

Proceso N° 10246

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente Doctor

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

Aprobado Acta No.92

Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de junio de dos mil (2000).

VISTOS

Un Juzgado Regional de Santafé de Bogotá, el veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y cuatro -1994-, condenó a DUBERNEY DE JESUS AGUDELO RIOS a la pena principal de cuarenta (40) meses de prisión y multa de diez (10) salarios mínimos mensuales, y a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como autor responsable de violación al artículo 33 de la ley 30 de 1986. Interpuesto por el defensor recurso de apelación contra la anterior sentencia, el Tribunal Nacional le impartió integral confirmación en providencia del cinco (5) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Contra esta última decisión se interpuso recurso de casación. Presentada la demanda correspondiente la Corte la encontró ajustada a los requerimientos formales, y obtenido el concepto del señor Agente del Ministerio Público, es el momento procesal oportuno para la determinación de fondo. A ello se procede.

HECHOS

Una llamada anónima, el 13 de marzo de 1994, alertó a la policía en el sentido de que

determinado sujeto, de quien dieron sus características, tendría considerable cantidad de marihuana y que el mismo rondaba por zona que se especificó debidamente. Se montó en consecuencia el operativo correspondiente sobre el sector de San Francisco de esta ciudad, en donde fue observada una persona con las características proporcionadas en la información, quien, al percatarse de la presencia de la fuerza pública, emprendió veloz huida, para terminar refugiándose en el inmueble ubicado en la carrera 20 D No. 63-85, hasta donde lo persiguieron los agentes de la autoridad, encontrando en su habitación semillas y hojas de marihuana en bolsas; pesada la sustancia, arrojó 41.975 gramos, hallándose también allí una balanza marca 'baical', color rojo, con capacidad para 25 libras. Aprehendido el sujeto perseguido, se estableció que responde al nombre de DUBERNEY DE JESUS AGUDELO RIOS.

#### SINTESIS PROCESAL

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, la consigna así:

“Ante la SIJIN F-2, Unidad Investigativa de Policía Judicial, se dejó a disposición a Agudelo Ríos, junto con los elementos y sustancias incautadas, así como los informes pertinentes, la versión libre y espontánea de Jorge Helí Carreño Velasco y los testimonios de los miembros que intervinieron en la retención del sindicado.

Con base en dichas diligencias, el 14 de marzo siguiente, una Fiscalía Regional declaró abierta la instrucción y ordenó la práctica de algunas pruebas, escuchando además en indagatoria a AGUDELO RIOS y resolviendo su situación jurídica con resolución detentiva como infractor del art. 33 de la Ley 30 de 1986, el 22 de marzo siguiente.

A petición de sentencia anticipada elevada por el propio imputado, el 3 de junio de 1994, se sentó el acta en la que la Fiscalía concretó los cargos.

Entendiendo que dentro de los límites del art. 61 del C.P., estaba el tener presente para efectos de la dosificación punitiva, la considerable cantidad de estupefaciente marihuana incautada (41.975 gramos), partió el juez regional de la pena mínima de cinco años, haciendo la reducción pertinente de la tercera parte, acorde con el art. 37 del C.P.P., modificado por el artículo 3 de la Ley 81/93, profiriendo la sentencia en los términos precedentemente consignados, la quepelada fue confirmada por el Tribunal Nacional.”

## LA DEMANDA

El actor aduce como fundamento de su impugnación ‘los motivos previstos en el numeral primero del art. 220 del C.P. porque la sentencia está en desacuerdo con los postulados de las normas que se aplicaron’. Y más adelante añade que la sentencia violó por interpretación errónea los artículos 33 de la ley 30 de 1986 y el 61 del Código Penal, al haberse condenado a su representado a cinco -5- años de prisión cuando ha debido aplicársele el mínimo, esto es, cuatro -4- años, al no tener antecedentes penales, disminuídos en una tercera parte por razón de lo dispuesto en el artículo 37 del C.P.P. (sentencia anticipada).

Además, el artículo 67 del Código Penal expresa que no se podrá aplicar el mínimo de la sanción cuando solo obran contra el reo circunstancias de mayor peligrosidad, y agrega: “analizando ésto no me explico el porqué el juzgador no da aplicación al mínimo de la pena cuando no aparece una circunstancia que haga pensar en una mayor peligrosidad por parte de mi procurador ahora si es que se considera que existe peligrosidad la pena debió aumentarse únicamente en seis meses y no en doce como se hizo, por cuanto la buena conducta anterior es una circunstancia de atenuación punitiva. ...”.

## CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL

Realizar el ataque al amparo de 'los motivos previstos en el numeral primero del artículo 220 del C.P.P.', constituye yerro de consideración, pues se está haciendo referencia, al propio tiempo, a la violación directa e indirecta de la ley sustancial, lo que no deja de ser una seria y profunda contradicción por las diferencias que existen entre una y otra vía. Esa falta de concreción de la demanda, como es sabido, no puede ser suplida de oficio por la Corte.

De otro lado, el recurrente señala, dentro de los criterios que aduce 'para fundamentar la invocación de esta causal', que la sentencia 'violó por interpretación errónea los artículos 33 de la ley 30 de 1986 y el artículo 61 del Código Penal'. Y, habida cuenta de que tal sentido de la vulneración solo es posible dentro del marco de la infracción directa de la ley sustancial y de que el demandante no discute en ningún momento la apreciación que de los diversos medios probatorios realizaron los sentenciadores, dicha circunstancia con óptica flexible, permite entender que lo alegado es un quebranto directo de la ley.

La Delegada, luego de citar jurisprudencia de esta Corporación de diciembre 10/86, M.P.Dr. Martínez Zuñiga, precisa que el libelista solo está oponiendo su personal criterio sobre la dosificación punitiva al de los sentenciadores, sin lograr demostrar el error interpretativo abstractamente aducido, y primando entonces la presunción de acierto y de legalidad que cobija a la sentencia.

El artículo 61 -norma que se dice vulnerada- refiere, dentro de los criterios para fijar la pena, la gravedad y modalidades del hecho punible. Y para el Ministerio Público el fallador no hizo cosa distinta a aplicar tal disposición con buen tino cuando, dada la elevada cantidad de sustancia estupefaciente incautada, no partió del mínimo legal de los cuatro años sino de cinco. En nada se opone a este discernimiento que AGUDELO RIOS careciera de antecedentes penales, pues este hecho no sirvió de sustento para el incremento punitivo. De otra parte, el sentenciador tampoco se basó para la dosificación

punitiva en circunstancias genéricas de agravación punitiva (o circunstancias de mayor peligrosidad a que hiciera referencia el artículo 37 del Código Penal de 1936 y que el impugnante cita como si estuviera vigente).

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Desde luego que invocar como fundamento de los cargos ‘los motivos previstos en el numeral primero del artículo 220 del C. de P.P.’, constituye imprecisión técnica, en cuanto que así no se está haciendo cosa distinta a fundamentar el ataque, al propio tiempo, en la vulneración directa e indirecta de la ley sustancial, que obedecen a una diversa y encontrada filosofía, y de ahí que una enunciación de tal estirpe no pueda menos de predicarse como insuficiente aunque en su desarrollo sea posible precisar el ataque.

Elemental es que si el actor escoge la vía de la vulneración directa, no le es dable discutir la prueba, sino que debe aceptarla con el contenido y alcance que le fijó el sentenciador, de modo contrario a lo que acaece cuando la senda del ataque que se escoge es la indirecta, por cuanto ahí sí el campo seleccionado es fértil, propio para el debate probatorio. Además, bien conocido es que la infracción directa ofrece tres diversas modalidades o sentidos de vulneración, cuales son, la falta de aplicación, la aplicación indebida y la interpretación errónea, mientras que la indirecta solo admite la aplicación indebida o la falta de aplicación.

A pesar de la imprecisión que la demanda ofrece desde su comienzo, una vez se aprecia que por ninguna parte se discutió la prueba y que para fundamentar la causal que aduce precisa que la sentencia violó por interpretación errónea los artículos 33 de la Ley 30 de 1986 y 61 del Código Penal – modalidad de vulneración exclusiva de la infracción directa de la ley sustancial- hay que convenir con la Delegada en que, con un poco de laxitud, bien puede tenerse el cargo formulado al amparo de este tipo

de vulneración y entrar a responderlo a cabalidad.

2. Muy concretamente se tiene que el desacuerdo del impugnante con la sentencia está en que la dosificación punitiva no hubiera sido la mínima de cuatro (4) años que trae el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, por razón de la buena conducta anterior del procesado, y que se hubiera fijado en cinco (5), para de ahí verificar la rebaja de la tercera parte por razón de lo mandado por el artículo 37 del C. de P.P. (sentencia anticipada), esto es por haber aceptado el procesado su responsabilidad.

Se debe ser muy terminante en el sentido de que el sentenciador por parte alguna incrementó la pena bajo la consideración de que el condenado tuviera antecedentes penales. Simplemente, dado el innegable hecho de la cantidad considerable de sustancia incautada (más de 41 kilogramos), la modalidad de almacenamiento al interior de una vivienda, la circunstancia de que en dicha vivienda residían y permanecía menores, la manera en que estaba disminuía (para la venta) la sustancia y la existencia -además- de semilla dispuso un incremento del mínimo legal de la correspondiente disposición penal en un (1) año. Esto se hizo en cabal aplicación del artículo 61 del Código de las Penas que, dentro de los criterios para determinar la sanción principal, estipula la gravedad y modalidades del hecho punible.

3. También alude el impugnante a que, según el artículo 67 del Código Penal “no se podrá aplicar el mínimo de la sanción cuando solo obran contra el reo circunstancias de mayor peligrosidad”, de lo que desprende que a su representado se le ha debido aplicar el mínimo, ya que ‘no aparece una circunstancia que haga pensar en una mayor peligrosidad por parte de mi procurado’.

A este respecto se responde que el susodicho artículo 67 dispone es que sólo podrá imponerse el máximo de la pena cuando concurran únicamente circunstancias de agravación punitiva y el mínimo, cuando concurran exclusivamente de atenuación,

sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61.” Lo que el actor hace decir a la norma es algo muy diferente y de otra parte es lógico que, ante la presencia única de circunstancias de agravación punitiva (y no de mayor peligrosidad) o de los demás factores que no enunciados en el artículo 66 del C.P. ameriten incrementos punitivos mal podría aplicarse el mínimo legal. Pero apréciase bien -y es lo importante para el caso- que tal digresión en nada sirve - para validar o apoyar las pretensiones de la demanda porque, se reitera, el incremento punitivo no lo fue porque se computaran en contra del condenado circunstancias de agravación, sino por la gravedad y modalidades del hecho punible.

4. El censor termina manifestando que si de todas manera se consideró que existía una circunstancia de mayor peligrosidad, la pena debió aumentarse en seis meses y no en doce dada la buena conducta anterior del procesado. Se trata, lo primero, de un simple criterio del censor que se opone al del sentenciador, el cual goza de la presunción de acierto y de legalidad. Y de otro lado es patente que el juzgador no aludió nunca a criterios de peligrosidad para aumentar la pena. El aumento en la cantidad de pena nada tiene de exagerado, arbitrario o ilegal, pues aumentar en un año la sanción base, cuando lo decomisado son cuarenta y un mil novecientos setenta y cinco (41.975) gramos, y el tipo legal por el que se procede trae señalada una pena que se extiende entre cuatro (4) y doce (12) años cuando la cantidad de marihuana supera los mil (1000) gramos, constituye tasación punitiva sobradamente benévola. Dicho de otra forma los mil gramos se sobrepasan en mucho para que tal acrecentamiento pueda parecer o ser desorbitado, agravante o injusto.

El cargo no prospera.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, -SALA DE CASACION PENAL-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR el fallo impugnado.

CUMPLASE,

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CORDOBA POVEDA

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

MARIO MANTILLA NOUGUES

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR  
PEREZ PINZON

ALVARO

ORLANDO

NILSON PINILLA PINILLA

EDUARDO TORRES ESCALLON

No hay firma

Conjuez

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria