminar Homologada (PIPH), y la omisión en la verificación de los elementos subjetivos del tipo penal, específicamente, a la presumible condición de consumidor habitual o recreativo de JONATHAN ANDRÉS ÁVILA ORJUELA, falencias que debían presentarse a través de la violación directa de la ley sustancial, por error de derecho, motivado por el falso juicio de existencia y falso juicio de identidad, según corresponda.

Advertida la innecesaria aplicación de la nulidad, la finalidad primaria de este recurso (*efectividad del derecho material*), cobraría vigencia si la casación oficiosa fuera adoptada en las presentes diligencias.

III. CARGO SUBSIDIARIO: VIOLACIÓN DIRECTA DE LA NORMA SUSTANCIAL POR INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DEL ARTÍCULO 376 DEL CÓDIGO PENAL.

Al amparo de la causal 1ª del artículo 181 de la Ley 906 del 2004, el demandante solicita a la Corte Suprema de Justicia, CASAR OFICIOSAMENTE el fallo de segundo grado, porque se encuentra demostrado que hubo interpretación errónea del tipo penal imputado.

La Fiscalía considera que este cargo tiene vocación de prosperidad, en la medida que en el proceso penal no se encuentra demostrado el elemento subjetivo del delito, toda vez que no se acreditó la finalidad de distribución o comercialización que demanda el verbo alterativo «llevar consigo», determinación que sería más favorable a los intereses de acusado que la solicitud de nulidad impetrada por el censor.

7/

La Corte Suprema de Justicia, a través de la Sala de Casación Penal, estableció criterios de interpretación del tipo penal del artículo 376, a partir de los métodos legales tradicionales, *“para pasar luego a decantar que el porte de sustancias estupefacientes en cantidad superior a los límites establecidos como dosis para el uso personal, constituía un delito de peligro abstracto que contenía una presunción iuris tantum de antijuridicidad, que admitía prueba en contrario, cuando se trataba de cantidades ligeramente superiores a las previstas como dosis para uso personal, y iuris et de iure, que impedía su controversia cuando se excedía el límite de la dosis personal por fuera de los criterios de razonabilidad”*⁷; hasta arribar a la tesis, según la cual, para la configuración del tipo penal subjetivo⁸ y con independencia de la cantidad portada, es necesario demostrar que el propósito del sujeto agente que lleva consigo la sustancia estupefaciente es su venta o comercialización a terceros, porque si el objetivo es el propio consumo atendiendo la condición de consumidor o de adicto de quien la lleva consigo, la conducta deviene en atípica.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, en una línea jurisprudencial actualmente consolidada⁹, colocó el acento determinante de la tipicidad de la conducta, en la finalidad perseguida por el sujeto agente, y no únicamente en la cantidad que se lleva consigo, con lo cual la cantidad de la sustancia estupefaciente deja de ser un factor preponderante o el único.

⁷ Cfr. CSJ. SP. del 17 agosto del 2011, Rad. 35978.

⁸ La Sala explicó en la SP. del 11 de julio de 2017, Rad. 44997, que se trata *«de ingredientes de carácter intencional distintos del dolo que suelen emplearse para describir los tipos penales y que poseen un componente de carácter anímico relacionado con una peculiar finalidad del sujeto realizador de la conducta descrita y que tiene como función la de definir el riesgo jurídicamente relevante, esto es, sirven para confirmar o rechazar la tipicidad de la conducta en el plano material dentro del proceso de imputación objetiva.»*

⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Rdo. 53595 de 30 de octubre de 2019

Así lo explicó¹⁰:

«[l]a dosis personal que genera atipicidad de la conducta por la circunstancia de cantidad no es solamente la que determina el literal j) del artículo 2 de la Ley 30 de 1986, como hasta ahora se ha venido entendiendo por la jurisprudencia, sino también la que se demuestre en el proceso en un monto superior a esa regulación pero siempre que sea necesaria para el consumo del sujeto que está siendo procesado dada su situación personal en el caso concreto, pues la presunción establecida por el legislador acerca de lo que se debe entender por dosis personal es legal y admite demostración en contrario.

*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, suministrarla o portarla con ánimo diverso al consumo personal.». (Negritas agregadas).*

En igual sentido, la Corporación Judicial señaló que la cantidad de estupefaciente llevado no constituía el único criterio, de la tipicidad de la conducta, siendo necesario recurrir a otros factores tendentes a demostrar la lesividad del comportamiento, *«pues tratándose de bienes jurídicos supraindividuales los protegidos en este caso por el legislador, su afectación no depende de una cantidad concreta de sustancia psicoactiva, cuando el riesgo no trasciende la esfera privada del portador y, por lo tanto, no interfiere en derechos ajenos susceptibles de protección penal.»¹¹.*

En ese orden, se tiene que el fundamento probatorio del elemento típico subjetivo de las sentencias de instancias, se basó en que la cantidad de la sustancia era de seiscientos cincuenta y ocho (658)

¹⁰ CSJ. SP. del 9 marzo de 2016, Rad. 41760.

¹¹ Cfr. CSJ. SP. del 11 de julio de 2017, Rad. 44997.

7

gramos de marihuana, superior a la dosis personal establecida en el numeral j) artículo 2 de la Ley 30 de 1986, hallada al interior del morral, contenida en dos (2) bolsas de color negro, de propiedad del Soldado Profesional JONATHAN ANDRÉS ÁVILA ORJUELA, situación acreditada por el S.V. LUIS OVEIMAR FIGUEROA, miembro adscrito al batallón de instrucción BITTER No. 28¹², así mismo por la fijación fotográfica realizada por el Patrullero DARÍO FERNANDO VICTORIA LÓPEZ y el resultado arrojado en la Prueba de Identificación Preliminar Homologada, positivo para cannabis y sus derivados cuyo informe fue signado por el SI. FABIÁN CAMILO DUSSÁN CUBILLOS.

En cuanto a la cantidad de estupefaciente portada, la Sala de Casación Penal examinó con anterioridad, que no es posible acreditar la intención de comercialización o venta de ello, porque en ningún momento el Ente acusador del Estado demostró la materialización de actos por parte de ÁVILA ORJUELA, dirigidos a trasladar la tenencia de la sustancia a otra u otras personas, o que fuese observado en actividades de comercio del estupefaciente, o que fuera señalado por otras personas de ello, o que portara alguna cantidad de dinero que permitiera inferir que realizaba alguna actividad comercial, o cualquier otro supuesto fáctico que probara con suficiencia la intencionalidad de distribución o comercio¹³.

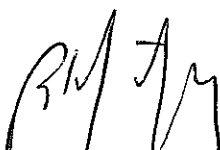
Por las razones expuestas, esta Delegada considera procedente la solicitud de casación oficiosa por violación directa de la ley sustancial que deviene de la indebida aplicación del artículo 376 del Código Penal, contrario a lo aducido en la sentencia de segunda instancia, el tipo penal subjetivo no se configura, lo cual conduce a un resultado más favorable para el acusado que la nulidad requerida por el demandante y, por lo tanto, se atenderá favorablemente la solicitud.

¹² Informe de la policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia FPJ-5, calendado el día 20-12-2014, reseñado en el escrito de acusación folio 4.

¹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Rdo. 53595 de 30 de octubre de 2019.

En resumen, la Fiscalía se permite sugerir de manera muy respetuosa, a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, **casar** **oficiosamente** el fallo impugnado.

Atentamente,



ELBA BEATRIZ SILVA VARGAS

Fiscal Octava Delegada ante la Corte Suprema de Justicia