



Bogotá, D.C., 8 de julio de 2020

Oficio PSDCP -CON. N.º 61

Honorables Magistrados
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL
M.P. GERSON CHAVERRA CASTRO
E.S.D

Radicado: 56087 – Ley 906 de 2004

Procesado: JONATHAN ANDRÉS ÁVILA ORJUELA

Teniendo en cuenta la competencia conferida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política, y lo previsto por el acuerdo número 020 del 29 de abril del 2020 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Procuraduría Segunda Delegada para la Casación Penal conceptúa en defensa del orden jurídico, derechos y garantías de los intervinientes, dentro de la sustentación de la demanda de casación interpuesta por el agente del Ministerio Público en contra del fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio- Meta, que confirmó la decisión del Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Puerto López (Meta) quien condenó a JONATHAN ANDRÉS ÁVILA ORJUELA por el delito de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes, imponiéndole una pena de 64



meses de prisión y multa de 2 salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena principal.

I. HECHOS

Los mismos fueron resumidos por el Juzgado de Primera instancia de Puerto -López- Meta de la siguiente manera:

“tal y como se extracta del escrito de acusación que presentara la Fiscalía 32 Seccional, se tiene que el día 20 de diciembre de 2014, cuando le realizaban revista a los equipos de campaña de los soldados que integran el pelotón “Alacrán Dos”, quienes habían llegado en horas de la mañana para realizar reentrenamiento al Batallón de Instrucción BITTER No. 28, ubicado en la Vereda de Carimagua, Jurisdicción del municipio de Puerto Gaitán; fue encontrado al interior del morral del soldado profesional Ávila Orjuela Jonathan Andrés, dos bolsas de color negro, que contenían una sustancia vegetal, con características similares a la marihuana. De la situación fue informado el comandante del batallón y se procedió a darle a conocer los derechos que tiene como capturado.

La sustancia incautada tuvo un peso neto de seiscientos cincuenta y tres (653) gramos y la prueba PIPH, arrojó positivos para cannabis y sus derivados. “

ACTUACIÓN PROCESAL

Por los anteriores hechos se llevaron a cabo las audiencias concentradas de legalización, formulación de imputación y medidas de aseguramiento ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto López-Meta, en las que el funcionario judicial declaró legal la captura del



acusado, imputando el cargo de tráfico fabricación o porte de estupefacientes, sin que el procesado aceptara cargos; como la solicitud de medida de aseguramiento fue retirada por el delegado fiscal, fue dejado en libertad inmediata.

El Juzgado Penal del Circuito de Puerto López (Meta) realizó las audiencias de formulación de acusación, preparatoria de juicio oral en toda su extensión, esta última donde las partes intervinientes (Fiscalía y Defensa) presentaron su teoría del caso sustentadas en las respectivas pruebas allí incorporadas.

El 29 de mayo del 2018, el Juzgado en mención CONDENÓ a Jonathan Andrés Ávila Orjuela, por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes.

La anterior decisión fue apelada por la defensa del procesado, la cual fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio.

III. DEMANDA DE CASACIÓN

CARGO PRINCIPAL

Denunció el casacionista el desconocimiento del derecho de defensa por incursión de un vicio de garantía derivada en la no convocatoria del procesado a las distintas audiencias celebradas ante el juzgado de primera instancia.



Mencionó el casacionista que la irregularidad sustancial conllevó a que se emitiera una sentencia injusta en donde se declaró penalmente responsable a JONATHAN ANDRÉS ÁVILA ORJUELA por el simple hecho de portar una determinada sustancia estupefaciente, sin que pudiera ofrecer medio de convencimiento alguno en donde esbozara las razones por las que llevaba consigo tal elemento y peor aún, desconociendo, por demás, los razonamientos que en la actualidad aborda la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, relativos a la existencia del ingrediente subjetivo tácito que contiene el punible de porte de estupefacientes.

Consideró el censor que el procesado no tuvo la oportunidad de ejercitar una verdadera defensa técnica, ya que, por su desempeño laboral, jamás pudo contactarse con su abogado defensor con la finalidad que pudiera desplegarse una estrategia tendiente al fortalecimiento del principio de presunción de inocencia.

CARGO SEGUNDO (SUBSIDIARIO)

Violación directa de la norma sustancial por interpretación errónea del artículo 376 de Código Penal.

El Tribunal Superior de este Distrito Judicial y el Juez de Primera instancia declararon penalmente responsable a Jonathan Andrés Ávila Orjuela del delito de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes,



porque en su poder llevaba una sustancia denominada marihuana en una cantidad de 653 gramos.

Como puede apreciarse de las sentencias condenatorias interpretaron equivocadamente el artículo 376 del código penal, pues para su adecuación típica, cuando se trata del porte de estupefacientes que es donde se enrumba la situación fáctica anotada en dichos fallos, no solamente se exige la presencia de la sustancia o inclusive, la voluntad del agente para llevarla consigo sino también el propósito de ese porte a efecto de determinar la relevancia penal de esa conducta.

Manifestó que, en la actualidad, todavía es desconocida la finalidad que trazaba el de autos con la tenencia de esa sustancia (marihuana) y es precisamente, por esa incertidumbre que, de ninguna manera, podría ser condenado, pues es requisito sine qua non para la adecuación del comportamiento en el punible de porte de estupefaciente, el tener absoluta precisión que su propósito estaba dirigido a actividades de venta, distribución o comercialización.

CONCEPTO DE LA DELEGADA

El demandante quien fue el Ministerio Público, manifestó que al procesado se le violó el derecho de defensa, al no tener presente el aparato judicial su situación, con miras a que pudiera acudir a las audiencias celebradas ante el Juzgador de conocimiento, pues acorde al escrito de acusación, dicha persona arribó a la sede del Batallón BITER No. 23 en la vereda Carimagua de la Municipalidad de Puerto



Gaitán (Meta), para el cumplimiento de un programa de reentrenamiento ordenado por sus superiores a los integrantes del pelotón “ALACRAN DOS”. Es decir, se trataba de una persona que no estaba adscrita a esa unidad militar, sino que pertenecía a otra guarnición que pudo ser conocida. Agregó el censor que el propio ÁVILA OSPINA, le manifestó al Juez de control de Garantías, al inicio de la audiencia de legalización de captura que era orgánico del Batallón “BIPIN 45” tratándose del Batallón No. 45 de Infantería de Selva PRÓSPERO PINZÓN con sede en la localidad de Puerto Inírida (Guainía), Departamento que se caracteriza por presentar una orografía selvática, y con ello, ser de difícil acceso a otras regiones de país.

Manifestó el demandante que no era posible que se adelantaran las audiencias en sede de juzgamiento sin la presencia del justiciable, bajo el argumento de que esa persona que se encontraba en libertad, pues dada la relación especial de sujeción por relación al empleo como soldado profesional, se tornaba como imperioso para la protección de su derecho de defensa que se hubiera adoptado por parte de la autoridad judicial todas las acciones tendientes a que esa persona, al menos, pudiera comparecer a esas vistas públicas.

La efectividad del ejercicio defensivo, por su carácter personal y subjetivo, se debe examinar cada caso concreto para establecer las verdaderas posibilidades de contradecir los cargos, de tal forma que sea perceptible la situación anómala que afecta las garantías del procesado, al punto que la decisión extrema de la nulidad sea el único



camino. Así lo ha determinado esta Honorable corporación en diferentes pronunciamientos.

La obligación del Juzgado de conocimiento era de haber oficiado a la autoridad militar que comandaba la unidad a la que pertenecía el señor ÁVILA OSPINA con miras a que de una parte, le pudiera informar sobre la fecha de las distintas audiencias y por otro lado, para que autorizara su salida en caso de que dicha persona quisiera comparecer ante las mismas, episodio que según el expediente, no ocurrió, pues simplemente se basaron en que su no presencia en la respectivas audiencias, de ninguna manera, impedían su realización, por encontrarse en libertad, sin que siquiera examinara la condición laboral del justiciable.

Por lo cual consideró el demandante que el procesado no tuvo la oportunidad de ejercitar una verdadera defensa técnica, ya que, por su desempeño laboral, jamás pudo contactarse con su abogado defensor con la finalidad que pudiera tener una estrategia tendiente al fortalecimiento del principio de presunción de inocencia.

Por lo anterior, se coadyuva por parte de esta Procuraduría Delegada a la solicitud presentada por el Procurador 87 Judicial Penal II de Villavicencio, al considerar que al procesado se le vulneró su derecho de defensa.



CARGO SEGUNDO

El censor consideró que no existía prueba que demostrara que el procesado era autor del delito por el cual se le acusó, ya que no se logró probar la distribución o comercialización de las sustancias encontradas por los agentes de policía. La Fiscalía General le incumbe probar este hecho así lo mencionó esta Honorable Corporación, en las decisiones números 44997, 50512, 46848 y la más reciente 51204.

En el presente caso tenemos que al soldado JONATHAN ANDRÉS ÁVILA ORJUELA se le vinculó al proceso, se le vinculó a la actuación por el hecho de llevar consigo sustancia estupefaciente, concretamente 653 gramos de marihuana que superan la cantidad permitida para el uso personal el cual es 1 gramo incurriendo en el verbo rector de portar o llevar consigo esta cantidad de alucinógenos, conducta consagrada en el artículo 367 del Código Penal.

Así como lo mencionó el demandante, no se le probó la finalidad del porte de la sustancia (marihuana), pues posiblemente pudo ser para su aprovisionamiento en atención a que iba a permanecer un tiempo prolongado en lugares distantes, bien sea, en la guarnición militar conocida como BITER No. 28 en cumplimiento de actividades de reentrenamiento en precedencia, su sede quedaba en la municipalidad de Puerto Inírida.

Esta Procuraduría Delegada, comparte los argumentos expuestos por el casacionista, al razonar que no se probó por parte del ente investigador el elemento subjetivo en el sentido de que la posesión de



estupefacientes debe tener como propósito su tráfico y distribución. En el presente caso no se logró demostrar ese elemento, y de ahí que haya optado por solicitar en su momento la absolución del procesado.

Razón por lo cual se concluye por este despacho que era de gran importancia para la configuración del delito de Tráfico, fabricación o Porte de estupefaciente la demostración que la sustancias que llevaba el aquí procesado era para la distribución o comercialización de la misma. La Fiscalía no logró demostrar cada uno de los elementos del tipo penal, entre ellos, la afectación o efectiva puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos por el legislador.

Así como lo estableció la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, en Radicado 44997 del 11 de julio de 2017, cuando precisa que corresponde al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal, y que en ningún caso podrá ser invertida la carga probatoria, lo que significa que la carga de probar tiene que ser asumida por el órgano de persecución penal, pues el procesado no tiene por qué presentar pruebas de su inocencia siendo función del Estado acreditar la ocurrencia del delito y en el presente caso en ningún momento se demostró que lo incautado era con fines de distribución o comercialización. No existe prueba alguna en el proceso que la sustancia incautada era para dicha finalidad.

Por lo anterior, esta Delegada considera que el presente caso debe prosperar, por lo cual se debe CASAR el fallo objeto de impugnación y en su lugar se debe absolver al soldado Jonathan Andrés Ávila Orjuela



del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, por no haberse demostrado que la sustancias que llevaba el aquí procesado era para la distribución o comercialización de la misma.

PETICIÓN.

De conformidad con lo expuesto, en criterio de esta Procuraduría Delegada, Coadyuva la demanda de casación presentada por el Procurador 87 Judicial II Penal de Villavicencio y muy respetuosamente solicita a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia CASAR la sentencia impugnada.

Señores Magistrados,

JAIME MEJÍA OSSMAN

Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal

LFRB