



Bogotá D.C., 14 de abril de 2021

Señores
Magistrados Sala Penal
Corte Suprema de Justicia

Ref.: **Casación 58080**
Delito: **Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes**
Procesado: **Juan David Cadena Vacca**
Asunto: **Alegato de no recurrente**

Con base en asignación contenida en la resolución nro. 0 100 del 20 de noviembre del 2020, emitida por el señor Fiscal Coordinador de la Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, me permito describir el traslado como no recurrente dentro del trámite del recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de **Juan David Cadena Vacca**, contra la sentencia proferida el 14 de noviembre de 2019 por el Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la condena emitida por el Juzgado 16 Penal del Circuito de Conocimiento de esta ciudad, del 27 de junio de 2019 en contra del mencionado, por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, verbo rector "*Llevar consigo*", con ánimo de "*distribución*".

De acuerdo a los **hechos** relatados por la segunda instancia¹, aparece que el procesado fue capturado por la policía hacia las 14:00 horas del 16 de junio de 2015, por cuanto al efectuarle una requisa, llevaba consigo dentro de un bolso, un paquete contentivo de 488,9 gramos de marihuana como peso neto, cantidad que junto a su actitud sospechosa y la evasión del lugar al notar la presencia policial, lejos de sugerir que la llevaba consigo para su propio consumo, concluyeron que su intención era distribuirla, entendida esta como labor propia del microtráfico.

¹ "Ocurrieron el 16 de junio de 2015, aproximadamente a las 14:00 horas, cuando agentes de la Policía Nacional que cumplían labores rutinarias en el sector de la carrera 114 con calle 86 de esta ciudad, observaron a un hombre en actitud sospechosa y evasiva al advertir su presencia, a quien interceptaron y requirieron para practicarle una requisa, hallándole dentro de un bolso que llevaba consigo un paquete contentivo de material vegetal que sometido al correspondiente análisis químico arrojó positivo para marihuana con un peso neto de 488.9 gramos, razón por la cual el sujeto, quien respondió al nombre de JUAN DAVID CADENA VACCA, fue capturado".



El primer **cargo propuesto**, gira en torno a la violación directa de la ley sustancial, artículo 181-1, por interpretación errónea del artículo 376 del CP y falta de aplicación de los artículos 7 CPP y 6, 9 y 10 del CP, al considerar que la 2ª instancia dio por hecho que el peso de la sustancia vegetal incautada, al lado de la actitud 'sospechosa y huida', era suficiente para dar por demostrado, que el alucinógeno estaba destinado a la distribución; igualmente, propone un segundo cargo por falso raciocinio, el que hace consistir en darle un alcance al testimonio del policial captor que no tiene, en relación con la 'actitud sospechosa' que señala observó en el procesado; y de allí derivar su destinación; propósito que no fue demostrado por el órgano persecutor, por lo que solicita se case la sentencia recurrida y consecuentemente absuelva a su prohijado.

Para soportar **el concepto** de la Fiscalía General de la Nación, se considera.

1. A voces del artículo 29 de la Constitución Nacional, uno de los componentes esenciales del debido proceso es que nadie puede ser juzgado, sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, derecho fundamental de inmediato cumplimiento consagrado igualmente en instrumentos internacionales ratificados por Colombia, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos, entre otros.

2. En el caso examinado, para que se estructure la tipicidad de la conducta por la cual se condenó a **Cadena Vacca**, de acuerdo al contenido del artículo 376 del estatuto penal, es indispensable establecer (demostrar) un ingrediente subjetivo tácito que excluye el porte destinado para el consumo personal, por lo que, para la modalidad en que le fue enrostrada dicha conducta, es decir, "*llevar consigo*", se hacía necesario probar lo concerniente al destino que pretendía darle a esa sustancia vegetal, pues de no hacerlo, devendría atípica la conducta.

3. Dentro de las pruebas que tuvieron en cuenta las instancias para condenar, no se observa ninguna dirigida a probar que dicha sustancia era para la



“distribución”, pues tan solo se cuenta con una estipulación sobre las características de la sustancia incautada y el testimonio del policía captor, PT. Jhon Julián Cifuentes Guevara, que visto individualmente y en contexto, al lado de aquella, no aportan ni permiten colegir elementos de juicio que conduzcan a la conclusión, que la sustancia que **Cadena Vacca** llevaba consigo era para distribución; carga de la prueba que conforme a los deberes y funciones de la Fiscalía General de la Nación, desde el punto de vista constitucional y legal, es de su resorte, sin que sea posible invertirla, de acuerdo a los artículos 29 de la Carta Política, 9 y 10 del CP y 7 del CPP.

4. En concreto, la Fiscalía debe probar la destinación del alucinógeno, y ello debe hacerlo con soportes suficientes, como por ejemplo, remitiendo al portador a medicina legal para saber si es consumidor y cual su estado o nivel de adición, verificando antecedentes de todo orden, realizando labores de campo para determinar su situación en general y en concreto frente a la sustancia, entre otras muchas susceptibles de explorar según el entorno y caso particular; más no puede presumirse y mucho menos de los juzgadores de instancia, que la cantidad *per se*, y la actitud ‘sospechosa y comportamiento de huida’ sean suficientes para así considerarlo, pues estas últimas actitudes devienen equívocas, en tanto pueden ser propias también de quien lleva para su consumo el alucinógeno.

5. De manera que, si no se demuestra por parte del ente acusador la destinación al menos en forma probable, plausible, lógicamente indicada; ello no puede suponerse, pues aquella constituye un elemento diferenciador de la tipicidad, así como de la antijuridicidad, que impide darlas por estructuradas.

Es claro, que para poder dar por establecida la conducta por la que se juzgó al procesado, dentro del artículo que se entendió infringido, ello no dependía únicamente de la cantidad llevada consigo, o siquiera de la actitud señalada en el sujeto agente; sino de la intención del portador de la misma, como lo ha reconocido esta Sala, con adecuada claridad, desde la sentencia del 9 de marzo de 2016 radicado 41760, cuando sostuvo que.

“Por tanto, 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, 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.”

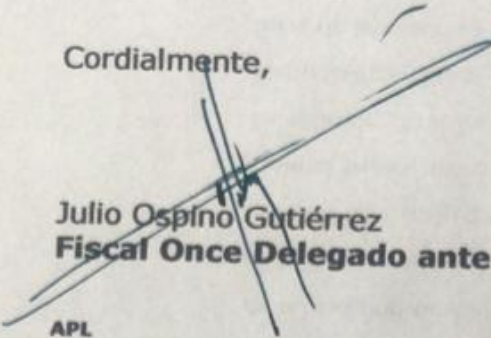
6. Nótese que, si bien la segunda instancia para deducir ese ingrediente subjetivo ‘distribución’, además de tener en cuenta la cantidad de sustancia incautada, acudió a la actitud asumida por **Cadena Vacca** y su evasión del lugar al notar la presencia policial, son situaciones que no pueden tenerse como conclusivas para realizar esa inferencia; por cuanto como lo tiene dicho esta Sala en sentencia del 20 de noviembre de 2019, radicado 54041, *“...pareciera que el Tribunal intenta crear una máxima de la experiencia, según la cual, tornarse nervioso frente a la presencia policial, es indicativo de que se habla de un delincuente que es consciente de que comete una conducta prohibida, afirmación hipotética deleznable que deja por fuera otras, igualmente válidas, pero que no comprometen la presunción de inocencia del procesado”*.

7. Así, lo probado es que **Juan David Cadena Vacca**, para el 16 de junio de 2015 llevaba consigo un paquete envuelto en vinipel contentivo de 488,9 gramos de marihuana, que al ver a los policiales, asumió una actitud ‘sospechosa e intentó huir’; más no se establecieron los soportes fácticos y jurídicos para demostrar la intención de distribuir el alucinógeno, por cualquiera de los medios que se indicaron en el fundamento 4., y/o la jurisprudencia relacionada en el fundamento 5.; de manera que, conforme a lo explicitado, no puede hablarse de que se haya probatoriamente estructurado el ingrediente subjetivo tácito echado de menos, que exige el artículo 376 del Código Penal, de acuerdo a lo que tiene sentando esta Sala.

Respecto al cargo segundo presentado por el defensor, teniendo en cuenta lo que se solicitará, por sustracción de materia no hare referencia, restando acota que este no procedería, por cuanto no se trata de un falso raciocinio, de una parte (i) porque no se indica y mucho menos demuestra cual es la regla de la ciencia, experiencia o la lógica desconocida, y de otra (ii) porque refiere habersele dado un alcance que no tiene al testimonio del policial lo que le haría hipotéticamente encajar en un error de hecho distinto al citado.

Por consiguiente, conforme a lo que entendemos tiene decantado esta Sala sobre el tema estudiado, resta solicitarles a los señores Magistrados con el respeto de siempre, y de considerarlo así la Sala, que **CASEN** la sentencia impugnada y dicten una absolutoria de reemplazo, por atipicidad del comportamiento enjuiciado.

Cordialmente,


Julio Ospino Gutiérrez
Fiscal Once Delegado ante la Corte Suprema de Justicia

APL