

Señores

MAGISTRADOS CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA PENAL

REFERENCIA. ACCION DE TUTELA CONTRA LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA

ANDRES ARTURO CORREAL OSPINA, mayor de edad, con domicilio en Gachetá (Cundinamarca) e identificado como aparece bajo mi firma actuando en causa propia, me permito manifestarle que presento acción de tutela contra la sala penal del tribunal superior de Bogotá por violación al debido proceso por falta de motivación de su providencia, violación al derecho fundamental a la igualdad, por **violación al desconocimiento del precedente judicial** en el proceso con radicación número **11001220400020191697 - 01**

HECHOS

1. El día 29 de julio de 2011, me fue imputado el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes **en la modalidad de llevar consigo** en calidad de autor conforme al artículo 376 inciso segundo del código penal, modificado por el artículo 11 de la ley 1453 de 2011. Imputación que no aceptó
2. el día 23 de mayo de 2012 la Fiscalía 258 Seccional de Bogotá me formula Acusación por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes **en la modalidad de llevar consigo** en calidad de autor conforme al artículo 376 inciso segundo del código penal, modificado por el artículo 11 de la ley 1453 de 2011.
3. Dentro de las **ESTIPULACIONES PROBATORIAS**, la Fiscalía y mi Defensor público, estipularon como **HECHO PROBADO** que el suscrito **“es consumidor habitual de marihuana desde hace seis años y su último consumo fue hoy en la mañana” (28 de julio de 2011) y que la sustancia incautada es marihuana** y refirió el médico legista **ser consumidor habitual de marihuana** desde hacía seis años y que el último consumo había sido ese mismo día 28 de julio de 011 a las seis de la mañana.

4. El día 6 de noviembre de 2015, el juzgado primero penal con función de conocimiento dicta sentencia de primera instancia y que no fu apelada, declarándome penalmente responsable del delito de TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES en la modalidad **de LLEVAR CONSIGO**, condenándome a 64 meses de prisión y multa de dos salarios mínimos legales vigentes.

5. Mi apoderado JENRY RAFAEL CUARAN PAZOS, presentó **RECURSO DE REVISION**, contra la referida sentencia, invocando la causal 7 del artículo 192 del Código de Procedimiento Penal (LEY 906 DE 2004) ante la sala penal del Tribunal Superior de Bogotá que permite su procedencia cuando esta colegiatura cambia favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria respecto de la responsabilidad como de la punibilidad y es así cómo, el argumento esbozado en dicho recurso, fue que esta honorable Corte refiere en continuas jurisprudencias que ahora no es viable condenar a una persona por tráfico de estupefacientes, cuando ostenta y se prueba en el juicio su calidad de **ADICTO**, sin importar la cantidad que **LLEVE CONSIGO**, siempre que dicha cantidad no sea para conductas diferentes a la del consumo personal. Es decir que ya no se puede condenar a una persona bajo la presunción de antijuricidad de los verbos rectores, sino que le corresponde al ente persecutor probar dicha antijuricidad. Carga de la prueba que le corresponde asumir y no al procesado de probar su inocencia, por cuanto esta se presume.

6. Para sustentar la causal invocada, traigo a colación diversas jurisprudencias emanadas de esta Corporación que generan un cambio en su posición respecto del punible de tráfico de estupefacientes contemplado en el artículo 376 del código penal en cuanto al verbo rector **LLEVAR CONSIGO** y es así como hago un recuento histórico de aquellas, entre otras: **SENTENCIA SP 15519 12 DE NOVIEMBRE DE 2014 RADICADO 42617...**” la cantidad de estupefacientes que se lleve consigo no es el único elemento definitorio de la antijuricidad sino uno más de los que habrán de valorar los juzgadores a fin de determinar la licitud de la finalidad del porte.

SENTENCIA SP 2940 MARZO 2016 RADICADO 41760. La 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, ... Entonces la finalidad de la conducta para los consumidores adictos dependerá de la finalidad cierta (no supuesta o fingida) de su consumo personal).

SENTENCIA SP 16-2017 11 DE JULIO DE 2017 RADICADO 44997

“.... Debe destacarse que la evolución del tema relacionado con el porte de estupefacientes – alusivo al verbo rector ***llevar consigo-***, ha consolidado las siguientes tesis”

- a) “Tratándose de delitos de peligro abstracto- el previsto en el artículo 376 del código penal, lo es-, si bien en el momento de la creación legislativa, se deja implícita una presunción de peligro, esta es legal y no de derecho ...”
- 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 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 es la distribución o es el tráfico. “

SENTENCIA SP 497 -2018 RADICACION 5012: “..La cantidad deja de ser un factor determinante a efectos de establecer la lesividad de la conducta, precisándose la posibilidad de desvirtuarse en el juicio concreto de responsabilidad el carácter antijurídico presunto de las acciones de llevar consigo sustancias estupefacientes que desbordan los límites previstos legalmente para la dosis personal.”

CONSIDERACIONES DE LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ PARA NEGAR EL RECURSO DE REVISIÓN.

La Sala penal del honorable Tribunal Superior de Bogotá, inadmite mi solicitud, diciendo escuetamente entre otras razones que: “..... en la sentencia de condena se expone que “ es necesario precisar que **no fue acreditada la condición de consumidor habitual o incluso recreativo.....** La realidad procesal señala entonces, que el condenado no es un consumidor habitual, ni adicto, condición que eventualmente permitiría analizar si se trata o no de traficante o distribuidor de drogas ilícitas... No es posible afirmar con la nueva tesis jurisprudencial, se sustituirá el fallo condenatorio por uno absolutorio, pues la novedosa postura de la Corte no es aplicable al caso concreto, ***habida cuenta que, se insiste, en el proceso penal no fue demostrado que ANDRES ARTURO CORREAL OSPINA era un consumidor o adicto a sustancias estupefacientes y que la cantidad que portaba generara un criterio distinto al señalado en el fallo.*** (sub rallado fuera e texto)

7. En consecuencia, mi apoderado interpuso el RECURSO DE REPOSICIÓN contra la providencia que inadmitió la REVISIÓN y para ello hizo énfasis en conceptos relevantes que son los tenidos en cuenta en la nueva jurisprudencia, como es la **Antijuricidad y la condición de adicto**, es decir, que debe probarse a más de tal condición, que el procesado tenga la intención de ejecutar de traficar el estupefaciente atentando contra la salud pública. En este caso **LLEVAR CONSIGO** con el fin de traficar, vender, ofrecer etc.

Mi apoderado Procuró hacer ver a esa Corporación que efectivamente si se probó que el suscrito **CORREAL OSPINA** si era **ADICTO**, teniendo en cuenta para ello que esa condición se dió por probada mediante las **estipulaciones probatorias** y además que el fundamento de la condena fue el **de LLEVAR CONSIGO** marihuana, sin que se le enrostrara mi responsabilidad conforme lo que la nueva jurisprudencia exige y es que la Fiscalía pruebe la antijuricidad de mi conducta.

Mi apoderado hizo ver al Tribunal que las estipulaciones probatorias tienen como fin que no se hagan debates sobre los hechos que se dan como probados

en este caso la condición de ADICTO de CORREAL OSPINA y da cuenta de la providencia de esta Corte número 279629 del 8 de agosto de 2007.

El tribunal, no obstante los argumentos esbozados en la sustentación del recurso, los ignora y procede a rechazar el RECURSO DE REVISIÓN sin ninguna motivación, pues guarda silencio frente a ellos, lo que a la postre va en contravía del principio que obliga al operador judicial a motivar sus fallos.

DERECHOS FUNDAMENTALES VIOLADOS.

1. DESCOCOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL.

se desconoció el precedente judicial, en cuanto hay sentencias de esta honorable Corte que hacen énfasis en hechos idénticos a los que motivaron la condena de CORREAL OSPINA, en cuanto al ser **ADICTO** y el hecho de **LLEVAR CONSIGO** estupefacientes sin que se hubiera probado como le correspondía a la Fiscalía que mi conducta era antijurídica, aspecto factico que la nueva jurisprudencia decanta, pues los argumentos que tuvo en cuenta el juez primero penal del circuito con función de conocimiento de Bogotá fue que el suscrito CORREAL OSPINA llevaba consigo una cantidad de marihuana superior a la dosis personal (440.5 gramos) sin que se le indilgara responsabilidad por la intención ilícita traficar o de sacar lucro conforme lo ha establecido la Corte Constitucional (sentencia C-689 de 2002).

Es así como la sentencia emitida por esta colegiatura SPP9916-2017 RADICADO 44997 del 11 de julio de 2017, página 19 sostiene que: **“pero además resulta de la mayor consideración hecha por la sala en el sentido que el tipo penal del artículo 376 del código penal, cundo la conducta se relaciona con el porte de estupefacientes sostiene 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”**.

2. EL DEBIDO PROCESO.

En cuanto decidió de manera grosera desconociendo el postulado del artículo 192 numeral 7 del código de procedimiento ya que dicho precepto establece su procedencia cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria tanto de la responsabilidad como de la punibilidad. Criterio que se ve reflejado en la sentencia SP9916-2017 RADICADO 44997DEL 11 DE JULIO DE 2017 y que coincide con los fundamentos fácticos que originaron la sentencia condenatoria en mi contra, emitida por el juzgado primero penal del circuito con función de conocimiento de Bogotá, concretamente el de llevar consigo y el hecho de ser adicto.

3. VIOLACION DEL DERECHO A LA IGUALDAD

Al haber un precedente judicial (sentencia emitida por esta colegiatura SPP9916-2017 **RADICADO 44997 del 11 de julio de 2017**) debió darse aplicación a la norma invocada para el recurso de revisión como es el numeral 7 del artículo 192 del código de procedimiento penal, en cuanto a esa novísima jurisprudencia se ajusta a la situación fáctica por la que atravesé en el proceso penal en mi contra, que terminó condenándome. Es decir que **era ADICTO y LLEVABA CONSIGO marihuana (415.gramos)**.

Esta misma Corporación ha fijado criterios para que el RECURSO DE REVISION concretamente la causal 7 del artículo 192 del C.P.P. sea procedente y es así como ha fijado el siguiente precedente:

Pues esta misma corporación es quien ha fijado parámetros para acceder al RECURSO DE REVISION cuando se desprenda que la sentencia emitida por el fallador de instancia y debidamente ejecutoriada debe ser removida para conseguir la justicia en el caso particular (CSJ SP713-2015. Rad. 41468). Igualmente frente a esta causa de revisión, tiene previsto esta Corporación que : *“la injusticia de la decisión deviene por el reconocimiento posterior de que el criterio interpretativo que venía rigiendo era errado y, por tanto, debe variar o, igualmente, porque las circunstancias fácticas se han modificado, imponiéndose, en consecuencia, otra hermenéutica para eventos juzgados con fundamento en la interpretación modificada”* (CSJ SP4318-2015. Rad. 42208).

En relación con el objeto de ésta causal de revisión de la Sentencia condenatoria, tiene previsto la Corte, (CSJ SP4318-2015. Rad. 42208). «Frente a este particular motivo de revisión, la injusticia de la decisión deviene por el reconocimiento posterior de que el criterio interpretativo que venía rigiendo era errado y, por tanto, debe variar o, igualmente, porque las circunstancias fácticas se han modificado, imponiéndose, en consecuencia, otra hermenéutica para eventos juzgados con fundamento en la interpretación modificada.

Para su configuración, también lo tiene dicho la Sala, es imprescindible que el actor no solamente demuestre cómo el fundamento de la sentencia cuya remoción se persigue fue asumido con base en la jurisprudencia modificada, sino que, de mantenerse, comportaría una clara situación de injusticia ante la nueva solución ofrecida por la doctrina de la Corte, lo cual necesariamente conduce a la sustitución del fallo.»

El motivo revisionista pretende que el juzgador reconozca que una interpretación dada, pudo estar errada y que por tanto debe cambiar, o bien que las circunstancias fácticas han variado y se impone otra hermenéutica que debe ser aplicada a casos juzgados con fundamento en la interpretación que se modificó. (CSJ SP2694-2015. Rad. 43152).

Así las cosas, se tutela el valor justicia, a través del cambio jurisprudencial, en el entendido de que se trata de amparar las garantías a la igualdad y la equidad, pues a una misma situación de hecho corresponde aplicar similar solución en derecho.

REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1. QUE EL AUNTO QUE SE DISCUTE ES DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL.

Efectivamente la providencia aquí atacada va en contravía el artículo 29 de la Constitución Nacional al emitirse la providencia aquí atacada sin ninguna motivación. (C – 590 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño).

2. SE HAN CONSUMADO TODOS LOS MEDIOS DE DEFENSA JUDICIAL

se han agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance del demandado ya que la providencia que rechazó el recurso de Revisión no es susceptible de ningún recurso.

REQUISITO DE INMEDIATEZ.

Se cumple con este requisito teniendo en cuenta que la providencia emitida por la penal del tribunal superior de Bogotá fue el día, aparte de la imposibilidad de presentarla antes, debido a la pandemia del COVID-19.

3. HECHOS QUE GENERARON LA VULNERACIÓN.

La sala penal del tribunal Superior de Bogotá viola los derechos fundamentales antes enunciados debido a la falta de motivación de su fallo, ya que la providencia que rechaza el RECURSO DE REVISION nada dice respecto de las razones que la llevaron a decidir desfavorablemente, no obstante aclarar que mi apoderado, dió cumplimiento en tiempo a interponer el recurso de reposición que inadmitía el RECURSO DE REVISIÓN

FUNDAMENTOS LEGALES

Invoco como fundamentos legales el artículo 13, 29, 229 y 230 de la Constitución, que hace referencia al derecho a la igualdad, al debido proceso, acceso a la administración de justicia, al derecho a la equidad, la equidad y los principios generales del derecho (artículo 4 ley 906 de 2004.

JURAMENTO

Manifiesto que de conformidad con artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 bajo la gravedad del juramento manifestamos que no he presentado otra tutela respecto de los mismos hechos y derechos ante otra autoridad.

PRUEBAS

DOCUMENTALES

1. Copia de la sentencia condenatoria emitida por el juzgado primero penal del circuito de Bogotá con función de conocimiento.

2. Copia De la providencia emitida por la sala penal del tribunal superior de Bogotá que inadmite el Recurso de Revisión.
3. Manifiesto que no tengo copia de la providencia que rechazó el REURSO DE REVISIÓN, pese a haberlo solicitado por correo electrónico tal y como lo pruebo anexando copia del correo enviado a la secretaría de la sala penal del Tribunal sin que me hayan dado respuesta.
4. Ruego que por conducto de esta honorable corte se solicite al Tribunal accionado haga entrega de la providencia que me rechazó el RECURSO DE REVISIÓN por cuanto la misma no reposa en mi poder no obstante haberla solicitado por correo electrónico sin que me la hayan entregado.

ANEXOS

Los aducidos en el acápite de pruebas

NOTIFICACIONES

El suscrito en la Carrera 2 BIS No 2 – 37 Gachetá (Cundinamarca)
Correo electrónico hcuaran28@hotmail.com
Celular 3105696970

El Tribunal Superior de Bogotá Avenida la Esperanza (calle 24) No 53 – 28
Oficina 306 C tel. 4055200 Ext 8365-8370. De Bogotá

De los honorables Magistrados, atentamente,

ANDRES ARTURO CORREAL OSPINA
C.C. No 86.014.901
Correo electrónico hcuaran28@hotmail.com
Cel 3105696970

105

JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO
CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO



Bogotá D.C., seis (6) de noviembre de dos mil quince (2015)

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Proferir sentencia condenatoria en contra del ciudadano ANDRÉS ARTURO CORREAL OSPINA por el punible de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, de acuerdo con el sentido de fallo proferido por este despacho, una vez concluida la fase de Juicio Oral.

ANTECEDENTES FÁCTICOS Y PROCESALES

El día 28 de julio de 2011, siendo las 12:40 horas en momentos en que la Policía Nacional adelantaba un puesto de control en la Autopista Sur frente al 65B-19 Sur en plena vía pública, se le practicó una requisa al señor ANDRÉS ARTURO CORREAL OSPINA, a quien se le encontró al interior de una maleta una bolsa plástica la cual contenía en su interior una sustancia vegetal verdosa, que por sus características de color y olor se asemejaba a la marihuana.

Por tal motivo, luego de darle a conocer los derechos del capturado, es trasladado a la URI de Kennedy para efectos de su respectiva judicialización, donde igualmente se sometió la sustancia incautada a las correspondientes pruebas de identificación y pesaje por parte de peritos, dando positivo para estupefaciente marihuana en un peso neto de 440.5 gramos.

IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO

Corresponde a ANDRÉS ARTURO CORREAL OSPINA, identificado con la C. C. No. 86.014.901 de Granada, nacido el día 29 de junio de 1985 en el municipio de Gachetá (Cundinamarca). Es hijo de Martín y Aura María, de ocupación soldado profesional, residente en la carrera 87 No. 50-48 Sur de Bogotá.

104

ALEGATOS DE LAS PARTES

FISCALIA: En sus alegatos de conclusión solicitó sentencia condenatoria afirmando que demostró su teoría del caso con base en las estipulaciones y el testimonio ofrecido por el miembro de la Policía Nacional que realizó su captura. Dijo que se demostró la responsabilidad del procesado, en tanto que del devenir probatorio quedó corroborada la forma en la que el señor ANDRÉS ARTURO CORREAL OSPINA fue aprehendido en la fecha y lugar especificado en la imputación fáctica, quien llevaba consigo una sustancia estupefaciente determinada como marihuana, en cantidad de 440.5 gramos peso neto. Respecto de la tipicidad objetiva y subjetiva, sostuvo que el acusado llevaba esa sustancia que produce dependencia en una cantidad que supera la dosis personal legalmente permitida, que sabía que llevaba esa marihuana y quería llevarla en esa cantidad.

En cuanto a la antijuridicidad, teniendo en cuenta que es un tipo penal de peligro abstracto, cuya lesividad se presume y admite prueba en contrario y justificación, argumentó que aquella no se desvirtuó frente al bien jurídico tutelado de la salud pública, por cuanto aunque el acusado CORREAL OSPINA manifestó al médico legista que es consumidor, esto no fue corroborado y no hay un nexo que permita establecer que ese posible consumo justificara la tenencia de más de 400 gramos en su poder, siendo que la dosis personal legalmente permitida es de máximo 20 gramos, y no puede considerarse que el excedente en cantidad tan exagerada fuera una dosis de aprovisionamiento.

Refirió que se trata de una persona imputable, que podía comprender la ilicitud su conducta y auto-determinarse de acuerdo con esa comprensión; tenía conciencia de la antijuridicidad de su comportamiento al portar una sustancia que produce dependencia, de la que está prohibido su porte en la cantidad que llevaba, y sin embargo lo hizo. En ese orden de ideas, consideró que el procesado puede considerarse autor del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, en la modalidad del verbo rector llevar consigo y a título doloso.

DEFENSA: Por su parte la defensa solicitó absolución para su prohijado y trajo a colación lo señalado en la sentencia C-221 de 1994 de la Corte Constitucional, según la cual en protección del derecho del libre desarrollo de la personalidad el Estado no puede interferir indebidamente en un comportamiento que pertenece al fuero interno de cada individuo y, por ende, no puede ser obligado a someterse a tales medidas.

Indicó que la decisión de cada persona de abandonar el cuidado de su salud es solamente suya y no de otra persona, elección que obedece a su voluntad y no trasciende en el menoscabo de los derechos de los otros miembros de la sociedad,

103

más allá de un reproche moral que no puede soportar la imposición de una pena de ninguna manera.

FUNDAMENTOS JURÍDICO PROBATORIOS

El proceso penal de tendencia acusatoria parte de la base de tener como prueba solo aquella que haya sido producida en el juicio, ante el Juez, en un escenario de contradicción, inmediación y publicidad. Ha de señalar este juzgador que siguiendo tales postulados, las pruebas que en forma legal ingresaron al juicio fueron valoradas conjuntamente, atendiendo los postulados de la sana crítica, de frente a los argumentos presentados por las partes, conduciendo a concluir que en punto del delito de Tráfico, Fabricación, o Porte de Estupefacientes, ANDRÉS ARTURO CORREAL OSPINA, debe ser condenado como autor penalmente responsable, en atención a que la Fiscalía probó, más allá de toda duda, su compromiso penal, satisfaciéndose las exigencias del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal para condenar.

Las partes presentaron como estipulaciones probatorias:

1. La Plena identidad del señor ANDRÉS ARTURO CORREAL OSPINA, identificado con la C. C. No. 86.014.901 de Granada, nacido el día 29 de junio de 1985 en el municipio de Gachetá (Cundinamarca).
2. La naturaleza y peso neto de la sustancia incautada, esto es marihuana en proporción de 442.7 gramos peso bruto y 440.5 gramos peso neto.
3. La mismidad de la sustancia incautada es la misma que se consignó en el álbum fotográfico sometida a análisis.
4. La manifestación hecha por el acusado el día 28 de julio de 2011 ante el médico forense según la cual "último consumo hoy en la mañana. El examinado refiere consumo habitual de marihuana desde hace 6 años".

Así las cosas, en el presente caso la Fiscalía tuvo el deber de investigar el aparente atentado contra la salud pública efectuado por parte del señor CORREAL OSPINA, tras ser sorprendido portando una bolsa plástica negra contentiva de una sustancia vegetal que arrojó resultado positivo para marihuana, en una cantidad de 440.5 gramos peso neto, que superaba ampliamente la dosis máxima permitida por el legislador, en este caso 20 gramos de acuerdo al artículo 2° de la ley 30 de 1986.

Se tiene entonces que en el juicio oral se escuchó en declaración al miembro de la Policía Nacional MARCOS ANTONIO BUSTAMANTE ACEVEDO, quien señaló que el día 28 de julio de 2011, encontrándose adscrito al CAI ESTACIÓN, mientras realizaba un puesto de control en compañía de varios uniformados, en

102

plena ciclo-ruta venían unas personas que al percatarse de la presencia de los policiales en el lugar se pusieron nerviosos, razón por la cual fueron requeridos y se les practicó una requisita, encontrando que uno de ellos, quien luego fue identificado como ANDRÉS ARTURO CORREAL OSPINA, llevaba un morral en sus hombros en la que en su interior había una bolsa plástica negra que contenía una sustancia vegetal con características similares a la marihuana. Informó que al observar que la cantidad excedía la dosis personal permitida, inmediatamente se incautó la sustancia, se procedió a su captura y se le leyeron los derechos del capturado, para luego trasladarlo a la URI de Kennedy. Igualmente manifestó que la persona involucrada venía acompañada de dos soldados, quienes también tenían maletas y señalaron que iban de viaje, y que al encontrársele la sustancia al acusado éste sólo guardó silencio.

Así mismo, se acreditó y en punto a ello no hubo disenso alguno, que el acusado fue sorprendido el 28 de julio de 2011, llevando consigo 440.5 gramos peso neto de sustancia estupefaciente, situación que se encuentra enmarcada dentro de la prohibición legal a que hace alusión la preceptiva legal jurídicamente imputada, artículo 376 inc. 2 del C.P., bajo la denominación de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, pues llevar consigo tal cantidad de sustancia alucinógena sin permiso de autoridad competente, desborda la cantidad que como dosis personal permite el ordenamiento jurídico para este tipo específico de estupefaciente.

Pues bien, el delito imputado es de aquellos conocidos como pluriofensivo, de peligro o riesgo abstracto que afecta no solo la salud pública, sino también otros intereses de la sociedad igualmente protegidos por el legislador, como la seguridad pública y el orden económico y social, entre otros, en virtud de lo cual no aparece posible aceptar que las personas, así sean adictas o consumidoras de estupefacientes, por el solo hecho de serlo, lleven consigo cantidades de dichas sustancias que superen por amplio margen la dosis autorizada normativamente como de uso personal, pues ello, sin duda alguna, impone un riesgo para la colectividad, al presumirse que la sustancia en exceso portada será utilizada, a más de personalmente para satisfacer las necesidades del adicto o consumidor, para cualquiera otro de los fines señalados como prohibidos y en detrimento de terceros.

Los artículos 10 y 11 del C.P., determinan la tipicidad y la antijuridicidad como características básicas estructurales del tipo penal, y respecto de la segunda, se demanda que para que la conducta típica sea punible, se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal, concepto a partir del cual se ha construido el de lesividad, como desvalor del resultado de la conducta típica, o impacto del mismo en el bien jurídico tutelado, al exponerlo efectivamente al peligro o riesgo de lesión, o al efectivamente dañarlo.

Siendo aquí de precisar que el artículo 11 sustantivo se erige como el fundamento del injusto al reconocer a todas las personas el derecho a actuar libremente, sin más limitaciones que las impuestas por el derecho de los demás y el orden jurídico, exigiéndose la confluencia de los desvalores de acción y de resultado, para que el comportamiento además de típico sea antijurídico, entendido éste como la censura que recae sobre la conducta por lesionar o poner en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado (antijuridicidad formal y material).

Respecto de la efectiva puesta en peligro del bien protegido por el legislador, para el caso la salud pública, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado de la siguiente manera:

"...Según se ha expuesto, es posible dejar de sancionar penalmente al consumidor que es sorprendido en posesión de sustancia estupefaciente en las cantidades conocidas como dosis personal o las que ligeramente las superen.

"Sin embargo, mal puede aceptar la Corte este argumento para disculpar la acción al portar marihuana en una cantidad superior en cuatro a veces la dosis tolerada, pues claramente esta cuantía, desborda el límite de razonabilidad, no porque se afirme que estaba destinada a la distribución gratuita por parte del acusado ...

"La razón para rechazar el pedimento del casacionista sobre la ausencia de lesividad de la conducta del procesado, es la que tiene que ver con la presunción que opera sobre la puesta en riesgo de bienes jurídicos como la salud pública, el orden económico y social, entre otros intereses, cuando alguien es sorprendido en poder de droga en una cantidad importante, la cual es definida por el legislador en el artículo 376, pues si es ostensiblemente superior a lo definido como dosis personal, no es posible concluir que esté destinada al consumo, sino a cualquiera de las conductas consideradas lesivas y por tanto, objeto de sanción penal."

Descendiendo al busilis de lo que nos ocupa, es necesario precisar que no fue acreditado dentro del proceso de la referencia, que el acusado ostente esa condición de consumidor habitual o incluso recreativo, como lo afirmó ante médico legista, ni como adujo la defensa en sus alegatos de conclusión, que lo llevara a necesitar una dosis tan alta como la que portaba consigo, máxime si se tiene en cuenta la forma en que llevaba oculto el estupefaciente y el ostensible exceso en la cantidad frente a lo que guardó silencio al ser aprehendido, tal y como lo informó el agente policial. Lo anterior no permite llegar a pensar que estaba destinado para una utilización propia por parte del infractor, siendo claro que incurrió en el delito tipificado en el artículo 376, inciso 2 del C.P., al llevar consigo dicho estupefaciente en una cantidad que superaba la permitida para uso personal. Reitérese que excedió en más de veintiún (21) dosis la de uso

¹ Ver Corte Suprema de Justicia, radicado 35978, 17 de agosto de 2011, MP Fernando Alberto Castro Caballero.

personal y tampoco se acreditó que su pretensión fuera la de aprovisionamiento, sin que este margen se pueda atender dentro del concepto de superación mínima o leve de la tolerable autorizada, conforme a los criterios jurisprudenciales.

Claro está, pues no otra cosa reseña la jurisprudencia penal, que cuando en el porte de estupeficientes no se excede la dosis personal, no se trasciende el ámbito personal del individuo que se autodestruye por voluntad propia con su consumo, no se transgrede el bien jurídico protegido y no se incursiona en la órbita punitiva, como tampoco se trasciende la misma cuando el porte excede solo leve o mínimamente la dosis personal permitida, el portador es un adicto y no se evidencia el expendio, venta, comercialización o distribución del estupefaciente a cualquier título.

En el presente asunto –se itera–, si bien esta persona se desplazaba en vía pública en compañía de otros soldados y no se lo capturó en situación que evidenciara comercialización o distribución a cualquier título del estupefaciente, no se puede predicar que la cantidad de sustancia que portaba superara por mínimo margen la dosis permitida para uso personal, así como tampoco puede pasarse por alto el hecho de que el acusado, aunque hizo manifestación en el sentido de ostentar la condición de consumidor, no estuvo dispuesto a realizarse las valoraciones médicas pertinentes para acreditar su dicho como informó su propio defensor, de donde fácil resulta concluir que con su comportamiento puso en peligro el bien jurídico tutelado por el legislador de la salud pública, concretándose a más de la tipicidad de la conducta, el requisito estructural de la antijuridicidad material y formal de la misma.

El legislador a través del Art. 376 del CP y anticipadamente la ley 30 de 1986 estableció como delito el tráfico, fabricación o porte de estupeficientes, fijando en garantía del derecho al libre desarrollo de la personalidad, tal como lo hizo la sentencia C-221 de 1994, la existencia de unas cantidades consideradas como dosis para consumo personal, e incluso con el desarrollo jurisprudencial sobre el tema, fijando como dosis para tal fin aquellas que superen “ligeramente” los topes señalados en el literal j) del Art. 2 de la ley 30 de 1986. Es más, llegando al punto de considerar atípica subjetivamente la conducta por falta de lesividad, cuando se trate de porte de sustancia para consumo propio, y por tanto sin juicio de reproche penal, sino tan solo acreedor el sujeto activo de tal comportamiento a medidas de tipo administrativo o contravencional.

No obstante, en el caso presente no resulta dable pregonar la atipicidad subjetiva por falta de lesividad en la conducta, en tanto, se reitera, no fue probado que su porte estaba destinado exclusivamente para el consumo propio, carga probatoria que correspondía asumir a la defensa, misma que no fue posible satisfacer.

En consecuencia, se ratifica el proferimiento de fallo condenatorio en contra de ANDRÉS ARTURO CORREAL OSPINA, en tanto que se comprueba la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del mismo al portar la sustancia que

99

le fue incautada, poniendo con ella en peligro, sin justa causa, el bien jurídico de la Salud Pública tutelado por el legislador. Además, le era exigible un comportamiento acorde con las normas de convivencia en sociedad, que prohíbe como sistema de prevención, por el daño que ocasiona en sus coasociados, este tipo de alucinógenos; de manera que, encontrándose en condiciones de así actuar, optó por infringir el ordenamiento legal, mereciendo por tanto una reprobación respecto de su comportamiento por fuera de los marcos legales, por no estar inmerso en alguna de las circunstancias del Art. 32 del C.P.. En consecuencia, se declara responsable como autor del tipo penal, tal y como se anunció el sentido del fallo.

PUNIBILIDAD

Se procede a individualizar la pena que debe imponerse al declarado penalmente responsable, indicándose que se hará conforme a las reglas estipuladas por la legislación sustantiva penal.

La norma que contiene la conducta punible estudiada, Art. 376 Inc. 2° del C.P. modificado por el Art. 11 de la Ley 1453 de 2011, tráfico, fabricación o porte de estupefacentes, tiene una punibilidad que oscila entre 64 y 108 meses de prisión y multa de 2 a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Ahora bien, como no se imputaron circunstancias de mayor punibilidad de las señaladas en artículo 58 del C.P., y tampoco se columbra una de menor de las consagradas en el Art. 55 ibidem, nos ubicaremos en el cuarto mínimo de movilidad, es decir, entre 64 a 75 meses de prisión.

Igualmente y considerando que para este delito tampoco existen razones que impliquen mayor drasticidad de los criterios de ponderación previstos en el inciso tercero del artículo 61 del C.P., diferentes a los propios de la conducta punible imputada, en tal sentido se individualiza la pena privativa de la libertad a imponer por este delito en el mínimo previsto en la norma transgredida equivalente a SESENTA Y CUATRO (64) MESES DE PRISIÓN Y MULTA DE DOS (2) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, misma que deberá cancelar el procesado a favor del Ministerio de Justicia y del Derecho.

Se impondrá como accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas al tenor del artículo 44 del Código Penal por un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad, por tratarse de pena aparejada a esta clase de delitos.

MECANISMOS SUSTITUTIVOS A LA PENA

Establece el código de las penas en su artículo 63, recientemente modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, que la ejecución de la pena privativa de la

libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un periodo de prueba de dos a cinco años, de oficio o a petición del interesado, siempre que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro años y el delito por el que se condene no se encuentra entre las excepciones de las que trata el artículo 68A penal sustantivo, también modificado por la misma ley, requisitos objetivos que resultarán suficientes en caso que el sentenciado no ostente antecedentes penales, y en caso de que estos concurren, se valorará que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de no existe necesidad de ejecución de la pena.

En el presente caso la remisión al artículo 68A que contempla como exclusión de subrogados penales los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones impediría de plano el estudio de tales beneficios; no obstante, dado que los hechos acaecieron con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1709 de 2014, haciendo uso del principio de favorabilidad, el Despacho tomará en consideración la legislación vigente para la época, que corresponde al artículo 63 en su sentido original, que establece únicamente que la suspensión condicional de la ejecución de la pena se otorgará siempre que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres años, y que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

En ese entendido, observa el despacho que no se cumple con el requisito objetivo, toda vez que el señor CORREAL OSPINA fue condenado a 64 meses de prisión, lo cual torna innecesario el estudio de los aspectos subjetivos del mentado subrogado, que en consecuencia habrá de negarse.

De otra parte, el artículo 38 de la Ley 599 de 2000, que igualmente se toma como referencia más favorable frente a las modificaciones introducidas por la Ley 1709 de 2014, no se aplica en este caso para otorgarle la prisión domiciliaria al acusado como quiera que el mínimo de la pena no puede superar los 05 años como límite objetivo de acceso al mismo.

Bajo esas circunstancias, se negará al procesado ANDRÉS ARTURO CORREAL OSPINA la sustitución de la pena de prisión intramural con prisión domiciliaria, debiendo entonces, cumplir la totalidad de la condena en centro de detención penitenciario.

OTRAS DETERMINACIONES

Ejecutoriada esta sentencia, se dará aplicación al art. 87 del C.P.P. destruyendo la sustancia que quedara después de las pericias, si es que no se hubiese realizado, se comunicará a las autoridades referidas en los artículos 166 y 462 del C.P.P.; y se remitirá la actuación, junto con los registros, al reparto de los

97

N.I.: 152217
ACUSADO: ANDRÉS ARTURO CORREAL OSPINA
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la ciudad por competencia y para lo de su cargo.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ D.C., administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONDENAR a ANDRÉS ARTURO CORREAL OSPINA, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 86.014.901 de Granada, como responsable del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, a las penas principales de SESENTA Y CUATRO (64) MESES DE PRISIÓN Y MULTA DE DOS (2) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, misma que deberá cancelar el procesado a favor del Ministerio de Justicia y del Derecho.

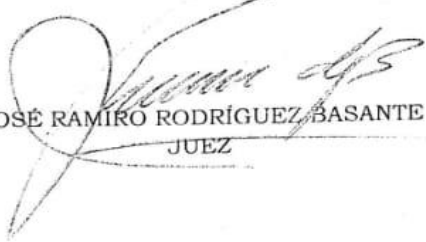
SEGUNDO.- IMPONER al sentenciado la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo igual al de la pena privativa de la libertad.

TERCERO.- DENEGAR la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria como sustitutiva de la reclusión intramural, de acuerdo con la prohibición expresa contenida en el inciso segundo del artículo 68 A del C.P., disponiéndose que por intermedio del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio, se libren las correspondientes órdenes de captura para que el prenombrado, sea conminado en el establecimiento penitenciario que el INPEC le asigne.

CUARTO.- Ejecutoriada esta decisión, dese aplicación al acápite de otras determinaciones.

El presente fallo se notifica a las partes en estrados y procede el recurso de apelación.

CÓPIESE Y CÚMPLASE


JOSÉ RAMIRO RODRÍGUEZ BASANTE
JUEZ

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ



**SECRETARÍA
SALA PENAL**

Avenida La Esperanza - Calle 24 No. 53 - 28, oficina 306 C
Telefax 4233390 4055200 extensiones 8365 - 8370

INADMITE ACCIÓN DE REVISIÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) septiembre de dos mil diecinueve

OFICIO N° T4 - 749-MNS

Doctor

HENRY RAFAEL CUARAN PAZOS

Calle 74 n° 30 - 39

Tel. 310 569 69 70

E-mail: hcuaran28@hotmail.com

BOGOTÁ D.C.

RADICACIÓN: 110012204000201901697 - 01

MAGISTRADO: JUAN CARLOS ARIAS LÓPEZ

ACCIONANTE: ANDRÉS ARTURO CORREAL OSPINA

De manera atenta, por medio del presente, me permito notificarle de la providencia del 13 de septiembre del corriente, con ponencia del magistrado en cita, por medio de la cual se inadmite la demanda de acción de revisión impetrada por el apoderado de Andres Arturo Correal Ospina contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá el 06 de noviembre de 2019 que lo condeno como responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Se advierte que contra esta decisión procede recurso de reposición.

Por lo anterior, remito copia de la providencia aludida, obrante en 03 folios.

Cordialmente,

Scanned by TapScanner



13/09/2019
3:58

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.
- SALA PENAL -**

Magistrado ponente: JUAN CARLOS ARIAS LÓPEZ
Radicación: 11001220400020190196701
Procesado: ANDRÉS ARTURO CORREAL OSPINA
Motivo: Acción de revisión
Decisión: Inadmite
Aprobado Acta No. 300 del 13 de septiembre de 2019
Bogotá, trece (13) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

1. ASUNTO

Se pronunciará la Sala sobre la demanda presentada por el apoderado de ANDRÉS ARTURO CORREAL OSPINA, en la que promueve acción de revisión contra la sentencia proferida por el Juzgado 1° Penal del Circuito de Bogotá, el 6 de noviembre 2015, en la que lo condenó como responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

2. LA DEMANDA

El apoderado judicial de ANDRÉS ARTURO CORREAL OSPINA interpone acción de revisión con fundamento en la causal 7ª, del art. 192 de la Ley 906 de 2004, pues, a su manera de ver, el sustento principal de la sentencia condenatoria, proferida por el Juzgado 1° Penal del Circuito, el 6 de noviembre de 2015, radicó en la tesis jurisprudencial según la cual el que lleve consigo sustancia estupefaciente superior a la dosis autorizada, *"no es posible concluir que esté destinada al consumo, sino a cualquiera de las conductas consideradas lesivas y por tanto objeto de sanción penal"*.

Sin embargo, sostiene, acorde con los nuevos cambios jurisprudenciales, en la actualidad la cantidad de estupefacientes que se lleve consigo no es único elemento decisivo para predicar la responsabilidad penal, sino la finalidad de la conducta para los consumidores adictos dependerá del propósito cierto de traficar o distribuir la sustancia estupefaciente.

En estas palabras se reconoce la existencia de un elemento esencial en el tipo penal de estupefaciente, debiéndose establecer si el propósito es el uso personal o si es la distribución o es el tráfico, exigencia que le corresponde acreditar a la Fiscalía.

Radicación: 11001220400020190198701

Procesado: ANDRÉS ARTURO CORREAL OSPINA

Motivo: Acción de revisión

Decisión: Inadmitida demanda

Así pues, señala, en la sentencia condenatoria "no se dijo nada respecto de la tipicidad, en cuanto a los fines", por ende, "tratándose de este delito se debe atender no a la antijuricidad como único elemento estructural del tipo sino más a la tipicidad".

3. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1. Competencia

Esta Sala de Decisión Penal es competente para conocer de este asunto, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

3.2. Caso concreto

Para iniciar debe precisarse que, según el art. 192 de la Ley 906 de 2004, dispone que la acción de revisión procede contra sentencia ejecutoriadas, entre otras causales, cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad.

Por su parte, el art. 194 Idem, consagra que la aludida acción se promoverá por medio de escrito dirigido al funcionario competente y deberá contener: (i) la determinación de la actuación procesal cuya revisión se demanda con la identificación del despacho que produjo el fallo, (ii) el delito o delitos que motivaron la actuación procesal y la decisión, (iii) la causal que se invoca y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud y (iv) la relación de las evidencias que fundamentan la petición.

Eso sí, acorde con el inc. 4 del art. 195 Idem, si de las evidencias aportadas aparece manifiestamente improcedente la acción, la demanda se inadmitirá de plano.

El presente asunto se contrae a determinar si hay lugar a que se pretenda se profiera sentencia de reemplazo.

Scanned by TapScanner

Primer Comentario 7129 de la CSJ por los efectos de la
Penal: Negativa a la condena
Vencido el plazo para la revisión
de la condena a la Sala de Casación Penal

Radicación: 11001220400020190196701
Procesado: ANDRÉS ARTURO CORREAL OSPINA
Motivo: Acción de revisión
Decisión: Inadmite demanda

Inicialmente, debe recordarse que la acción de revisión fue concebida como un mecanismo a través del cual se busca "la invalidación de una providencia judicial con efectos de cosa juzgada condenatoria (sentencias) o absolutoria (sentencias y decisiones a través de las cuales se cesa procedimiento o se precluye investigación), en cuanto entraña un contenido de injusticia material porque la verdad procesal declarada resulta ser ostensiblemente diversa a la verdad histórica del acontecer objeto de juzgamiento". CSJ 18 28 AGO 2013 1202. 40093

Para acudir a la causal 7° del art. 192 Ídem, se deben cumplir tres requisitos, a saber, (i) que se dirija contra una sentencia ejecutoriada cuya condena se haya fundamentado en un criterio jurisprudencial específico de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal; (ii) que el referente jurisprudencial de la Sala Penal se cambie mediante un fallo proferido con posterioridad a la providencia que se revisa y (iii) que a través de un análisis comparativo se pueda demostrar que fundamentado en el nuevo razonamiento jurídico el proveído atacado habría sido más beneficioso para el demandante.

Además, "es indispensable que el actor no solamente demuestre cómo el fundamento de la sentencia cuya remoción se persigue es entendido por la jurisprudencia de modo diferente, sino que, de mantenerse, comportaría una clara situación de injusticia, pues la nueva solución ofrecida por la doctrina de la Corte conduciría a la sustitución del fallo, y que por tanto, no resulta suficiente invocar abstractamente la existencia de un pronunciamiento del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, o de señalar uno concreto pero desconectado de la solución del caso, sino que resulta indispensable, además, demostrar cómo de haberse conocido oportunamente por los juzgadores la nueva doctrina sobre el punto, el fallo cuya rescisión se persigue habría sido distinto". CSJ 18 28 AGO 2013 1202. 40093

Aquí, el apoderado parte de supuestos erróneos para dar a entender que la sentencia mediante la cual se condenó a ANDRÉS ARTURO CORREAL OSPINA, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, se fundamentó únicamente en un criterio jurisprudencial inexistente en la actualidad y, además, en sus palabras, "habiéndose probado que el condenado era consumidor habitual".

Al respecto debe advertirse que, del contenido de la demanda y sus anexos, el fallo que se pretende remover no se fundamenta en los criterios aludidos por el accionante y que la postura jurisprudencial con la que se busca la revisión no tiene el alcance que alude el demandante.

En efecto, en la sentencia de condena se expone:

Radicación: 11001220400020190196701
Procedendo: ANDRÉS ARTURO CORREAL OSPINA
Motivo: Acción de revisión
Desárgo: Inadmitir demanda

RESUELVE:


Primero. INADMITIR la demanda de acción de revisión impetrada por el apoderado de ANDRÉS ARTURO CORREAL OSPINA contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá, el 6 de noviembre de 2015 que lo condenó como responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Segundo: ADVERTIR que Contra esta providencia procede el recurso de reposición.

Notifíquese y archívese,

JUAN CARLOS ARIAS LÓPEZ
Magistrado


FABIO DAVID BERNAL SUÁREZ
Magistrado


FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS
Magistrado