

Proceso No 23609

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

DR. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta N° 09

Bogotá, D.C., primero de febrero de dos mil siete.

VISTOS

Decide la Corte la casación instaurada por el defensor de GABRIEL NICOLÁS SALAZAR GÓMEZ contra el fallo proferido el 23 de noviembre de 2004 por el Tribunal Superior de Medellín, Antioquia, por cuyo medio revocó la absolución con la que el Juzgado 15 Penal del Circuito de esa misma ciudad favoreció al procesado en determinación del 11 de octubre de la anualidad dicha, y en su lugar lo condenó a 48 meses de prisión y multa por 2 s.m.l.m.v. equivalentes a \$664.000.00 como penas principales, y a la accesoria en el ejercicio de derechos y funciones públicas por idéntico término al de la restrictiva de la libertad, como responsable del delito de porte de estupefacientes, no obstante lo cual se le otorgó la sustitutiva de la prisión domiciliaria.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los acontecimientos que dieron lugar a la presente actuación, fueron resumidos por el Tribunal en la sentencia de segundo grado de la siguiente manera:

“Acorde con el informe de la policía nacional, el trece de octubre de dos mil tres, a las nueve y treinta de la mañana, en la carrera 64 C con calle 103 de esta ciudad -Medellín, se aclaró al efectuársele una requisa a GABRIEL NICOLÁS SALAZAR GÓMEZ, fue hallado en su poder un tubo de vidrio con una cantidad superior a un gramo, de cocaína clorhidrato, popularmente conocido como ‘perico’.

“Por tal razón, el ciudadano en mención fue retenido y puesto a disposición de la fiscalía general de la nación.”

Decretada la correspondiente apertura de instrucción por parte de la Fiscalía 166 Delegada ante la SIJIN de Medellín, dicha dependencia vinculó al implicado mediante indagatoria, cuya situación jurídica posteriormente resolvió la Fiscalía 65 Seccional al asumir el conocimiento de las diligencias, decretando la detención preventiva sin beneficio de excarcelación del sindicado por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes en proveído del 21 de octubre de 2003; medida que sustituyó por la de detención domiciliaria mediante resolución del 14 de noviembre siguiente.

A petición del propio procesado, el 18 de los citados mes y año se fijó fecha para la diligencia de formulación de cargos con fines de sentencia anticipada, cuyo aplazamiento solicitó la defensora, quien además impetró se le concediera permiso a su defendido para laborar por fuera de su lugar de reclusión. Esta última pretensión fue denegada, decisión contra la cual se interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación; negada la primera, el segundo no se concedió por falta de sustentación, determinación contra la cual se recurrió en queja, procediendo la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Medellín a ordenar que se conociera de la alzada. Esta misma dependencia por intermedio de uno de sus Delegados, confirmó en providencia del 5 de febrero de 2004 la negativa a conceder al encartado el permiso de trabajo solicitado.

El defensor de SALAZAR GÓMEZ deprecó el control de legalidad de la medida de aseguramiento impuesta a su asistido y, por auto del 17 de febrero de 2004 el Juez 23 Penal del Circuito de Medellín la revocó, para en su lugar disponer la libertad inmediata del acriminado.

Por resolución calificatoria del 3 de febrero de 2004, la Fiscalía acusó a SALAZAR GÓMEZ como presunto autor del delito de portar cocaína en cantidad mayor a la del consumo mínimo permitido, decisión que al ser impugnada en apelación, la Fiscalía 4ª Delegada ante el Tribunal Superior de Medellín la refrendó por la suya del 8 de marzo siguiente.

Del juicio le correspondió conocer al Juzgado 15 Penal del Circuito de esa ciudad y, culminada la audiencia pública, profirió el fallo absolutorio del que se hizo mérito en el acápite inicial de esta providencia que, apelado por la Fiscalía, el Tribunal lo revocó para en su lugar y conforme al cargo deducido en la resolución acusatoria, condenar al procesado en los términos en que igualmente se dejaron indicados, sentencia de segundo grado objeto del presente recurso extraordinario.

LA DEMANDA

Tres cargos formula el censor contra el fallo recurrido; el primero, con fundamento en la causal tercera por haberse dictado la sentencia en juicio viciado de nulidad, y los dos restantes al auspicio de la causal primera, cuerpos segundo y primero, en su orden, por violación de normas de derecho sustancial.

Primera censura.

En el proferimiento de la sentencia acusada se incurrió en un yerro que incidió tanto en la estructura del proceso como en las garantías procesales del acusado, lo que de contera propició la vulneración del Art. 204 del C. de P. Penal, es el sustento de este

inicial reparo.

En desarrollo del cargo, sostiene el libelista que proferida la absolución del procesado por el juez de la causa y notificada la decisión a los sujetos procesales, el Fiscal manifestó impugnarla y, en el respectivo escrito de sustentación, indicó que procedía a apelar la sentencia por medio de la cual el despacho decretó la nulidad del acta de formulación de cargos. Lo que perseguía el recurrente era que el Ad-Quem revocara dicha decisión y procediera a dictar sentencia de instancia, sin embargo el Tribunal al resolver la alzada desbordó su competencia originada en el recurso, en cuanto revocó el fallo absolutorio y en su lugar condenó al justiciable, no empece que ello no fue solicitado por el impugnante.

Pese a que el defensor advirtió de aquella situación al Tribunal, dicha instancia desechó la observación indicando que la Fiscal había incurrido en una simple confusión. Así, el Superior asumió una competencia que no le correspondía corrigiendo el error del sujeto procesal recurrente, con lo cual adoptó una doble posición, la de juez y parte, dejando de ser juez imparcial.

Luego de citar las razones expuestas por el juzgador de segunda instancia para conocer de la impugnación en los términos dichos, critica la “novedosa interpretación” que el Tribunal realiza de los principios que orientan el derecho penal sustancial y procesal, los cuales, a su juicio, han de entenderse como garantía para el procesado y no al contrario, puesto que esos principios deben valorarse positivamente y no en forma negativa, como aquí se hizo, en detrimento de los intereses del procesado. Con un tal proceder, se generó una irregularidad que afecta el debido proceso de acuerdo con lo estipulado en el Art. 306-2 del C. de P. Penal, en cuanto el juez colegiado rebasó la competencia que para estos eventos le discierne el Art. 204 ibidem, afirmación tras la cual cita en apoyo de su tesis un pronunciamiento realizado por la Sala sobre el tema debatido.

Que se declare la nulidad de la sentencia del Tribunal dictada por fuera de su competencia, es la aspiración del actor.

Segunda censura.

Violación indirecta de la ley sustancial derivada de un error de hecho por falso juicio de identidad que recayó sobre la versión rendida por SALAZAR GÓMEZ, lo cual condujo a la falta de aplicación del Art. 32-10 del C. Penal y a la aplicación indebida del inciso 2° del Art. 232 del C. de P. Penal, es el fundamento de este reproche.

Para la demostración del vicio denunciado, el censor cita los apartes pertinentes de la indagatoria de su defendido, diligencia en la cual inicialmente manifestó que en el registro al que lo sometieron miembros de la Policía Nacional, le hallaron un “tubito de perico” de cinco (5) gramos, de los cuales había consumido un (1) gramo, aproximadamente. Agregó que carecía de antecedentes y que se trataba de una dosis personal de modo ocasional. En la ampliación de su injurada, dijo que aquella cantidad la tenía como dosis personal, que nunca pensó que fuera delito, cuyo porte escuchó no era sancionable.

El Tribunal al resolver por qué no era posible aplicar el error de tipo en este caso, indicó que en la vista pública lo que hizo el procesado fue matizar su versión para dejarse ver como una persona que desconocía lo referente a la dosis personal, cuando en su primigenia aparición procesal explícitamente señaló la cantidad de droga que adquirió y consumió, aceptando claramente su responsabilidad en la conducta ilícita.

De una tal manera, el Ad-Quem cercenó la prueba y le negó toda credibilidad a las manifestaciones de su asistido, argumenta el actor, con la finalidad de configurar los elementos de juicio necesarios para condenarlo. Si hubiese examinado en su integridad la primera versión del acusado, hubiera reconocido que desde ese momento SALAZAR GÓMEZ dijo que lo que portaba y consumía era una dosis personal, lo cual le hubiese

permitido concluir que lo declarado por el implicado en la segunda ocasión sólo era la ratificación de lo que inicialmente informó. Consecuencialmente, había lugar a reconocer el error de tipo que sirvió de sustento para la absolución decretada por el A-Quo.

Para reforzar su tesis de que el procesado creía tener en su poder una dosis personal y que no cometía ningún delito, el actor destaca el hecho de hallarse su defendido ingiriendo la sustancia estupefaciente a pocos metros de la Estación de Policía, delante de los propios policiales, absolutamente tranquilo y convencido de que su actuar era legal. Del mismo modo sostiene, que la petición que hizo el procesado de acogerse a sentencia anticipada mal puede tenerse como prueba de responsabilidad, o que tenía conocimiento de haber estado cometiendo un delito, como equivocadamente lo infirió la Colegiatura en mención, pues ello no fue más que fruto de su desesperación e ignorancia.

El yerro del Tribunal es trascendente, en cuanto el cercenamiento de la prueba lo llevó a conclusiones que real y objetivamente no se derivan de las manifestaciones del acusado.

Finalmente indica el actor, que SALAZAR GÓMEZ obró bajo un error de tipo, error que cataloga de invencible, lo cual, a voces del Art. 32-10 del C. Penal, no genera responsabilidad, quien, por lo demás, no tenía voluntad para cometer el delito que se le imputa, es decir, no actuó con dolo, como contrariamente y de manera equivocada lo presumió el Tribunal.

Que se profiera fallo de reemplazo de carácter absolutorio, es la pretensión del censor.

Tercera censura.

Con sustento en la causal primera, cuerpo primero, el actor denuncia la violación directa de la ley sustancial, que tuvo por origen la interpretación errónea de los Arts. 9° y 11 de la

Ley 599 de 2000; un tal yerro condujo al desconocimiento de los principios de dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, intervención mínima y proporcionalidad establecidos en los Arts. 1°, 2°, 6° y 28 de la Carta Política, y en los Arts. 3° y 13 del C. Penal, catalogados de fundamentales en los Arts. 93 y 94 Superior.

Cuando el Tribunal calificó el comportamiento de SALAZAR GÓMEZ como típica y antijurídica, incurrió en errónea interpretación sobre el sentido o alcance de lo que significa la configuración de los elementos estructurales de un hecho punible y del concepto de antijuridicidad, y de la lesión o puesta en peligro efectivo de un bien jurídico tutelado, según las voces de los Arts. 9° y 11 del C. Penal. Par sustentar su disenso, acude a la cita de los apartes pertinente de la Sentencia C-420 de 28 de mayo de 2002, que define la antijuridicidad y la noción de lesión o puesta en peligro del bien jurídico que la ley tutela, pronunciamiento en el que además se expone cómo el derecho al libre desarrollo a la personalidad no habilita a la persona para la comisión indiscriminada de delitos, cuyo límite es la tipificación de conductas criminales impuesta por el ordenamiento jurídico, el cual será legítimo si los comportamientos allí tipificados vulneran o ponen en peligro derechos de los demás.

La errónea interpretación en la que incursionó el Tribunal, de igual manera condujo a la inobservancia de las preceptivas contenidas en el Art. 3° del C. Penal, que dicen relación con los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la pena. El juicio de proporcionalidad, según lo enseña la Sentencia C-070 del 26 de febrero de 1996, debe hacerse en forma individual, y el castigo impuesto debe guardar simetría con la conducta y la culpabilidad del sujeto al que la misma se le imputa, advierte el actor, reseña que de similar manera se hace en las Sentencias C-237 de 20 de mayo de 1997 y C-356 de 6 de mayo de 2003, todas de la Corte Constitucional.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Previo a la emisión del concepto de rigor, la Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal (E) dice llamar la atención en este caso respecto de la procedencia del recurso, en cuanto que el criterio que de antaño venía aplicando la Corte acerca de la normatividad aplicable para efectos de la concesión y trámite de la impugnación extraordinaria, esto es, la ley vigente a la fecha del proferimiento de la sentencia de segundo grado, fue modificado a partir del pronunciamiento del 16 de febrero de 2005, Rdo. 23006, cuando se dijo que la normatividad aplicable para aquellos efectos era la que regía para el momento de la comisión del hecho.

Siendo ello así, y como quiera que la pena máxima prevista para la conducta punible por la cual se juzgó al procesado no excede de 8 años de prisión, y ella tuvo lugar el 13 de octubre de 2003, la demanda debió inadmitirse porque conforme con las previsiones del inciso 3° del Art. 205 del C. de P. Penal, la vía de ataque en este caso era la casación discrecional, sendero que precisamente no fue el que acogió el demandante.

No obstante, la representante del Ministerio Público tras el examen de los cargos contentivos del libelo, conceptúa sobre los mismos de la siguiente manera:

1. Para fundar el primer reproche, sostiene la Delegada, el libelista invoca la causal 3ª por estimar que la sentencia fue proferida en un juicio viciado de nulidad, por violación del debido proceso y para acreditar el vicio, el censor manifestó que el fallador desbordó el ámbito de su competencia al desatar el recurso de apelación interpuesto por la fiscal contra la sentencia absolutoria proferida por el Juez 15 Penal del Circuito de Medellín, debido a que, en el escrito de sustentación del recurso, la funcionaria instructora manifestó que lo incoaba en contra de la sentencia por medio de la cual ese Despacho decretó la nulidad del acta de formulación de cargos y, a pesar de que la defensa advirtió al Tribunal Superior de Medellín que lo que la apelante buscaba era que se revocara esa decisión y se proferiera la sentencia de instancia, éste manifestó que la recurrente incurrió en una simple confusión; fue así como diciendo corregir el yerro,

procedió a condenar al procesado sin que así lo hubiese solicitado la fiscal recurrente, desconociendo de esta manera la competencia del superior consagrada en el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal.

En punto a la validez jurídica del ataque, la Delegada sostiene que si bien al fallador de segunda instancia le está vedado realizar pronunciamiento alguno que no se enmarque dentro de los argumentos esgrimidos por el impugnante para sustentar su apelación, sin embargo podrá hacerlo cuando existan situaciones con las cuales se haya afectado la estructura del debido proceso o las garantías fundamentales de los intervinientes, o cuando se advierta la presencia de una causal objetiva de improseguibilidad de la acción, cosa distinta a lo que aconteció en el evento sub examine, pues, a juicio de la Representante del Ministerio Público, los argumentos que la funcionaria instructora aduce en su escrito de sustentación son suficientes para entender que el yerro en el que incurrió al señalar que la decisión contra la cual interponía el recurso era la sentencia por medio de la cual se decretó la nulidad del acta de formulación de cargos, responde a un “lapsus calami” sin entidad de trastocar el recurso, toda vez que sus alegaciones estuvieron dirigidas a establecer que el fallador de primera instancia no contaba con los elementos jurídicos ni fácticos para absolver al encartado del delito por el cual se le investigaba.

2. En cuanto al segundo reparo, el cual se funda en la violación indirecta de la ley sustancial por el falso juicio de identidad que recayó sobre la versión que ofreció el sindicado y que condujo a la falta de aplicación del numeral 10° del artículo 32 del Código Penal, e indebida aplicación del inciso 2° del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, el Ministerio Público enseña que para la demostración del vicio el censor acudió a las manifestaciones vertidas por el procesado tanto en la diligencia de indagatoria como en su ampliación. Siempre sostuvo el implicado que no tuvo idea de que la cantidad de cocaína que portaba y consumía constituía delito, lo que constituye un error de tipo con fundamento en el cual se absolvió al encartado; sin embargo, cercenando y matizando su

versión, el Tribunal arribó al proferimiento de una sentencia condenatoria en su contra, empleando, entre otros argumentos, a más de lo dicho en la precitadas diligencias, la manifestación que hizo el procesado de acogerse a sentencia anticipada, de lo cual, asegura el libelista, el juez colegiado infirió el conocimiento que el justiciable tenía de la cantidad de sustancia estupefaciente que llevaba consigo -superior a la dosis personal-, conclusión que para el actor resulta inaceptable porque legalmente la petición de sentencia anticipada no puede ser valorada en su contra.

Luego de indicar la naturaleza del error de hecho por falso juicio de identidad y de reseñar en qué consiste, la Procuradora Delegada señala que aunque el impugnante se empeñó en tal ejercicio, incurrió en un desacierto técnico al fundamentar su censura, pues, era el error de hecho por falso raciocinio la vía a través de la cual podía atacarse la credibilidad otorgada a lo aseverado por el encartado, siempre y cuando que en ese proceso intelectual el juzgador hubiese desatendido uno o todos los principios que informan la sana crítica. Sin embargo, centrándose en el cargo formulado por el censor, la representante del Ministerio Público comparte la valoración que de lo dicho por el procesado en la injurada y su ampliación hiciera el Tribunal para revocar el fallo absolutorio, pues, la aseveración de aquél acerca de que el “tubito” contentivo de la cantidad de droga que adquiriría correspondía a la dosis personal, es una explicación alejada de la realidad porque un vendedor de alucinógenos no va a proporcionar al comprador una mayor porción por el mismo precio de una papeleta.

Es más, advierte la Delegada, en su primera versión el procesado no hace mención al supuesto intercambio sino que simplemente afirma haber comprado a un muchacho un “tubito de perico” que contenía 5 gramos.

Después de destacar los requisitos necesarios para que se configure el error de tipo como causal de ausencia de responsabilidad, la Delegada arriba a la conclusión de que no

se presenta el citado error en ninguna de sus dos modalidades, por cuanto que, pese a lo dicho por el encartado acerca de que no era un consumidor habitual, frecuentaba desde hacía 6 meses lugares donde expendían estupefacientes, entorno en el que se sabe cuál es la cantidad que se considera como dosis personal, y, en caso de no conocerlo, le quedaba muy fácil averiguarlo allí mismo. Es que, la diferencia existente entre un (1) gramo -dosis permitida- y cinco (5) gramos, es muy amplia; por ende, no es de recibo la afirmación sobre la equivocación por parte del procesado o del vendedor quien le dijo que ese tubo tenía la misma cantidad que una papeleta.

3. La tercera censura, la cual se finca en la violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea de los artículos 9° y 11 de la Ley 599 de 2000, que dio lugar a la vulneración de los principios de dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, intervención mínima y proporcionalidad consagrados en los artículo 1°, 2°, 6° y 28 de la Constitución Política, y en los artículos 3° y 13 del Código Penal en los que se recogen los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad llamados a tenerse en cuenta para la imposición de la pena, tampoco está llamada a prosperar, es el criterio de la representante del Ministerio Público.

Luego de enseñar de qué manera se configura la violación directa de la ley sustancial, estima que la inconformidad del demandante se debe a que el Tribunal haya declarado que la conducta de su defendido es antijurídica, por cuanto, a su juicio, en realidad se está frente a un comportamiento que no puso en peligro el bien jurídico tutelado.

Cabe señalar, anota la Delegada, que el nuevo Código Penal establece que para que la conducta típica sea punible se requiere que concurren tanto la antijuridicidad formal como la material, es decir, que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídico que la ley tutela, requisito que en el presente evento se encuentra satisfecho debido a que los punibles de narcotráfico son delitos de peligro que resultan relevantes socialmente y, con apoyo en un pronunciamiento de la Corte Constitucional y

en otro de la Corte Suprema, arriba a la conclusión de que son varios los bienes jurídicos que se afectaron en este caso, pues, con su actuar -adquirió 5 gramos de cocaína de los cuales se hallaron en su poder 2,7 gramos-, el acusado no sólo afectó su salud sino que puso en riesgo la integridad de su comunidad, por lo que dicho comportamiento pasó a ser lesivo. De ahí que teniendo en cuenta los principios de proporcionalidad y de la extrema ratio, los cuales se encuentran íntimamente ligados con los de intervención mínima y de exclusiva protección de bienes jurídicos, la condena impuesta al sentenciado por su ilícito proceder no es desproporcionada.

El Legislador por razones de política criminal ha establecido un límite respecto de estos delitos y ha considerado que a partir de cierta cantidad se pone en peligro no solamente la salud del consumidor, sino en general la salud pública y el orden económico social. No obstante que el consumo de estupefacientes tenido como dosis personal se haya despenalizado -Sentencia C-221 de 1994-, en ella se dejó en claro que el legislador válidamente podía regular las circunstancias de lugar, edad, ejercicio temporal de actividades y otras análogas, dentro de las cuales el consumo de droga resulta inadecuado o socialmente nocivo.

En el estudio de constitucionalidad que del Art. 376 del C. Penal se hizo en la Sentencia C-689 de agosto 27 de 2002, precepto que tipifica el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes -explica la representante del Ministerio Público- la Corte Constitucional halló razonables y proporcionadas las sanciones establecidas para dicha infracción. Después de citar los argumentos que en dicho pronunciamiento se aducen, finalmente sostiene:

“(...) cuando se consume estupefacientes más allá de lo permitido por el legislador entran en juego diversos intereses: seguridad, orden económico y social que no se pueden mirar aisladamente como lo hizo el censor, pues el consumidor con su actuar está contribuyendo para que existan expendedores que a su vez dependen de las

organizaciones de narcóticos que han logrado desestabilizar económica y socialmente al país.”

Esas las potísimas razones de la representante del Ministerio Público para impetrar se desestimen las censuras y, consecuentemente, no casar la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Ninguna reseña se hará de los desaciertos de la demanda a los cuales alude la Delegada, porque, tal como ya lo tiene dicho la Sala y ahora lo reitera, el juicio técnico-formal previo que conforme a lo normado en el Art. 213 del C. de P. Penal compete a la Corte, ya ha sido superado.

Admitido el libelo y producido el concepto del Ministerio Público, de lo que se precisa es del pronunciamiento de fondo que responda a los cuestionamientos que el casacionista le ha hecho a la sentencia impugnada en sede del extraordinario recurso.¹

Se procederá, entonces, de conformidad.

2. Delimitación del objeto de la impugnación.

En lo esencial, este es el tema que el censor plantea como fundamento del primer reparo de la demanda en cuanto la nulidad de la actuación que reclama, se finca en que producida la absolución del procesado mediante decisión de mérito expedida por el juez de la causa, y notificada ésta a los sujetos procesales, el Fiscal manifestó impugnarla; en el respectivo escrito de sustentación, indicó que procedía a apelar la sentencia por medio de la cual el despacho decretó la nulidad del acta de formulación de cargos.

No obstante, desbordando el Tribunal su competencia originada en el recurso - argumenta-, “definió revocar la sentencia absolutoria y condenar al sindicado, a

pesar de que ello no fue solicitado por el impugnante”, como quiera que su pretensión se circunscribió a que se devolviera lo actuado para que se proferiera el fallo de instancia.

Pues bien, si es la sustentación del recurso la que impone el límite al funcionario Ad-Quem, y ésta hace relación a la concreción del tema o aspectos en los cuales el impugnante funda su inconformidad con la providencia atacada, cometido que sólo se cumple con la presentación de los fundamentos fácticos y jurídicos en los que finca su disenso con la determinación recurrida, la irregularidad que el censor pretexto como causal invalidante de la actuación por vulneración del debido proceso carece de las connotaciones que le asigna en su libelo.

En efecto, impugnar, según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, significa, “combatir, contradecir, refutar; interponer un recurso contra una resolución judicial”, en tanto que sustentar tiene como acepción, entre otras, “defender o sostener determinada opinión.”

Ahora bien, el Art. 204 del C. de P. Penal establece en relación con la decisión del recurso de apelación, que la competencia del superior “se extenderá a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación”, valga decir, a todo aquello que está íntimamente ligado con lo que es materia de la alzada, a lo que tiene una conexidad sustancial con los aspectos objeto de cuestionamiento respecto del pronunciamiento judicial recurrido. De otro modo dicho, el superior no puede ocuparse de aspectos diferentes a los que le delimita el escrito de sustentación del recurso.

El disenso del impugnante con la sentencia de primer grado apelada estriba, tal como lo plasma en el libelo contentivo de su inconformidad, en que el A-Quo para absolver al procesado de la conducta punible endilgada en el pliego de cargos “edificó la tesis del error de tipo”, situación que conforme a las probanzas acopiadas no se evidencia en la actuación porque, a su juicio, “la sola presentación de la sustancia en

envase de vidrio” le permitió saber y conocer que compraba una cantidad mayor que la estipulada en la ley como “dosis personal”, amén de que para su ingesta buscó lugar despoblado y alejado.

No se concibe que por el mismo valor de una papeleta, haya recibido un tubo de ensayo con casi tres veces el producto, por lo que el error de tipo ni el de prohibición tuvieron su configuración en el comportamiento del agente, dada su condición de consumidor de tiempo atrás. Aunadas todas esas circunstancias, los argumentos del juzgador primario no alcanzan a desintegrar el núcleo fundamental de la acusación, que el procesado se hallaba en posesión de droga estupefaciente en cantidad mayor que la autorizada por la ley.

A estos concretos tópicos, delimitó su pronunciamiento el Tribunal cuando al desatar la alzada y tras el escrutinio pertinente de los elementos de convicción allegados a la actuación, dio respuesta en desarrollo de su pronunciamiento a los tres interrogantes que, en su criterio, se hallaban contenidos en las argumentaciones expuestas por el impugnante y uno de los sujetos procesales no recurrente -la defensa- en sus respectivos escritos de impugnación y oposición: Tipicidad de la conducta, antijuridicidad de la misma, y certeza, conforme a las pruebas legal, regular y oportunamente incorporadas al proceso, acerca de la ocurrencia del comportamiento punible materia de juzgamiento. De esta manera concluyó sobre la responsabilidad del procesado y emitió el correspondiente juicio de reproche.

Por modo que, delimitado el ámbito de la sentencia del Tribunal a los aspectos inescindiblemente ligados al objeto de la impugnación, la irregularidad denunciada por el censor como circunstancia invalidante deviene intrascendente, por lo cual la censura está llamada al fracaso.

3. De la conducta punible.

De conformidad con lo establecido en el artículo 9º de la Ley 599 de 2000 “para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable.”

3.1. Tipicidad.

En virtud de esta categoría dogmática, es necesario -tiene dicho la Corte-, de una parte, que la conducta se adecue a las exigencias materiales definidas en el respectivo precepto de la parte especial del estatuto penal -tipo objetivo-, tales como el sujeto activo, la acción, el resultado, la causalidad, los medios y modalidades de la acción y, de otra, que cumpla con la especie de conducta -dolo, culpa o preterintención- establecida por el legislador en cada norma especial -tipo subjetivo-, en el entendido que de conformidad con el artículo 21 del Código Penal, todos los tipos de la parte especial requieren de una conducta dolosa, salvo cuando se haya previsto expresamente que se trata de comportamientos culposos o preterintencionales.²

Pues bien, con fundamento en la causal primera, cuerpo segundo, el censor denuncia la incursión del juzgador en la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de identidad, yerro que conllevó a la exclusión evidente del Art. 32-10 del C. Penal que define en que consiste el error de tipo, y a la aplicación indebida del Art. 232 del Código de Procedimiento Penal.

Para la demostración del vicio, el censor en desarrollo de la censura acudió a las manifestaciones vertidas por el procesado tanto en la diligencia de indagatoria, como en su ampliación en la vista pública, y tras confrontar éstas con lo que el Tribunal dijo de las mismas en su fallo, arriba a la conclusión de que esa Colegiatura distorsionó y cercenó esos medios probatorios haciéndolos producir efectos que no se derivan de su contexto.

En su primera declaración sin juramento -aduce-, el implicado explícitamente no sólo dio a conocer la cantidad de droga que adquirió, sino que contundentemente y en forma clara también manifestó que lo incautado era “una dosis personal.” Sin embargo,

resulta incomprensible que el Tribunal cercene dicha prueba para afirmar que el procesado en la audiencia pública “matiza” su versión “para dejarse ver como un hombre que no conocía lo referente a la dosis personal, cuando en su primera declaración sin juramento, muy explícitamente señala la cantidad de droga que adquirió (...)”, yerro que a su vez llevó al Ad-Quem a restarle “credibilidad” al dicho de su asistido. Para el actor, su defendido consideró que no cometía ningún delito por estar consumiendo estupefaciente en cantidad de una dosis personal.

La Sala no encuentra demostrada en esta crítica, la trascendencia del vicio denunciado. Por el contrario, la sentencia refleja con exactitud lo que revelan los medios de convicción recaudados que, apreciados en conjunto, arrojan la certeza en la que el Ad quem apoyó su decisión de condena.

Los elementos que seguidamente se relacionan, fueron el sustento de la determinación del Tribunal, y así los reseña en su fallo: a) el informe policivo al folio 1; b) la lacónica ratificación del patrullero Nelson Enrique Córdoba Cataño que milita al folio 88, en el que describe el procedimiento llevado a efecto; c) la confesión del procesado plasmada en su indagatoria que obra al folio 4, según la cual admitió que “me hicieron una requisa y me encontraron un tubito de perico de cinco gramos pero ya había consumido alrededor de un gramo ...” (subrayas fuera del texto); d) el posterior interrogatorio al interior de la diligencia de audiencia pública obrante al folio 274; e) la diligencia de inspección judicial, pesaje y prueba de campo (folio 9); y f) el examen técnico-científico practicado a la sustancia incautada (folio 157).

Ahora, resulta ser cierto que en su indagatoria el procesado también dijo que los cinco gramos de perico hallados en su poder, constituían “un dosis personal de modo ocasional”, afirmación esta que carece de la trascendencia que le asigna el censor, porque la convicción sobre la responsabilidad del procesado la dedujo el Ad quem de la explicación que el propio implicado dio de su conducta.

Si bien desde su primigenia aparición procesal, amén de afirmar el justiciable “no ser adicto o cuando menos consumidor habitual”, aceptó haber adquirido una cantidad de cocaína -cinco gramos- muy superior a la permitida por la ley -un gramo-. De ahí que el Ad-Quem por la fragilidad del dicho del procesado en punto al supuesto desconocimiento de lo que realmente compró, o al convencimiento erróneo de que adquirió por debajo del tope máximo legal, como contrariamente a lo que muestran las pruebas lo entendió el juzgador de instancia, le hubiese restado crédito a sus exculpaciones. Es “ingenuo pensar -remató el Tribunal- que el expendedor hubiera hecho semejante transacción comercial a pérdida.”

Se concluye de lo examinado, que la tergiversación atribuida al Tribunal carece de la capacidad que permita el desquiciamiento del fallo en su doble aspecto de acierto y legalidad, en cuanto su trascendencia el casacionista no logra demostrar. En suma, cifró sus pretensiones el censor en la valoración de la prueba desde la perspectiva del procesado, cuyas explicaciones el juzgador desatendió porque los hechos acreditados las desvirtuaron.

Se desestima la censura.

3.2. De la antijuridicidad.

De acuerdo con la categoría dogmática de la antijuridicidad, la conducta no sólo debe contrariar el ordenamiento jurídico considerado en su integridad -antijuridicidad formal-, sino que además, debe lesionar o poner efectivamente en peligro el bien jurídico protegido por la ley -antijuridicidad material-, de modo que no todo daño o peligro comporta un delito, pero sí, todo delito supone necesariamente como condición insustituible la presencia de un daño real o por lo menos, de un peligro efectivo para el interés objeto de protección jurídica.³

En la exposición de motivos del Proyecto de Ley presentado por el Fiscal General de la

Nación al Congreso de la República que finalmente con las modificaciones que se impusieron como consecuencia del debate legislativo se convirtió en Ley 599 de 2000, en punto del término “efectivamente” que aparece en su artículo 11 se dijo:

“Se mantiene la norma sobre antijuridicidad, no obstante, se resalta la necesidad de abandonar la llamada presunción iuris et de iure de peligro consagrada en algunos tipos penales. Se clarifica que el interés jurídico, protegido, cuando toma relevancia penal, se designa como bien jurídico; con lo cual se establece que necesariamente sobre el mismo debe recaer la afectación.”

El tercer reproche que el censor plantea en su demanda, tiene por fundamento la violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea de los Arts. 9° y 11 de la Ley 599 de 2000. En suma, estima el demandante que el error del Tribunal consistió en declarar que el comportamiento de su defendido es antijurídico, cuando en realidad se está frente a una conducta que no puso en peligro el bien jurídico tutelado.

No empecé que en el desarrollo del cargo se cuida el actor de señalar en concreto cuál es el bien jurídico por cuya protección el legislador propende erigiendo en delito conductas constitutivas de narcotráfico, es lo cierto que sus genéricas referencias sin duda alguna apuntan al derecho colectivo de la salud pública, en cuanto expresamente así lo dejó evidenciado en su escrito de oposición a las pretensiones del impugnante en sede del recurso de apelación -folio 331 y ss.-, cuando abordó el tema que aquí nuevamente enarbola como motivo de censura. “(...) el bien jurídico tutelado en el artículo 376 del C. P. -expresó en aquella oportunidad-, según un sector mayoritario de nuestra doctrina y la jurisprudencia nacional, está representado por la SALUD PÚBLICA.”

Si ello es así, como en efecto lo es si en cuenta se tiene la precedente reseña, el actor parte de un presupuesto equivocado, pues no es cierto que el bien jurídico protegido en

los delitos de narcotráfico se circunscriba exclusivamente a la salud pública; jurisprudencial y doctrinariamente se ha establecido que se trata de hechos pluriofensivos, porque en la misma medida se compromete la economía nacional (orden socio-económico), e indirectamente, la administración pública, la seguridad pública, la autonomía personal y la integridad personal, intereses también protegidos en el Código Penal.

Y así se circunscriba el bien jurídico a la salud pública, el tipo penal descrito en el Art. 376 de la Ley 599 de 2000 -Ley 30 de 1986 anterior- es de los denominados de peligro abstracto, en el sentido de que no exige la concreción de un daño al bien jurídico tutelado, sino que basta la eventualidad de que el interés resulte lesionado, pues el tráfico de sustancias estupefacientes, en cuanto es la condición necesaria y específica para que los individuos y la comunidad las consuman, pone en peligro la salubridad pública. En este tipo de actividades, el legislador anticipa la protección y conmina el ejercicio de la actividad que se considera riesgosa para el bien jurídico y la sociedad.⁴

El narcotráfico como conducta es, por definición -ha advertido la Corte-, una actividad criminal compleja que involucra tantas acciones y de tan variada naturaleza que para contenerlas todas, fue necesario que el legislador construyera un tipo penal en el que se incluyen las más diversas alternativas de consumación: “introducir, en tránsito, temporal o permanentemente al país, sacar de él, transportar, llevar consigo, almacenar, conservar, elaborar, vender, ofrecer, financiar o suministrar a cualquier título” droga que produzca dependencia, son todas en conjunto o individualmente acciones que constituyen narcotráfico.

De acuerdo con las nociones conceptuales que vienen de precisarse, y con los mandatos que los Arts. 49 y 95 de la Carta Política establece, según los cuales toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud, como también el de su comunidad, y de obrar conforme al principio de solidaridad social, son situaciones que la

Corte Constitucional advirtió cuando se ocupó del examen de exequibilidad, entre otros, del Art. 376 de la ley 599 de 2000, no sin previamente dejar en claro que el Legislador como titular de la capacidad de configuración normativa, goza de cierto margen de libertad para el diseño de la política criminal del Estado y, por consecuencia, para la tipificación de conductas punibles, cuyo único límite para el ejercicio de esa potestad “está determinado por el sistema de valores, principios y derechos fundamentales previsto en el Texto Superior.”

Ahora bien, parte de considerar el censor en su reparo del análisis cuantitativo de la sustancia estupefaciente que se le incautó a su defendido, cantidad que amén de considerar mínima -2.7 gr.- en relación con la legalmente permitida -1 gr.-, estima afectar sólo la esfera interna de su asistido en cuanto estaba destinada exclusivamente para su consumo, además de parecerle desproporcionada la sanción que el precepto violado apareja para sus infractores.

Todas estas inquietudes fueron abordadas en la referida sentencia de constitucionalidad a través del estudio que sobre los mismos temas ya se había hecho en la sentencia C-420 de 2002 cuando se hizo lo propio con los tipos que recogían las actividades de narcotráfico en la Ley 30 de 1986.

En esa oportunidad se dijo que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como cualquier otro derecho fundamental, no es absoluto en cuanto no puede ser invocado para desconocer los derechos de otros, ni los derechos colectivos, y menos para limitar la capacidad punitiva del Estado frente a comportamientos que pongan en peligro el orden social o económico, o el ejercicio de los demás derechos reconocidos a todo ciudadano. En seguida advirtió que la actividad del narcotráfico interfiere una amplia gama de derechos que no pueden simplemente desconocerse para hacer primar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de quien decide consumir estupefacientes.

“Inicialmente la tipificación del tráfico de estupefacientes se ligó a la necesidad de proteger un bien jurídico en particular, la salud pública, postura esta que resultaba compatible con el deber que el constituyente impuso a toda persona de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunicad -Artículo 49, inciso final, de la Carta- y con el deber que le asiste a la persona y al ciudadano de obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas -Artículo 95, numeral 2º-.

“Pero luego ese ámbito de protección se amplió al punto que hoy ya no se trata sólo de un tipo penal orientado a proteger la salud pública sino también la seguridad pública y el orden económico y social. Lo primero, porque la alta rentabilidad del narcotráfico ha permitido que se convierta en la alternativa de financiación de grupos de delincuencia organizada, armados y jerarquizados que desvirtúan la premisa del monopolio estatal de la fuerza como presupuesto de convivencia. Y lo segundo, porque en el tráfico de estupefacientes confluye cada vez más un desmedido ánimo de lucro, dispuesto a vencer todas las barreras, capaz de poner en circulación inmensos capitales y de generar incommensurables riquezas que alteran dramáticamente las fuerzas económicas de los países afectados por ella.

“De allí que en el narcotráfico no sólo se advierta menoscabo de bienes jurídicos que remiten a derechos ajenos, sino que confluyan también, de un lado, una indiferencia total por el daño causado a los titulares de tales derechos y, por otro, una capacidad corruptora que ha permitido incluso el cuestionamiento de los ámbitos de poder político interferidos por ella.”

Más adelante agregó:

“(…) es claro que los bienes jurídicos protegidos por el tráfico de estupefacientes son de

naturaleza colectiva, indisponibles por personas individualmente consideradas y, en consecuencia, no susceptibles de exonerar de responsabilidad penal por el consentimiento de la víctima. Ante ello, carece de sentido afirmar que las normas legales que tipifican el tráfico de estupefacientes son inexecutable por desconocer el carácter disponible de bienes jurídicos desprovistos de ese carácter, mucho más si frente a la Carta es legítima aún la penalización de conductas que atentan contra bienes jurídicos disponibles”.

Ahora bien, frente al reparo del actor respecto de la afectación al principio de proporcionalidad, dado que la sanción con la que en este caso se reprime la conducta del procesado resulta drástica en exceso en relación con la entidad de la misma, postulado aquel que, como bien lo recuerda la agencia del Ministerio Público, se encuentra íntimamente ligado al de intervención mínima y al de exclusiva protección de bienes jurídicos, de dicha temática también se ocupó la Corte Constitucional en el referido pronunciamiento al exponer que al Legislador le asiste la facultad, como instancia idónea para configurar las reglas de derecho positivo y para determinar la política criminal del Estado, “crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado”, atribución que debe ejercer respetando los fundamentos constitucionales de la imputación penal y la necesaria correspondencia que debe existir entre la injusticia de las conductas punibles y la intensidad y cantidad de las penas y medidas de seguridad.

“Si el ejercicio del poder punitivo del Estado en la instancia Legislativa del poder Público respeta ese marco de validez, no concurren motivos para cuestionar la

constitucionalidad de la norma penal (...) Por lo que solamente ‘en los casos de manifiesta e innegable desproporción o de palmaria irrazonabilidad,’ correspondería al Juez Constitucional pronunciarse.

“En el presente caso, el presupuesto exigido por la jurisprudencia no se configura, pues no se ve en ninguna de las disposiciones acusadas, ni en el aumento de las penas a que se ha hecho referencia una “innegable desproporción” o “palmaria irrazonabilidad” que haga evidente el desconocimiento de los mandatos constitucionales.

“Por el contrario la Corte no puede dejar de considerar el innegable auge que ha tenido en los últimos años el fenómeno del narcotráfico, así como la complejidad y gravedad del impacto económico, social, ambiental y político que este fenómeno viene generando. Ello ha impuesto sin duda al Legislador el fortalecimiento de la capacidad punitiva del Estado y el incremento de las penas destinadas a reprimir los comportamientos previstos en las normas demandadas, los que afectan no solamente la salud pública sino también, la vida, la dignidad humana, el orden económico y social y la seguridad pública.

“Así las cosas, la Corte no encuentra que con las normas acusadas se vulneren el libre desarrollo de la personalidad, el principio de igualdad el derecho a la paz, ni que las sanciones establecidas en dichas normas desconozcan los principios de racionalidad y proporcionalidad a que está sometido el ejercicio de la potestad de configuración del legislador en este campo.”⁵

Por modo que, no asistiéndole la razón al impugnante respecto de este reproche que por la vía de la violación directa de la ley sustancial invocó al estimar que el proceder de su pupilo no es antijurídico, la censura deviene impróspera.

Así, los juicios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad traducidos en la condena que el Tribunal le impuso al procesado por su conducta puesta al margen de la ley,

quedan incólumes.

En mérito a lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE

NO CASAR el fallo impugnado.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
PÉREZ PINZÓN

ÁLVARO

ORLANDO

MARINA PULIDO DE BARÓN
MILANÉS

JORGE LUIS QUINTERO

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

MAURO SOLARTE PORTILLA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Excusa justificada

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 C. S. de J., Sala de Casación Penal, Sentencias de 16 de febrero de 2005, Rad. 20.666

y 25 de mayo de 2006, Rad. 21.213, entre otras.

2 C. S. de J., Sala de Casación Penal, Sentencia de 12 de octubre de 2006, Rad. 25.465.

3 Ib.

4 C. S. de J., Sala de Casación Penal, Sentencia de 22 de agosto de 2002, Rad. 14.813.

5 Corte Constitucional, Sentencia C-689 de 27 de agosto de 2002.