

Proceso nº 36945

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

Aprobado: Acta No. 340-

Bogotá. D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil once (2011)

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Decide la Sala si es procedente admitir la demanda de casación presentada por el defensor de GLORIA PATRICIA FRANCO HERNÁNDEZ, contra la sentencia dictada el 13 de mayo de 2011 por el Tribunal Superior de Bogotá.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 15 de octubre de 2010, en las instalaciones del Aeropuerto El Dorado de esta ciudad, fue capturada GLORIA PATRICIA FRANCO HERNÁNDEZ, cuando pretendía abordar el vuelo de la aerolínea Avianca con destino a Madrid, España, y al practicar registro a su equipaje se encontró sustancia estupefaciente que arrojó un peso neto de dos mil seiscientos dieciséis (2.616) gramos positivo para cocaína.
2. En diligencia de audiencia preliminar celebrada el 16 de octubre siguiente, el Juzgado Diecinueve Penal Municipal con Función de Control de Garantías legalizó la captura y la fiscalía formuló imputación por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes,

descrito en el artículo 376 del Código Penal, que fue aceptada por la implicada, a quien se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario<sup>1</sup>.

3. El 29 de octubre del mismo año, la fiscalía presentó escrito de acusación con allanamiento a cargos, que correspondió al Juzgado Octavo Penal del Circuito con función de conocimiento<sup>2</sup>, despacho que celebró audiencia de individualización de pena y sentencia el 14 de febrero de 2011<sup>3</sup>.

El 2 de marzo siguiente, profirió sentencia contra GLORIA PATRICIA FRANCO HERNÁNDEZ como autora responsable de la misma conducta punible. Le impuso las penas principales de sesenta y cuatro (64) meses de prisión y “multa de (sic) seiscientos sesenta y seis mil punto cinco (666.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes<sup>4</sup>” y la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo igual al de la pena de prisión. Así mismo, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria<sup>5</sup>.

4. El Tribunal Superior de Bogotá, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor de la procesada, confirmó la decisión del A quo<sup>6</sup>.

## LA DEMANDA

Precisa el recurrente que la finalidad del recurso es el reconocimiento de la prevalencia del derecho sustancial, porque las limitantes derivadas de la irretractabilidad por allanamiento a cargos no pueden vincular el desconocimiento de derechos fundamentales como el debido proceso que comprende los principios de legalidad y tipicidad estricta.

Cargo único

Con apoyo en la causal primera del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, acusa la sentencia por interpretación errónea del artículo 376 del Código Penal, modificado por la ley 890 de 2004, que trajo como consecuencia la falta de aplicación de los artículos 27, 61 y 63 de la misma normativa.

Aduce el recurrente que a partir de la forma como fueron resumidos los hechos, se pueden colegir los siguientes aspectos, que se corroboran con el registro de las audiencias preliminares:

1. Su representada, GLORIA PATRICIA FRANCO HERNÁNDEZ, pretendía viajar de Bogotá a Madrid (España) por la aerolínea Avianca, cuyo vuelo estaba a punto de abordar.
2. Es claro que portaba el pasaporte, el pasaje aéreo, y el pasabordo, cuya incautación solicitó la fiscalía por tratarse de un elemento necesario para salir del país.
3. Además, ya había superado el trámite de emigración, que tardó aproximadamente hora y media y estando en la sala de abordaje No 4 la fiscalía solicitó el levantamiento de los sellos.
4. En forma voluntaria aceptó la toma de una placa corporal de rayos X, con resultado negativo para llevar consigo una sustancia estupefaciente.
5. No le fue hallada sustancia estupefaciente en ninguna parte del cuerpo, ni en las prendas que vestía.
6. La sustancia estupefaciente fue encontrada en la maleta de viaje, la cual había puesto en el scanner hora y media antes de su aprehensión.

Frente al contenido del artículo 376 del Código Penal, el sentenciador incurrió en interpretación errónea en punto de la modalidad o verbo rector, pues en lugar de

‘llevar consigo’, debió predicar ‘sacar del país’, que corresponde a la adecuada interpretación teleológica de dicho precepto.

El yerro se materializa cuando el juez colegiado afirma que desde el punto de vista naturalístico la procesada llevaba consigo sustancia estupefaciente, siendo que hacía hora y media se había desprendido de la valija, “la cual había pasado a disposición y responsabilidad de la aerolínea Avianca, hasta su destino que lo era Madrid (España); tanto así que cualquier eventualidad que le llegare a (sic) ocurrirle a la valija, durante el trayecto, v.gr., pérdida, daño, etc., la respectiva aerolínea sería la llamada a responder”.

Así mismo, confunde el iter criminis con el momento consumativo del punible en cuestión, pues las actuaciones de la procesada son las que se deben agotar en procura de un fin determinado, como lo era en este caso ‘sacar del país’. Pensar de otra manera, tornaría irrealizable esa modalidad delictiva.

La procesada, al momento de su captura, no portaba ‘sobre su propia persona’ la sustancia estupefaciente y su objetivo era llevarla hasta Madrid, España; por tanto, el verbo rector que correspondía era el de sacar del país en la modalidad de tentativa, toda vez que la conducta no se consumó por circunstancias ajenas a su voluntad.

El yerro incide en el fallo impugnado, en la medida que al aplicar el artículo 27 del Código Penal, disminuye la punibilidad y otro hubiera sido el monto de las penas de prisión y de multa impuestos a la sentenciada.

## CONSIDERACIONES

1. La finalidad del recurso de casación, como instrumento de control constitucional y legal, en el contexto de la regulación consagrada en la Ley 906 de 2004, radica en la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la

reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia, según lo dispone el artículo 180 de la citada normativa.

En ese orden, es imperioso que el demandante con interés jurídico para recurrir, compruebe que el fallo de casación es indispensable para el cumplimiento de uno de estos objetivos, a través de una exposición clara, coherente y ordenada, que patentice con nitidez la vulneración de derechos o garantías fundamentales, con apoyo en las causales pertinentes, cuyo desarrollo impone el respeto a las reglas que rigen la impugnación extraordinaria. De lo contrario, el libelo deberá inadmitirse, conforme lo preceptúa el artículo 184 -2.

La Sala, sin embargo, puede superar los defectos de la demanda y ocuparse de su estudio cuando advierta la necesidad de un pronunciamiento de fondo, orientado a cumplir con las finalidades del recurso, tal como lo dispone el artículo 184 inciso 3º.

La Corte Constitucional, en sentencia C-590 de 2005 se refirió expresamente a esta facultad, en los siguientes términos:

Con todo, se impone precisar que la procedencia de la casación contra todas las sentencias proferidas en segunda instancia en procesos adelantados por delitos, se ha armonizado con el reconocimiento de una facultad de selección a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (Artículo 184, Ley 906 de 2004). En efecto, el Código de Procedimiento Penal permite que la Corte Suprema de Justicia no seleccione aquellas demandas de casación en las que el demandante carezca de interés, se prescinda de señalar la causal, no se desarrollen los cargos o cuando se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas finalidades del recurso. De esta forma se procura mantener un punto de equilibrio entre la procedencia del recurso contra todas las sentencias de segunda instancia, de tal manera que se asegure que los fines de la casación se realicen sin consideración a límites formales, pero, al mismo tiempo, se fijan

unos parámetros que racionalizan el recurso.

2. A la luz de las anteriores precisiones, la Sala inadmitirá la demanda que se examina, porque el libelista carece de interés jurídico para recurrir.

2.1. Ha de decirse, para comenzar, que frente a sentencias proferidas por la vía de aceptación de cargos no es procedente acudir a la casación, y tampoco al recurso de apelación, para controvertir aspectos relacionados con la modalidad de la conducta punible, porque es tanto como pretender una retractación de lo aceptado en su momento, en pleno desconocimiento de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 293 de la ley 906 de 2004, que estipula:

Procedimiento en caso de aceptación de la imputación.

(...).

Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia (subraya la Sala).

Comporta lo anterior, que el juez de conocimiento debe verificar que la renuncia a guardar silencio a y un juicio oral, es una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, y asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible que interroge personalmente al imputado, tal como lo dispone el artículo 131 de la misma normativa.

De contera, es inadmisibles que quien acepta la imputación formulada por la fiscalía en el marco de las señaladas previsiones, posteriormente convoque a discusiones orientadas a exaltar la inocencia frente a los cargos previamente aceptados

(retractación total) o, como ocurre en este caso, a modificar la modalidad de la conducta atribuida (retractación parcial), con el propósito de obtener un descuento punitivo, pretextando desconocimiento de garantías fundamentales.

2.2. De la revisión de los registros técnicos y del escrito de acusación con allanamiento a cargos<sup>7</sup>, la Sala observa que en el presente caso, una vez la Fiscalía 301 Seccional U.R.I. de esta ciudad formuló la imputación<sup>8</sup> por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo, con la finalidad de sacar del país<sup>9</sup>, e interrogada GLORIA PATRICIA FRANCO HERNÁNDEZ por la señora Juez 19 Penal Municipal con función de control de garantías si aceptaba los cargos, manifestó que sí, aceptación que hizo en forma libre, voluntaria sin apremio y debidamente asesorada de su defensor<sup>10</sup>.

El trámite así impartido no se exhibe desconocedor de las garantías fundamentales de la procesada, única posibilidad de retomar la temática, conforme lo preceptúa el inciso cuarto del artículo 351 de la codificación procesal invocada.

Inclusive, la juez de conocimiento llevó a cabo audiencia de individualización de pena y sentencia, en cuyo desarrollo permitió a las partes que se pronunciaran en torno a posibles motivos de nulidad o causales de impedimento o recusación. La defensa, en uso de ese traslado, invocó el desconocimiento del debido proceso por desconocimiento del principio de legalidad y de tipicidad estricta por lo cual solicitó que se readecuara la pena, con similares argumentos a los expuestos en la demanda de casación, solicitud que rechazó la juzgadora tras verificar que en su momento la procesada había entendido los cargos formulados por la fiscalía, para concluir que no avizoraba vulneración de garantías fundamentales, precisando que en virtud del principio de congruencia, dictaría sentencia conforme al cargo imputado y aceptado y al dosificar la pena se tendría en cuenta el peso neto de la sustancia, que conforme a los resultados técnicos arrojó 2.616 gramos, inferior al tenido en cuenta en la imputación<sup>11</sup>.

Así se constata que las tardías réplicas del recurrente se muestran contradictorias con la aceptación de la imputación, máxime que la procesada y su defensor tuvieron amplias posibilidades de retractarse antes de que fuera aprobado por el juez de conocimiento, conforme a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 293 del Código de Procedimiento Penal.

Como bien se sabe, una vez se supera esa etapa procesal, ya no es posible hacer ninguna manifestación de esa naturaleza, sin justificación válida, tal como lo dejó sentado la Corte Constitucional en sentencia C-1195 de 2 de noviembre de 2005 al estudiar la demanda de inexequibilidad contra el citado precepto:

Sobre la base del cumplimiento de las anteriores garantías, en relación con la norma demandada, una vez realizada la manifestación de voluntad por parte del imputado, en forma libre, espontánea, informada y con la asistencia del defensor, de modo que sean visibles su seriedad y credibilidad, no sería razonable que el legislador permitiera que aquel se retractara de la misma, sin justificación válida y con menoscabo de la eficacia del procedimiento aplicable y, más ampliamente, con detrimento de la administración de justicia, como lo pretende el demandante.

A este respecto debe destacarse que en la verificación del cumplimiento de los mencionados requisitos de la manifestación de voluntad, el juez debe poner en conocimiento del imputado en forma previa y clara las consecuencias jurídicas de la misma.

Así mismo, no puede perderse de vista que, en el caso de los acuerdos, la manifestación de voluntad del imputado concurre con la del Fiscal y por ello la introducción de la posibilidad de retractación del primero implicaría la disolución de aquellos, desconociendo la voluntad del Estado expresada a través de la Fiscalía. En este sentido, es significativo que la expresión impugnada prohíbe la retractación “de alguno de los

intervinientes”, o sea, también la de esta última entidad, precisamente por tratarse de un acuerdo de voluntades con efectos vinculantes u obligatorios para las partes.

En este orden de ideas, la garantía constitucional del derecho de defensa del imputado no puede traducirse en que la terminación anticipada del proceso en virtud de la aceptación de responsabilidad por parte de aquel, con o sin acuerdo con la Fiscalía, quede condicionada a nuevas manifestaciones de voluntad del mismo, de modo que la primera manifestación sería visiblemente precaria y a la postre el proceso no podría terminar anticipadamente, eliminando así la entidad y la utilidad de dicho mecanismo, que es esencial dentro del nuevo procedimiento, y contrariando también el principio de seguridad jurídica, de singular relevancia en un Estado de Derecho.

En el marco de esos parámetros, no aparece consecuente con la terminación abreviada de esta actuación que, pretextando vulneración al debido proceso por desconocimiento de los principios de legalidad y tipicidad estricta, se acuda a la casación para cuestionar libremente los razonamientos de los juzgadores, sin acreditar la real afectación de garantías fundamentales.

2.3. No sin razón, el Tribunal Superior de Bogotá, al responder similares quejas, concluyó en la falta de interés de la defensa, señalando que:

La inconformidad del apelante gira en torno del supuesto yerro en la calificación de la conducta, por selección equivocada del verbo rector “llevar consigo”, del delito de tráfico de estupefacientes; cuya enmienda solicita, en el sentido de declarar que se trató de la intención de “sacar del país”; y por ello pretende se redosifique la sanción, además, aplicando el inciso 3º del artículo 376 del Código Penal.

(...)

1. Como se verá, ningún error que debiera enmendarse cometió la Fiscalía delegada en la audiencia de imputación, por endilgar a GLORIA PATRICIA FRANCO HERNÁNDEZ el delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo cocaína, en cantidad que, según lo establecido pericialmente con posterioridad, tenía un peso de dos mil seiscientos dieciséis (2.616) gramos.

(...)

3. En el presente asunto, en la audiencia de imputación, la Fiscalía expuso con meridiana claridad que la sustancia incautada se encontró en la maleta -equipaje- de la implicada; y aún cuando en la explicación de las circunstancias fácticas mencionó que GLORIA PATRICIA tenía intención de sacarla del país, para dirigirse a Madrid, en forma expresa y sin duda alguna le endilgó el delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo.

4. En esta oportunidad, al cuestionar la sentencia de primera instancia, el mismo abogado prácticamente plantea una retractación del allanamiento a cargos, sólo porque en su criterio, la situación fáctica relevante no indica que la implicada “llevaba consigo” la sustancia, sino que la había entregado a la aerolínea y que su intención era “sacarla del país”.

Parece olvidar el defensor que si la sentencia fue obtenida anticipadamente, porque la implicada aceptó los cargos, por negociación preacordada con la Fiscalía o por allanamiento unilateral, el interés jurídico para la apelación se restringe sustancialmente, al punto que, en principio, no son admisibles críticas tendientes a cuestionar los elementos estructurales del delito -tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad- dado que con ello se estaría manifestando en realidad una retractación que desnaturaliza la estirpe consensual del sistema procesal penal acusatorio<sup>12</sup>.

3. Todo lo anterior no impide precisar, adicionalmente, que la violación directa de

la ley sustancial puede estructurarse por la falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso, hipótesis que se encuentra consagrada en el numeral 1º del artículo 181 de la Ley 906 de 2004. Para su viabilidad, es imperioso que acepte la forma como el sentenciador declaró los hechos y valoró las pruebas, de manera que al fundamentar la censura promueva un debate estrictamente jurídico, de puro derecho, en el que patentice las inexactitudes o divergencias que surjan de comparar el texto de la norma aplicada al caso y lo fácticamente declarado en la sentencia, sin que se pueda aprovechar este espacio para sugerir una forma de apreciación distinta a la consignada en el fallo.

3.1. El casacionista, en su escrito, incurre en insuperables falencias, porque en lugar de presentar el cargo conforme a las señaladas directrices, en orden a demostrar la presunta interpretación errónea del artículo 376 del Código Penal, lo que le imponía evidenciar la inexactitud en que incurrió el sentenciador en punto del alcance o del sentido jurídico del precepto, involucra en su dialéctica aspectos que no fueron declarados en el fallo, sino que, según afirma, se desprenden del resumen de los hechos y se corroboran con el registro de las audiencias preliminares.

3.2. De esa manera, lo único que revela es su desacuerdo con la verdad declarada en el fallo, impidiendo determinar si su propósito era concretar un error de lógica jurídica por parte del juzgador en la aplicación del derecho o, más bien, postular un yerro de apreciación probatoria, caso en el cual, le correspondía invocar un error de hecho o de derecho por errónea apreciación de las pruebas.

4. De todo lo anterior se concluye que no es procedente admitir la demanda para un pronunciamiento de mayor fondo, máxime que no se constatan causales ostensibles de nulidad, ni flagrantes violaciones de derechos fundamentales.

## 5. Cuestión final.

Habida cuenta que contra la decisión de inadmitir la demanda de casación presentada por la defensa procede el mecanismo de insistencia de conformidad con lo establecido en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, impera precisar que como dicha legislación no regula el trámite a seguir para que se aplique el referido instituto procesal, la Sala ha definido las reglas que habrán de seguirse para su aplicación<sup>13</sup>, como sigue:

- i) La insistencia es un mecanismo especial que sólo puede ser promovido por el demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la providencia por cuyo medio la Sala decida inadmitir la demanda de casación, con el fin de provocar que ésta reconsidere lo decidido. También podrá ser provocado oficiosamente dentro del mismo término por alguno de los Delegados del Ministerio Público para la Casación Penal – siempre que el recurso de casación no hubiera sido interpuesto por un Procurador Judicial –, el Magistrado disidente o el Magistrado que no haya participado en los debates o suscrito la providencia inadmisoria.
- ii) La solicitud de insistencia puede elevarse ante el Ministerio Público a través de sus Delegados para la Casación Penal, ante uno de los Magistrados que haya salvado voto en cuanto a la decisión mayoritaria de inadmitir la demanda o ante uno de los Magistrados que no haya intervenido en la discusión.
- iii) Es potestativo del Magistrado disidente, del que no intervino en los debates o del Delegado del Ministerio Público ante quien se formula la insistencia, optar por someter el asunto a consideración de la Sala o no presentarlo para su revisión, evento último en que informará de ello al peticionario en un plazo de quince (15) días.
- iv) El auto a través del cual se inadmite la demanda de casación trae como consecuencia la firmeza de la sentencia de segunda instancia contra la cual se formuló el recurso de casación, salvo que la insistencia prospere y conlleve a la admisión de la

demanda.

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

RESUELVE

INADMITIR la demanda examinada.

Contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia, de conformidad con el artículo 184, inciso 2º, del Código de Procedimiento Penal.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JAVIER ZAPATA ORTIZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO  
LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS  
QUINTERO

ALFREDO GÓMEZ

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN  
SOCHA SALAMANCA

JULIO ENRIQUE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Fls 3 a 6 íd.

2 Fls 15 a 19 íd.

3 Fl 47 íd.

4 Se entiende que la multa es por valor de seiscientos sesenta y seis punto cinco (666.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

5 Fls 48 a 55 íd.

6 Fls 10 a 26 C. Tribunal.

7 Fls 15 a 18 carpeta.

8 La imputación se condicionó en el sentido de que la pena a imponer se determinaría una vez se estableciera el peso neto de la sustancia, y bajo ese entendido se allanó la imputada (fl 17 íd).

9 Récord 39:26.

10 Récord 49:05 a 49:20.

11 Récord 10:54 a 38:36.

12 Fls 19 a 21 C. Tribunal.

13 Providencia del 12 de diciembre de 2005. Rad. 24322.