



Oficio PSDCP – CON – N.° 19  
Bogotá 21 de abril de 2021

**HONORABLES MAGISTRADOS  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA DE CASACIÓN PENAL  
M.P. JAIME HUMBERTO MORENO ACERO  
E. S. D.**

**PROCESO: LEY 906 DE 2004  
RADICADO: 58.080  
PROCESADO: JUAN DAVID CADENA VACCA**

Con base en la competencia conferida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política, en mi condición de Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal, expongo mi criterio en defensa del orden jurídico, de los derechos y de las garantías de los intervinientes, dentro del traslado concerniente a la demanda de casación interpuesta por la defensa de JUAN DAVID CADENA VACCA, en contra del fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que confirmó la decisión del Juzgado 16 Penal del Circuito de Conocimiento, mediante la cual condenó al mencionado por la autoría en un delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

## **HECHOS**

Quedaron plasmados así en la sentencia de segunda instancia:

*“Ocurrieron el 16 de junio de 2015, aproximadamente a las 14:00 horas, cuando agentes de la Policía Nacional 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 requisita, 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”.*

## **ACTUACIÓN PROCESAL**

Ante un Juez con función de control de garantías de Bogotá se surtió la audiencia de legalización del procedimiento de captura, misma en la que la Fiscalía imputó a JUAN DAVID CADENA VACCA la autoría del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo, conducta tipificada en el artículo 376 inciso 2°, del Código Penal; cargos que el imputado no aceptó.

El Juzgado 16 penal del Circuito de Bogotá asumió el conocimiento, una vez evacuó la audiencia de formulación de acusación, celebró la preparatoria, adelantó el juicio oral, y el 27 de junio de 2019 profirió sentencia, condenando al procesado como responsable del delito que le fuera imputado, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá al desatar el recurso vertical elevado en su contra, el cual es objeto de demanda de casación que ocupa la atención de esta agencia ministerial.

## **LA DEMANDA**

El procesado JUAN DAVID CADENA VACCA, a través de apoderado, presentó demanda de casación en la que postuló 2 cargos. En el primero, reclama que el Tribunal, al proferir la sentencia condenatoria, interpretó erróneamente la norma llamada a regular el caso, violentando directamente la ley sustancial, ya que al aplicar el artículo 376 numeral segundo del Código Penal, desconoció el contenido de antijuricidad material exigido para la estructuración del delito por el que fue condenado.



Para el segundo cargo, reclama que en el fallo de segunda instancia se incurrió en error de hecho por falso raciocinio, ya que al apreciar el testimonio de Jhon Julián Cifuentes Guevara, le dio un alcance distinto a lo que el testigo informa.

### **CRITERIO DE LA PROCURADURÍA DELEGADA**

En atención a que los cargos se orientan a una misma finalidad, en el sentido de que se declare la violación de la ley sustancial, una por vía directa, y otra por vía indirecta, esta Delegada adelantará un análisis simultáneo de los mismos, y desde ya anuncia que comparte plenamente el criterio del demandante, y como consecuencia de ello, sugerirá a la honorable Sala que case el fallo materia de impugnación y lo remplace por otro en que se absuelva al procesado Cadena Vacca.

1. Frente al yerro formulado, pretende el casacionista el restablecimiento del derecho sustancial, que para ser restaurado, impone una debida interpretación en torno a la estricta tipicidad del tipo penal previsto en el artículo 376 numeral segundo del Código Penal, ya que la Fiscalía no demostró la antijuricidad material de la conducta atribuida al procesado, derecho que fue quebrantado por error de la administración de Justicia y éste debe ser subsanado en cumplimiento del principio de legalidad y de necesidad de la pena.

Acerca de la errónea interpretación que hizo la judicatura del artículo 376 inciso 2° de la ley 599 de 2.000 al suponer la antijuricidad material, da por demostrada la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, actuación que a voces de la jurisprudencia de la Honorable Sala Penal de la Corte



Suprema de Justicia en pronunciamientos del 28 de febrero de 2018, radicado 50.512, y del 23 de enero de 2019, radicado 51.204, desconoce el elemento subjetivo distinto del dolo para que se estructure el tipo objetivo del tráfico de estupefacientes.

En tales pronunciamientos, la Sala Penal de la Corte delimita los alcances de la antijuridicidad inherente a la conducta de tráfico de estupefacientes, en especial en el evento de porte o “llevar consigo” tal clase de sustancias, cuando se trata de cantidades que rebasen en mayor o menor grado la denominada dosis personal.

Pide la Corte para la estructuración del delito, acorde con lo establecido en el acto legislativo 02 de 2009, que no basta para la incriminación, ese hecho objetivo del porte, sino que es necesario que a la conducta se acompañe el evidente propósito de destinar la sustancia al tráfico, en condiciones tales, que desde el punto de vista probatorio, la Fiscalía General de la Nación cuenta con la carga de así probarlo en el proceso. Y eso fue lo que, evidentemente, no sucedió en el caso examinado.

De la decisión confutada se advierte que la colegiatura de segundo nivel dedujo que la actitud recelosa del procesado, la huida del lugar al advertir la presencia de los policiales, la cantidad de sustancia incautada (488,5 gr. de marihuana) muy por encima de la dosis permitida para uso personal (20 gr.), es suficiente para dar por demostrado que la sustancia estaba destinada a la distribución; sin embargo, desconoció con ello que tal afirmación no puede corresponderse con conjeturas sin fundamento a cargo del operador jurídico, sino que, de acuerdo a la jurisprudencia precedentemente reseñada, debe remitirse a un aspecto de exigida acreditación probatoria por parte del ente acusador.



Es evidente entonces, que el cargo propuesto tiene vocación de prosperidad al ser evidente en este caso que el reclamado contenido de antijuridicidad material inherente al porte, se centra simplemente en ese hecho objetivo en que fue sorprendido Cadena Vacca, y en lo que los operadores de instancia definieron como una “actitud sospechosa” por parte del mismo al observar la presencia de los policiales, pero sin que hubiesen concurrido probatoriamente otras circunstancias indicadoras de la efectiva dedicación al tráfico o distribución de la sustancia incautada, tales como el fraccionamiento del mismo material con posibles fines de expendio, la presencia en cercanías de posibles compradores, la incautación de dineros que sugiriesen la eventual compraventa, etc.

Se tiene entonces, que conforme a la reciente jurisprudencia de la Corte, el porte atribuido a Cadena Vacca no aparece acompañado, desde el punto de vista probatorio, de ese plus exigido para que el comportamiento pueda valorarse realmente como antijurídico, por lo que fluye nítida la afirmación del recurrente en el sentido de que en el caso a estudio, se interpretó erróneamente el contenido del artículo 376-2 de la ley 599 de 2000, otorgándole por las instancias unos alcances no admisibles y aplicándolo también indebidamente.

2. Consideramos también, que de igual manera asiste razón al recurrente cuando predica violación indirecta de la ley sustancial, es decir, la aplicación con consecuencias punitivas del mismo artículo 376-2 del Código Penal, derivado de un falso juicio de raciocinio de un elemento de prueba, esto es, la declaración del policial Jhon Julián Cifuentes Guevara .

En efecto, a dicho testimonio traído al juicio, se le atribuyen por las instancias unos alcances que lo potencian desde el punto de vista probatorio, hasta el punto de que la “actitud sospechosa” que revela el



declarante les sirve para apuntalar que la actuación a cargo del procesado no solo resultaba típica, sino antijurídica.

En el contexto previamente destacado, era necesario que la conducta típica estuviese inequívocamente dirigida al tráfico o distribución de la sustancia incautada. Derivar lo anterior de lo que el policial aprehensor calificó como actitud sospechosa de parte del procesado, no resulta ponderable desde el punto de vista del análisis de la prueba de indicios, porque las reglas de experiencia podrían sugerir perfectamente otras explicaciones hipotéticas frente a tal comportamiento.

Téngase en cuenta que los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte para significar en qué consiste la antijuridicidad de la conducta típica examinada, son más bien de época reciente, resultando que en la historia de la judicialización de esa clase de conductas, no se exigía la acreditación probatoria de la situación que liga al porte con la distribución o tráfico. En el pasado, muchos ciudadanos resultaron procesados por esa clase de comportamientos en su dimensión puramente objetiva, incluso sentenciados, sin tener en cuenta otro factor distinto al de que la cantidad de sustancia decomisada resultara relativamente mayor a la que constituye la denominada dosis personal.

De manera que la tenencia de ese material, incluso exenta de tales fines, podía perfectamente generar en el portador actitudes por fuera de lo normal, ante la advertencia de la presencia de representantes de la autoridad que le solicitaren eventualmente una requisa. En un plano meramente hipotético, es posible que se tratase de adictos al consumo de ese tipo de sustancias; o no necesariamente lo anterior, sino del porte con la finalidad de un consumo no tan frecuente, sino esporádico, que implicase la utilización con fines recreativos, o de compartir con allegados en un contexto que no



necesariamente tiene por qué significar la puesta en peligro del bien jurídico de la salubridad pública.

En un plano netamente cultural, sustancias como la marihuana o la cocaína, siguen generando una descalificación en la mayor parte de una sociedad apegada a criterios religiosos o en los que el uso de aquellas se encuentra proscrita debido a aspectos de formación y de educación, al punto de que un portador o consumidor puede ser fácilmente objeto de reprobación, cuando el contenido de antijuridicidad resaltado por la Corte en las sentencias antes reseñadas tienden a no reconocer en la dimensión puramente objetiva del consumo la puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

Claro es, que a pesar de producida una jurisprudencia de tales alcances, la tenencia de marihuana o cocaína para fines exclusivamente personales, suficientemente acreditados desde el punto de vista probatorio o no, suele ser un comportamiento rodeado por la reserva o el ocultamiento, carente de la intención de exteriorizarlo o hacerlo público, y si eso ocurre frente al común de los miembros de la sociedad, qué no decir frente a representantes de la autoridad policial que pueden presuponer de entrada el carácter delictivo de la conducta, sin que pueda exigírseles la cualificación jurídica que ahora corresponde efectuar en materia de antijuridicidad.

Lo anterior, no solo para significar que la prueba aludida no solo no permite establecer los alcances reales del adjetivo “sospechoso” empleado, sino que bien puede corresponder a una apreciación subjetiva del uniformado que no necesariamente revela que la actitud de Cadena Vacca estuviera regida efectivamente por la intención de poner en peligro el bien jurídico en los términos en que propone el artículo 376-2 del Código Penal.



Razones para entender que ciertamente se desconocieron reglas de la experiencia en la valoración del testimonio de Cifuentes Guevara para derivar del mismo conclusiones que no pueden tenerse ni como inequívocas, ni como necesarias, a la hora de afirmar que el procesado en el momento de su captura estuviera en plan de distribuir o de traficar con el material que indiscutiblemente portaba.

Corolario de todo lo anterior, esta delegada se permite respetuosamente CASAR el fallo objeto de impugnación, para en su lugar proferir fallo de carácter absolutorio en favor del procesado Juan David Cadena Vacca, debiendo ordenarse a consecuencia de ello la cancelación de las órdenes de captura que eventualmente se hallan emitido en su contra.

De los Señores Magistrados,

Cordialmente



**JAIME GUTIÉRREZ MILLÁN**

Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal (E)

DR.