

Proceso n° 36775

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No. 217

Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil once (2011).

VISTOS

Decide la Sala acerca de la admisibilidad de los fundamentos lógicos y de adecuada argumentación de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado RAFAEL BERRIO BARRERA, contra la sentencia de segundo grado de 25 de agosto de 2010 mediante la cual el Tribunal Superior de Cartagena confirmó la proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito del mismo Distrito Judicial, por cuyo medio lo condenó como autor del delito de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El aspecto fáctico fue presentado por el Tribunal así:

“El día 24 de marzo de 2006 siendo las 10:50 en zona de terreno que simulaba un patio de una invasión denominada Islita, la cual limita con la avenida El Lago y el barrio Chino, mediante el clamor ciudadano informaron que se encontraba un particular expendiendo sustancias alucinógenas siendo aprehendido el señor RAFAEL BERRIO

BARRERA por los agentes LUIS ENRIQUE MATOS AGUILAR y MANUEL ÁLVAREZ OROZCO y en la requisita que le hicieron le fue encontrado en la zona de sus genitales una bolsa plástica con línea de color blanca y azul conteniendo en su interior 16 bolsitas plásticas transparentes de marihuana con un peso de 50 gramos. Dice el informe que al ser conducido manifestó por voluntad propia que él se dedicaba a expender la sustancia alucinógena encontrada por tener un virus en sus manos, teniendo secuelas que le observaban los ciudadanos, y ello le impedía vender tintos como anteriormente lo hacía”.

La Fiscalía General de la Nación, abrió formal investigación penal y luego de vincular a través de indagatoria a BERRIO BARRERA le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva como probable autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Clausurado el ciclo instructivo, el mérito probatorio fue calificado el 10 de julio de 2006 con resolución de acusación por el referido ilícito, al tiempo que se revocó la medida cautelar de carácter personal impuesta, por cuanto la pena mínima no sobrepasaba los cuatro (4) años de prisión, librando en consecuencia la respectiva orden de libertad.

En firme el calificadorio el 3 de agosto de 2006 en esa instancia al no ser objeto de impugnación, la fase del juicio la adelantó el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena, despacho que luego de surtir el acto público de juzgamiento, a través de sentencia de 25 de agosto de 2008 condenó a RAFAEL BERRIO BARRERA como autor del punible objeto de acusación a las penas principales de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión y multa en el equivalente a veinticuatro (24) salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como a la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción aflictiva de la libertad. Al enjuiciado no se le concedió la suspensión condicional de la ejecución

de la pena, ni la prisión domiciliaria, por ello, se ordenó su captura.

En virtud del recurso de apelación interpuesto por el defensor del inculcado, el Tribunal Superior de Cartagena mediante sentencia de 16 de diciembre de 2010 confirmó la condena, razón por la cual insiste el mismo sujeto procesal al impugnar extraordinariamente tal proveído con la respectiva demanda de casación, de cuya admisibilidad se ocupa la Sala.

LA DEMANDA

Luego de anunciar la interposición de la casación discrecional en garantía de los derechos de su asistido y por el desarrollo de la jurisprudencia formula tres cargos.

Primer cargo:

Al amparo de la causal tercera de casación, prevista en el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, denuncia la afectación del debido proceso y del derecho de defensa, por cuanto el fallo se basó en la declaración del Agente de Policía Luis Eduardo Matos Aguilar, quien dijo que el procesado le manifestó al momento de su captura que “se dedicaba a expender sustancias alucinógenas” prueba que, en su parecer, no puede tener validez ante la “tarifa legal excepcional referida a las manifestaciones del procesado sin asistencia o presencia de su defensor y a la insuficiencia probatoria que representan un testimonio indirecto”, pues ninguna prueba de referencia puede servir de base para fundamentar una sentencia de condena.

Pone de presente que el procesado como fuente directa negó la afirmación del policial y manifestó ser un consumidor habitual de marihuana, sin problemas de ninguna índole para con la sociedad y que los 38,5 gramos considerados ilegales (por exceder la dosis

mínima) los portaba para su consumo y el de sus dos amigos con los cuales se encontraba al momento de su aprehensión.

En consecuencia, solicita a la Sala declarar la nulidad a partir de la sentencia de primer grado a fin de “dictar la de reemplazo” para absolver a su asistido.

Segundo cargo

Anhela el desarrollo jurisprudencial para aplicar por favorabilidad la limitante prevista en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 acerca de que ninguna condena puede sustentarse en prueba de referencia, para los procesos rituados bajo la Ley 600 de 2000, ordenamiento en el cual tal restricción no está contemplada.

Tercer cargo

Solicita la unificación de la jurisprudencia ante dos decisiones encontradas cuando una persona es sorprendida en flagrancia consumiendo marihuana y portando ligeramente una cantidad superior a la permitida por el legislador, pues en proveído de 1° de febrero de 2007 (radicación 23609) se considera tal conducta como típica del porte de estupefaciente, en tanto que en providencias de 18 de noviembre de 2008 (radicación 29183) y 18 de julio de 2008 (radicación 31531) no se le tiene como típica ni antijurídica al considerársela sólo como una grave situación de enfermedad por adicción.

Refuta al Tribunal por basar el fallo en la primera de las referidas decisiones, porque en últimas admite la condición de adicto del procesado y no porque hubiere obrado en forma contraria a derecho de manera voluntaria y libre lesionando o poniendo en peligro el bien jurídico de la salud pública, postura que en criterio del defensor, atenta contra los valores del Estado Social de Derecho y los avances de la dogmática penal, los principios de insignificancia, delimitación del ius puniendi, necesidad de imposición y utilidad de la

sanción.

Para el censor, la pena impuesta carece de utilidad práctica para el problema de adicción de BERRIO BARRERA y se exhibe como una retaliación frente a los consumidores de droga, lo cual no satisface a la conciencia social.

Por lo tanto, pide casar el fallo y absolver a su representado de los cargos formulados.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Según el inciso 1º del artículo 205 de la Ley 600 de 2000, el recurso extraordinario de casación es viable contra las sentencias proferidas en segunda instancia por los tribunales superiores de distrito judicial y por el Tribunal Penal Militar, cuando se proceda por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de ocho (8) años.

Cuando el fallo de segundo grado no es emitido por los citados tribunales o el delito por el que se procede tiene pena privativa de la libertad inferior a dicho quantum punitivo, el inciso 3º del artículo 205 del ordenamiento adjetivo penal faculta a esta Sala para admitir discrecionalmente las demandas de casación que se ajusten a los requisitos legales cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales.

Advertido lo anterior, en este caso se observa que ante la pena de cuatro (4) a seis (6) años de prisión prevista en el inciso 2º del artículo 376 del Código Penal —por razón de la cantidad de sustancia estupefaciente incautada—, en todo caso inferior al exigido en el artículo 205 de la Ley 600 de 2000, evidentemente como lo anuncia el censor el recurso sólo es posible a través de la casación excepcional.

No obstante, la precariedad demostrativa que exhibe el texto de la demanda impide motivar la atención de la Corte acerca de las vertientes anunciadas de la garantía de los derechos fundamentales del procesado o el desarrollo de la jurisprudencia.

En efecto, el censor, a manera de epígrafe, se limita a decir que se afectó el debido proceso y el derecho de defensa, sin ahondar en ello, cuando era imperioso que precisara el desafuero de estructura y de garantía, indicara las normas constitucionales que protegen el derecho invocado, demarcara su radio invalidante, y principalmente, acreditara trascendencia en la parte dispositiva del fallo impugnado.

Además, en contravía de los principios lógicos de no contradicción y de razón suficiente que imponen, de un lado, evitar la presentación de postulados que por su contraste se oponen, y de otro, que la argumentación para cada censura ha de bastarse a sí misma, dentro del cargo por nulidad, deprecia una sentencia estimativa de absolución, cuando la Corte ha insistido en que para tal pretensión se debe admitir la validez de la actuación.

El libelista se duele de que se haya tenido en cuenta el testimonio del Agente de Policía que participó en la captura del procesado, especialmente cuando aseveró que BERRIO BARRERA le había dicho que se dedicaba a expender sustancias estupefacientes, desestimación para la cual funda dos aristas: por haber sido una manifestación del inculcado desprovista de la asistencia letrada, y porque se trataba de una prueba de referencia.

Para tal postulado, debió optar por denunciar la violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho motivado en un falso juicio de convicción que se presenta cuando el fallador le niega a la prueba el valor demostrativo que la ley le atribuye o le da uno no autorizado legalmente.

Tampoco, colabora en su propósito la solicitud de desarrollo jurisprudencial para que se aplique por favorabilidad la limitante de la prueba de referencia prevista en el artículo 381

de la Ley 906 de 2004 a los procesos regidos bajo la Ley 600 de 2000, por cuanto acerca de tal posibilidad la Corte ha clarificado que ello no es posible.

“...ha sido pacífica y reiterada la jurisprudencia de la Corte en advertir que el testimonio de oídas, o de referencia como se estila llamar a partir de la vigencia de la Ley 906 de 2004, tiene completa validez y su análisis dentro del espectro probatorio ha de realizarse de conformidad con esas reglas reseñadas en el artículo 277 (de la Ley 600 de 2000) antes transcrito.

“Eso sí, como lo advierte el Procurador con reseña jurisprudencial pertinente, en estos casos ha de tomarse en consideración que lo dicho por el tercero obedece a lo escuchado de otra persona y no a su percepción directa, circunstancia toral que obliga un más detenido examen, desde luego, contextualizado con los demás elementos de juicio allegados al expediente.

“En suma, como en la Ley 600 de 2000, no existe ninguna limitación respecto a los efectos probatorios del testimonio de referencia, su examen opera dentro de los criterios generales de la prueba y específicos del testimonio, con las aristas que lo diferencian del directo, demandando no sólo de valoración individual, que permita significar el grado de credibilidad que se le otorga, sino dentro del plexo probatorio conjunto, a fin de determinar si compagina con los otros elementos suasorios o es repudiado por éstos.

“Desde luego, si el principio de libertad probatoria asoma transversal en la Ley 600 de 2000, conforme lo dispone el artículo 237, es posible condenar, o mejor, demostrar la tipicidad del delito y consecuente responsabilidad del procesado, a partir exclusivamente de una o varias pruebas de referencia, pues, en esta normatividad ninguna limitación existe al respecto, como si sucede con la tarifa legal negativa que precisamente en torno de este medio suasorio establece el inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004”.¹

En un planteamiento que resulta insuficiente para demostrar la falta de idoneidad de la conducta de BERRIO BARRERA para poner en peligro efectivo el bien jurídico tutelado, el recurrente rechaza la tipicidad y su antijuridicidad presentando otra visión de los hechos al afirmar que aquél es consumidor de marihuana y que los gramos que excedían su dosis personal los tenía para el consumo de sus dos amigos que se encontraban con él al momento de su aprehensión, lo cual dista de lo aseverado por el policial acerca de que las dos personas estaban distantes del sitio de los hechos, que ninguna de ellas, ni el procesado estaban consumiendo, y que la sustancia hallada estaba distribuida en 16 bolsitas plásticas envueltas en una mayor escondidas en los genitales del aprehendido.

Por ello el juzgador destacó que tanto la tipicidad como la antijuridicidad estaban también demostradas,

“...con la diligencia de inspección judicial, pesaje, toma de muestra, identificación y destrucción de la sustancia incautada, que arroja un peso de 50.8 gramos de marihuana y sus derivados, quedado así debidamente establecido y ratificado que la cantidad encontrada sobrepasa el límite permitido por la ley como dosis personal”.

Tampoco resulta viable analizar el tema respecto del desarrollo jurisprudencial respecto de la antijuridicidad del comportamiento cuando son incautadas cantidades superiores a las consideradas como dosis de uso personal, por cuanto en el fallo se analizaron tales posibilidades con base en la jurisprudencia de la Corte, llegando a la conclusión que,

“...sólo se entenderá como dosis personal, la posesión para consumo de cantidades mínimamente superiores al máximo permitido, entonces, haciendo una retrospectiva del caso en estudio, tenemos que al señor BERRIO BARRERA, le fue hallado en su

poder la sustancia alucinógena (marihuana) la cual arrojó un peso neto de 50,8 gramos, ante esto observa este cuerpo Colegiado que la cantidad incautada excede considerablemente la dosis personal permitida, es decir, 20 gramos, tal como lo establece el Estatuto Nacional de Estupefacientes”.

Además de lo anterior, en una falencia insuperable, el censor no encamina el segundo y tercer reproche por alguna de las causales de casación, ni explica en qué clase de yerro incurrió el Tribunal que ameritara aprehender el estudio de la legalidad la sentencia.

Bajo esta óptica, el demandante no cumple con los postulados requeridos para que resulte viable admitir discrecionalmente el recurso de casación interpuesto, no observa la Sala dentro del curso procesal o en el fallo que le dio culminación violación alguna de los derechos fundamentales o garantías de los sujetos procesales, como para que tal circunstancia impusiera el ejercicio de la facultad oficiosa de naturaleza legal que le asiste a esta Corporación en los términos del artículo 216 del citado ordenamiento adjetivo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE

NO ADMITIR la demanda de casación interpuesta por el defensor de RAFAEL BERRIO BARRERA por las razones dadas en la anterior motivación.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

JAVIER ZAPATA ORTIZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO SIGIFREDO ESPINOSA
PÉREZ

Permiso

Comisión de Servicio

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE
LEMON

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 13 abril de 2011. Radicación 30894.