

Proceso N° 13004

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado ponente:

Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar

Aprobado Acta #70

Bogotá D.C., mayo dieciséis (16) de dos mil uno (2001).

Vistos:

Resuelve la Sala los recursos de casación interpuestos por el Agente del Ministerio Público y por el defensor del procesado GILDARDO POLO MILLAN contra la sentencia de agosto 23 de 1996, mediante la cual el Tribunal Superior de Cundinamarca confirmó la condena a 32 meses de prisión que por infracción al inciso 1º del artículo 33 de la ley 30 de 1986 le impuso el Juzgado 1º Penal del Circuito de Fusagasugá.

Hechos y actuación procesal:

El la mañana del 16 de marzo de 1996, en el municipio de Cabrera (Cundinamarca), GILDARDO POLO MILLAN fue sorprendido por miembros del Ejército Nacional llevando en su poder 1.593,95 gramos (1.669 cc.) de una sustancia líquida (látex) en la que se encontraron alcaloides del opio, según dictamen de Medicina Legal obrante a folio 82 del expediente.

El mencionado fue vinculado al proceso mediante indagatoria y una vez resuelta su

situación jurídica solicitó sentencia anticipada. El 31 de mayo de 1996 aceptó ser responsable de la infracción prevista en el inciso 1º del artículo 33 de la ley 30 de 1986 y el 12 de junio siguiente el Juzgado 1º Penal del Circuito de Fusagasugá dictó sentencia. Determinó condenarlo a 32 meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y multa de \$947.500.00. Mediante la sentencia recurrida en casación la segunda instancia, al resolver la apelación interpuesta por la defensa, impuso como multa \$1.421.250.00 y confirmó en lo demás la decisión de la primera instancia.

Las demandas:

1. La presentada por el defensor.

Formula dos cargos. En el primero señala que el Tribunal, al aumentar la multa, infringió el artículo 31 de la Constitución Nacional, en consideración a que agravó la situación de su representado al aumentar la pena de multa, cuando se trataba de apelante único.

La segunda censura hace relación a la transgresión del artículo 68 del Código Penal. Su defendido tenía derecho a la condena condicional y no se le concedió. No es “una avezada mula”, la sustancia se le incautó en una zona rural y “no es precursor” sino víctima del narcotráfico.

1. Demanda del Procurador 17 en lo Judicial Penal.

Sustenta el único cargo que propone en la causal 3ª de casación, en concordancia con el

numeral 1º del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal. A su parecer los funcionarios encargados de adelantar la actuación eran un Fiscal y un Juez Regional, en concordancia con los artículos 71 y 126 del Código de Procedimiento Penal.

El cargo que se le imputó al procesado fue el de transportar o llevar consigo 1.593,95 gramos de látex de amapola y en relación con los derivados de ésta, según dijo la Sala en la providencia del 24 de junio de 1994 (M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia), la competencia para conocer del asunto estaba atribuida a la justicia regional. “Claramente la Sala de Casación Penal –dice el Procurador—ha indicado como el legislador para establecer la competencia cuando se trata de amapola o su látex tuvo únicamente en cuenta la naturaleza de la sustancia, sin interesar la cantidad”.

Así las cosas, como la sustancia transportada por el sindicado era un alcaloide del opio, derivado de la amapola, correspondía a la Fiscalía Regional adelantar el sumario y a un Juez Regional el adelantamiento del juicio, con independencia de la cantidad del alcaloide. Como esto no sucedió, sino que un Fiscal Seccional y un Juez Penal del Circuito realizaron la actuación, debe declararse la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de aceptación de cargos, concluye el recurrente.

Concepto del Procurador 2º Delegada en lo Penal:

Lo rindió siguiendo el orden de presentación de las demandas.

Primera demanda.

Cargo 1º.

A pesar de las deficiencias técnicas en su formulación, precisó el Agente del Ministerio Público que no presenta inconveniente deducir que el censor planteó violación directa de la ley sustancial y que la hizo consistir en la transgresión de la prohibición de la reforma

en peor, al incrementar el ad quem la pena de multa impuesta al procesado. Sobre el particular recuerda el Procurador la posición de la Sala y la de la Corte Constitucional, indicando que comparte la de esta última Corporación en cuanto no debe operar ningún tipo de excepción frente a la prohibición constitucional.

Independientemente de lo precedente, aduce el Delegado que el Tribunal realizó un errado ajuste de legalidad. Si bien es cierto 10 salarios mínimos legales era el límite menor de pena de multa previsto en la disposición (\$1.421.250.00), la imposición en la 1ª instancia de \$947.500.00 –sin la motivación suficiente—fue en virtud de la reducción de la tercera parte, derivada del acogimiento a la sentencia anticipada por parte del sindicado. La pena impuesta por el Juzgado, entonces, equivalía a los parámetros legales y el Tribunal no podía agravarla. La solicitud del Procurador es, por lo tanto, casar parcialmente el fallo dejando vigente la multa que había determinado la primera instancia.

Cargo 2º.

Esta censura, dice el concepto, presenta unos defectos técnicos insalvables en su formulación. No señaló el demandante la causal de casación ni el sentido de la violación de la ley sustancial, aunque la poca fundamentación aportada envuelve una discusión fáctica enmarcable dentro de la órbita de la violación indirecta de la ley sustancial. Y aceptando que así fue, ningún error propuso el censor ni demostró con fundamentos serios que a favor de su representado concurrían los requisitos para hacerse acreedor a la condena condicional, por lo que la improperidad del ataque es evidente.

Sobre la demanda del Procurador Delegado ante el Tribunal.

A criterio del Delegado la misma debe prosperar. Dice que la competencia para conocer del presente caso era de la denominada justicia regional, transcribe un aparte del sustento jurisprudencial invocado por el casacionista y concluye solicitando

casar la sentencia y declarar la nulidad de todo lo actuado por la Fiscalía Seccional, aunque no desde la diligencia de aceptación de cargos como lo pidió el impugnante. Dicha nulidad es según el concepto absoluta e involucra todos los actos procesales, desde la decisión del 19 de marzo de 1996, mediante el cual el instructor “avocó el conocimiento de las sumarias”.

Consideraciones de la Sala:

En atención a las consecuencias que se darían de llegar a prosperar los cargos propuestos por los demandantes, es claro que el único que retrotraería el proceso sería el de nulidad por incompetencia del funcionario judicial. Los formulados por la defensa implicarían una modificación del fallo, posible únicamente a condición de que el proceso haya sido legal. Como es lógico, entonces, procederá la Corte en primer lugar a examinar la censura propuesta por la Procuraduría y únicamente en caso de que no prospere se asumirá el estudio de la otra demanda.

De conformidad con la providencia de la Sala de junio 24 de 1994, que trae a colación el funcionario recurrente y que se ratifica en esta oportunidad, en la fijación de la competencia en materia de conductas asociadas al tráfico de drogas el legislador ha tenido en cuenta para asignarla a la justicia ordinaria o a la especial, entre otros factores, la naturaleza de la sustancia y su cantidad.

El artículo 9º de la ley 81 de 1993, modificatorio del 71 del Código de Procedimiento Penal, que era la norma aplicable al presente caso, le otorgó a los Jueces Regionales en sus tres primeros numerales competencia para el conocimiento de algunas conductas descritas en la ley 30 de 1986. Y tomando en cuenta los factores indicados estableció en los ordinales 1º y 2º unas cantidades de sustancias específicas a partir de las cuales dicha justicia especial debía conocer de los delitos previstos en los artículos 32, 33 y 34 de la ley aludida. No fueron mencionados allí ni la amapola ni sus derivados, a los

que únicamente se vino a hacer referencia en el numeral 3º, en los siguientes términos:

“Artículo 71. Competencia de los jueces Regionales. Los Jueces Regionales conocen:

“3. De los delitos descritos en los artículos 35, 39, 43 y 44 de la ley 30 de 1986 y de los que se deriven del cultivo, producción, procesamiento, conservación o venta de la amapola o su látex o de la heroína”.

Es muy claro que esta última disposición en forma alguna condicionó la competencia de los Jueces Regionales a la cantidad de la sustancia, sino al hecho exclusivo de su naturaleza, es decir a que se tratara de una derivada de la amapola.

Aunque es verdad que la norma no se refirió a “portar” o “llevar consigo” la sustancia, es manifiesto que tal acción se deriva lógicamente del cultivo, producción o procesamiento de la amapola y en esa medida se trataba de una conducta cuyo juzgamiento estaba atribuido a la justicia regional, sin que exista ninguna razón para que el legislador haya dejado por fuera de dicha competencia ese tipo de comportamiento. Lo que tiene claro la Corte —como se dijo en la jurisprudencia citada— es que frente a la amapola y su látex, de donde es obtenida la heroína, se reprime desde su cultivo hasta su venta y dado el enorme daño social ligado a su consumo el legislador optó por asignar a la justicia especial el conocimiento de dicho tipo de casos, sin importar para nada la cantidad de la sustancia en la fijación de tal competencia.

El artículo 5º de la ley 504 de 1999, modificadorio del 71 del Código de Procedimiento Penal, afianza la conclusión anterior. El mismo, ante el desaparecimiento de la denominada Justicia Regional, le asignó a los Jueces Penales del Circuito Especializados en su numeral 11 el conocimiento de los delitos “...que se deriven del cultivo, producción procesamiento, conservación o venta de la heroína en cantidad igual o superior a 250

gramos o de la amapola o su látex". Que esta norma (reproducida por el numeral 11 del artículo 5º transitorio de la ley 600 de 2000) establezca la cantidad de sustancia como factor para la determinación de competencia, no hace otra cosa que enfatizar el hecho de que la ley 81 de 1993, al no establecer ninguna, simplemente fijaba en cabeza de los Jueces Regionales la competencia para conocer de todos los comportamientos ligados al cultivo de la amapola, hasta su venta y la de sus derivados.

Si se tiene en cuenta que el procesado GILDARDO POLO MILLAN fue sorprendido con 1.593,95 gramos de látex de amapola, es claro que el proceso en la instrucción debió haberlo tramitado un Fiscal Regional y en el juicio un Juzgado Regional. Al no ser de dicha manera se incurrió en la causal de nulidad prevista en el artículo 304-1 del Código de Procedimiento Penal, frente a la cual no existe otro remedio que la invalidación de la actuación en atención a su carácter de insubsanable.

Se casará el fallo, entonces, de acuerdo a como lo solicitan los Procuradores Delegados ante el Tribunal y la Corte. Y la invalidación será, inclusive, desde la orden de celebrar la audiencia de aceptación de cargos, dispuesta por el Fiscal 13 Seccional de Fusagasugá al finalizar la ampliación de indagatoria de POLO MILLAN (fl. 101 c. principal). Dicha determinación, en cuanto acto de preparación de la calificación del sumario (el cual tiene lugar en la respectiva audiencia en virtud de la equivalencia legal prevista en el artículo 37 B-2 del C. de P.P.) supone la competencia del Fiscal instructor, de la cual carecía el Delegado ante el Juez Penal del Circuito del municipio anotado.

No existe ninguna razón para acceder a la invalidación de toda la actuación, que fue lo que solicitó el Procurador Delegado en su concepto. Uno de los fines de la investigación es el esclarecimiento de los hechos y naturalmente la determinación de si se ha infringido o no la ley penal, por lo que los actos de instrucción orientados a esa finalidad se consideran válidos ante la eventualidad de que como producto de los mismos se genere una conclusión de cambio de competencia. La jurisprudencia de la Sala ha sido

reiterada al respecto y ha considerado que sólo es viable extender el vicio de incompetencia al auto de apertura de la instrucción en casos de fuero por razón del cargo, en atención a que en los mismos el privilegio se deriva de una circunstancia puramente objetiva, que como tal se puede advertir antes de la iniciación del proceso.¹

Se aclara que la orden de libertad provisional adoptada por la Corte a favor del procesado por pena cumplida queda incólume, en el entendido de que el tiempo que pasó privado de la libertad correspondería al que merecería como pena en el evento de resultar condenado.

Como consecuencia de la nulidad se dispondrá, finalmente, remitir el expediente al Fiscal Especializado respectivo y por sustracción de materia, como se advirtió en su momento, no se considerará la demanda presentada por la defensa.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1. CASAR la sentencia recurrida, expedida por el Tribunal Superior de Cundinamarca el 23 de agosto de 1996.
2. DECLARAR la nulidad de la actuación, por incompetencia, a partir del auto de mayo 31 de 1996, mediante el cual el Fiscal 13 Seccional de Fusagasugá dispuso la celebración de audiencia de aceptación de cargos.
3. REMITIR el expediente para lo pertinente con destino al Fiscal Especializado Delegado ante el Juez Penal del Circuito Especializado con competencia territorial en el municipio de Cabrera (Cundinamarca).

Notifíquese y cúmplase.

CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CORDOBA POVEDA

HERMAN GALAN CASTELLANOS

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

NILSON PINILLA PINILLA

Salvamento de voto

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria

1 . Cfr. Sentencia de la Sala del 18 de septiembre de 1996. Radicación 9.9.96. M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll.