

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Aprobado acta N° 376

Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil doce (2012)

V I S T O S

Procede la Sala a verificar los requisitos de lógica y debida argumentación de la demanda de casación presentada por el defensor de NILSON ROJAS RODRÍGUEZ.

H E C H O S

Fueron expuestos por el a quo en estos términos:

“Tuvieron ocurrencia a eso de las 14:55 horas del día 8 de agosto de 2010, en el sector denominado como piedra Los Libertadores, a un costado del establecimiento con razón social “Cabaña de Joaco”, cuando agentes de la Policía Nacional luego de haber sido alertados de una persona que se encontraba deambulando por el sector en actitud sospechosa, dan captura al señor NILSON ROJAS RODRÍGUEZ, a quien se le practicó requisa y se le halla en la parte interna de su pantalón una sustancia pulverulenta con características similares al bazuco, con un peso neto de 3.5 gramos.”

A N T E C E D E N T E S

El 9 de agosto de 2010 ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Control de

Garantías de Puerto Inídira (Guainía), se llevó a cabo audiencia de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de imposición de medida de aseguramiento por la conducta punible prevista en el artículo 376 del Código Penal, esto es, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, oportunidad en la que NILSON ROJAS RODRÍGUEZ se allanó a los cargos.¹

2. El 19 de noviembre de esa anualidad el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con función de conocimiento de Villavicencio (Meta), realizó audiencia de verificación y aprobación de allanamiento, individualización de pena y sentencia, dictando fallo a través del cual sancionó al citado con la pena principal de treinta y tres (33) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo término, como autor responsable del delito consagrado en el artículo 376 del Estatuto Punitivo. El estrado judicial se abstuvo de imponer la pena de multa, negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y concedió la prisión domiciliaria.²

3. Apelada esta determinación por la defensa, fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio -Sala Penal-, el 3 de agosto de 2011.³

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor del procesado, al amparo de la causal segunda de casación prevista en el artículo 181, numeral 2, de la Ley 906 de 2004, presenta un cargo único contra la sentencia de segunda instancia alegando el desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura que condujo a la violación, entre otros, del preámbulo y de los artículos 16, 29 y 288 de la [Constitución Política](#), 11 del Código Penal y 351 del Código de Procedimiento Penal.

Dice que esta Corporación ha sostenido que es viable decretar la nulidad del fallo y disponer la absolución del imputado, si se está ante una aceptación de cargos en la que resulta discutible la antijuridicidad material de la conducta y su lesividad. Es una situación que, en

su sentir, se configura en este caso, toda vez que la cantidad de estupefaciente incautado sobrepasó en forma mínima la dosis personal. En estas condiciones, estima, aunque se produjo una trasgresión de la norma, no se materializó un daño efectivo al bien jurídico tutelado que amerite la imposición de una pena, por manera que el Estado debe declinar el ius puniendi y privilegiar la carencia de antijuridicidad material.

A partir de la cita de varios pronunciamientos de la Corte Constitucional y de la Sala sobre el tema, afirma, es criterio definido que en los casos en que se porta estupefacientes en cantidad comprendida dentro de la dosis personal, o cuando se supera ligeramente ese tope, siempre que sea para el propio consumo, la conducta ha de entenderse como la de un fármaco dependiente que no está sujeta a sanción, pues no coloca en peligro a terceros, y no puede el Estado intervenir en el daño autoinflingido, por el respeto que debe guardar hacia la voluntad del individuo y su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En ese orden, asevera, el procesado no fue sorprendido realizando una conducta diferente a la de portar o llevar consigo sustancia estupefaciente, se trata de un consumidor, y la cantidad que le fue hallada sólo superó en 2.5 gramos la dosis personal. Así, en este evento se afectó el debido proceso, ya que “la verificación de la aceptación de cargos no dependía únicamente del acuerdo, sino que necesariamente se requería de la verificación del juez de control de garantías y del juez de conocimiento para que de este no se derivase ninguna violación material y procesal”. Por consiguiente, solicita se anule el fallo y se emita sentencia absolutoria ante la ausencia de antijuridicidad material y lesividad en la conducta ejecutada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La Ley 906 de 2004, en su artículo 184, prevé una serie de requisitos para que el recurso extraordinario de casación sea conocido por la Sala, exigencias formales y

sustanciales que en el evento de no concurrir conducen a que la demanda no sea seleccionada para su estudio. Uno de los supuestos relacionados en dicha norma, con tal efecto, es cuando el impugnante carece de interés. Esto significa, que solo hay viabilidad de cuestionar las decisiones emitidas durante el transcurso de una actuación judicial, a través de los recursos, en el evento que afecten a los involucrados en ellas.

Ahora bien, tratándose de los mecanismos de terminación anticipada del proceso, es evidente que el interés para recurrir se encuentra restringido en atención a que el reconocimiento expreso de responsabilidad por parte del implicado lleva a prescindir de las etapas ordinarias del procedimiento, a cambio de una disminución punitiva. Así las cosas, no hay lugar a cuestionar con posterioridad esa aceptación, ya que tal postura se asimila a una retractación que de llegarse a admitir desquiciaría la lógica que orienta esta forma de culminación de la actuación, pues replantear ese reconocimiento, desnaturalizaría el instituto con el que se pretende racionalizar la labor de la administración de justicia a la hora de su despliegue, siendo este uno de los pilares en que se sustenta el sistema penal de tendencia acusatoria vigente en nuestro país en forma gradual desde 2005.

Por lo anterior, el legislador ha previsto que tratándose de la modalidad de terminación anticipada de la actuación, consistente en el allanamiento a los cargos efectuados en la diligencia de formulación de imputación, el trámite sobreviniente es enviar las diligencias al juez de conocimiento, el cual, una vez verifique que la aceptación es libre, voluntaria y espontánea, “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”.⁴

En estas condiciones, el allanamiento a la imputación, en tanto medie la plena preservación de las garantías procesales en los términos indicados, no admite posibilidad alguna de retractación y, por tanto, una proposición semejante en orden a la incoación de

recursos que impliquen dicho efecto, ha de reputarse carente de interés jurídico para su postulación.

En consecuencia, la posibilidad de la defensa para impugnar este tipo de decisiones, por vía ordinaria (apelación) o extraordinaria (casación), está limitada a la controversia respecto de la dosificación de la pena, a los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, a la incongruencia entre lo acordado y lo resuelto y, desde luego, a la denuncia de transgresiones a las garantías fundamentales del procesado pero, en este último evento, la censura en cuanto a la vulneración de los derechos al debido proceso o a la defensa no puede involucrar cuestiones probatorias⁵.

2. Con estas precisiones, se tiene que en el presente asunto el control respecto de la legalidad de la aceptación de cargos fue realizado por el Juez de Control de Garantías, ante el cual se manifestó el reconocimiento de responsabilidad quien no efectuó tacha alguna, luego fue corroborado por el Juez de Conocimiento, que verificó la ausencia de vulneración a las garantías fundamentales, y, así, procedió a emitir la sentencia respectiva.

Tales circunstancias, entonces, develan cómo a través del recurso extraordinario se pretende una retractación de dicho allanamiento; en consecuencia, no tiene interés el demandante para formular el cargo único que por nulidad invoca y ello conduce a la inadmisión de la demanda por tal motivo, según lo ha indicado la jurisprudencia de esta Sala.⁶

Lo anterior, se insiste, toda vez que la única censura que formula el recurrente comporta una retractación al allanamiento de cargos avalado por el juez de conocimiento, al postularse de manera genérica, a partir de la jurisprudencia, que el procesado no es responsable por la conducta investigada, siendo un tema cuya discusión declinó voluntariamente al aceptar la imputación de la Fiscalía, decisión para la

cual estuvo asistido por su defensora pública, quien lo asesoró respecto de las consecuencias de tal determinación, como tuvo oportunidad de verificarlo la administración de justicia⁷.

Así mismo, el reproche pasa por alto que en este asunto el Tribunal determinó expresamente la lesión efectiva al bien jurídico, por ende la antijuricidad de la conducta, y ningún esfuerzo argumentativo se efectúa para acreditar un error trascendente en esa apreciación, referida a que el estupefaciente hallado a ROJAS RODRIGUEZ estaba destinado a su distribución y no al consumo personal:

“Descendiendo al caso concreto, y contrario a lo concluido en otras oportunidades por esta Corporación, no es dable en este caso primero señalar que la sustancia incautada al procesado, apenas excede la dosis personal, como quiera que la sobrepasa en 2.5 gramos, equivaliendo el estupefaciente que portaba, (sic) a tres y media dosis, de lo cual no es preciso aseverar que no conocía la ilicitud de la conducta, máxime cuando ha sido reiteradamente judicializado por la comisión del mismo punible por el que aquí se le acusa.

Además, las circunstancias en medio de las cuales fue sorprendido el procesado, infieren la utilización del alucinógeno para el microtráfico y no para el consumo, pues no se dan las características propias de quien está presto a consumir bazuco (habitualmente envuelto como cigarrillo), sino que portaba la cantidad en un pequeño paquete, sin aducirse probatoriamente que es consumidor de este tipo de sustancias, por el contrario, según dan cuenta las investigaciones penales que han cursado en su contra, se avizora que ha sido un traficante menor de esta clase de drogas ilícitas.”⁸

De esta manera, es claro que en la actuación no se desconocieron las garantías fundamentales, puesto que los sentenciadores, a partir del reconocimiento de responsabilidad efectuado por el procesado de manera espontánea y sin apremio de ninguna índole, desecharon la premisa relativa a que la droga

incautada correspondía a la dosis personal, ya que la cantidad que le fue hallada superaba por más del doble el límite permitido⁹, se concluyó por las circunstancias que rodearon la captura que estaba destinada a su comercialización y, por tanto, la conducta trasciende el fuero interno de ROJAS RODRÍGUEZ al resultar apta para lesionar o poner en peligro los intereses jurídicos tutelados mediante la prohibición del porte de estupefacientes.¹⁰

3. Se reitera, entonces, que se inadmitirá la demanda, puesto que apareja una velada retractación de lo aceptado al pretender retrotraerse la actuación al debate propio de las instancias, por cuestionarse la antijuricidad del delito, escenario ajeno a la dinámica propia de los mecanismos de terminación anticipada del proceso penal, a la causal de nulidad invocada y, en todo caso, inane a la hora de pretender acreditar un error trascendente en la providencia atacada.

Aunado a ello, tampoco se avizora la necesidad de superar los defectos del libelo con el fin de corregir de manera oficiosa alguna violación a las garantías fundamentales. Eso sí, vale la pena anotar que se llama la atención al juzgador de primera instancia para que a futuro tenga en cuenta que no puede prescindir oficiosamente de imponer la multa, que en el delito por el cual se procede está prevista como pena principal junto con la prisión, ya que la evaluación sobre el particular para la ulterior extinción de esta sanción penal, corresponde por regla general, a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad¹¹. Igualmente, se recuerda que tratándose de la sustitución de la pena de prisión, por prisión domiciliaria, los requisitos demandados para el efecto en el artículo 38 del Código Penal son concurrentes y no alternativos, según pareció entenderlo el funcionario¹². Estas falencias, conforme el criterio mayoritario de la Sala, no pueden corregirse en virtud del principio de la no reformatio in pejus¹³, pero el mismo, no releva de hacer la precisión correspondiente.

4. Cuestión adicional

Toda vez que contra la decisión de inadmitir la demanda de casación

procede el mecanismo de insistencia según lo establece el artículo 186 de la Ley 906 de 2004, es necesario precisar que como dicha legislación no regula el trámite que ha de regir ese instituto procesal, la jurisprudencia de la Sala ha fijado los siguientes lineamientos¹⁴:

- a) La insistencia es un mecanismo especial que sólo puede ser promovido por el demandante, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto por medio del cual la Sala inadmite la demanda de casación, con el fin de provocar que ésta reconsidere lo decidido. También podrá ser promovido oficiosamente dentro del mismo término por alguno de los Delegados del Ministerio Público para la Casación Penal –siempre que el recurso no hubiera sido interpuesto por el Procurador Judicial–, el Magistrado disidente o el Magistrado que no haya participado en los debates y suscrito la providencia inadmisoria.
- b) La solicitud de insistencia puede elevarse ante el Ministerio Público, a través de sus Delegados para la Casación Penal, o ante uno de los Magistrados que hayan salvado voto en cuanto a la decisión mayoritaria de inadmitir la demanda, o bien ante uno de los Magistrados que no haya intervenido en la discusión.
- c) Es potestativo del Magistrado disidente, del que no intervino en los debates o del Delegado del Ministerio Público ante quien se formula la insistencia, someter el asunto a consideración de la Sala o no hacerlo, evento este último que se informará al peticionario en un plazo de quince días.
- d) El auto a través del cual no se selecciona 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 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

R E S U E L V E

PRIMERO: INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de
NILSON ROJAS RODRÍGUEZ.

SEGUNDO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004,
contra la determinación adoptada en el numeral anterior es viable la interposición del
mecanismo de insistencia.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ
OTERO

LUIS GUILLERMO SALAZAR

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA
ORTIZ

JAVIER ZAPATA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Folio 4 y siguientes carpeta actuación
- 2 Fl. 53 y s.s c.a
- 3 Fl 11 y s.s Cuaderno Tribunal
- 4 Ley 906 de 2004, artículo 293, subrayas de la Sala
- 5 Cfr. Rad. 31531, sentencia de 8 de julio de 2009
- 6 Cfr. Rad. 24667, auto de 6 de abril de 2006, Rad. 28433, auto 24 de julio de 2007, Rad. 28772, auto de 30 de enero de 2008, Rad. 35369, auto de 9 de diciembre de 2010, entre otros.
- 7 Incluso, durante la audiencia de formulación de imputación, previo a la aceptación de responsabilidad, la defensa solicitó un receso de diez minutos para instruir al procesado sobre el alcance jurídico del allanamiento, a lo cual se procedió de conformidad (Cfr. Récord 30:00 y s.s, primera grabación).
- 8 Fl. 6 sentencia segunda instancia / Fl. 58 Cuaderno Tribunal
- 9 Conforme la Ley 30 de 1986, artículo 2, literal j, la dosis personal de cocaína y sus derivados corresponde a un (1) gramo.
- 10 Cfr. Rad. 23609, sentencia de 1 de febrero de 2007
- 11 Ley 906 de 2004, artículo 38. Sobre el tema puede consultarse Corte Constitucional, sentencia C-185 de 16 de marzo de 2011
- 12 El a quo, aún cuando advirtió que en este caso no se cumplía con el factor objetivo contemplado en el Código Penal para la concesión del subrogado, no tuvo

reparos para otorgarlo, al estimar un diagnóstico favorable respecto del factor subjetivo.

13 Rad. 24066, auto de 22 de noviembre de 2005, Rad. 23496, sentencia de 9 de febrero de 2006, tesis reiterada en el Rad. 34253, sentencia de 24 de noviembre de 2010

14 Rad. 24322, auto de 12 de diciembre de 2005