

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado Ponente

AP4276-2016

Radicación No. 45900

Aprobado Acta No. 194

Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil dieciséis (2016).

ASUNTO

La Sala se pronuncia sobre la admisibilidad de la demanda, sustento del recurso de casación interpuesto por el defensor de CARLOS MAURICIO PÉREZ VERGARA contra la sentencia de enero 28 de 2015 del Tribunal Superior de Tunja, mediante la cual confirmó el fallo de julio 2 de 2014 dictado por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tunja, que lo condenó como coautor de los delitos de conservación y financiación de plantaciones y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

HECHOS

En el mes de septiembre de 2011 fue desmantelada una red de micro tráfico de estupefacientes que operaba en la ciudad de Tunja, integrada, entre otros por María de Jesús Ávila Salas y Jhon Alejandro Villamil Vargas, la cual comercializaba el producto a domicilio en los barrios San Antonio, Patriotas, el Parque, el Bosque y en el sector

carrilera del tren que atraviesa la avenida oriental diagonal al terminal de transportes de la localidad, previa concertación telefónica con el comprador.

La sustancia estupefaciente, cannabis, era traída por el cabecilla de la organización desde la ciudad de Bogotá en servicios de transporte público, al tiempo que era cultivada y almacenada en la residencia de CARLOS MAURICIO PÉREZ VERGARA, ubicada en el barrio Surinama de la mencionada ciudad.

ANTECEDENTES

1. El 15 y 16 de septiembre de 2011, se evacuaron las audiencias de legalización de allanamiento y registro, captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con función de Control de Garantías de Tunja, en contra de Marta Cecilia Diagrama, María de Jesús Ávila Salas, y CARLOS MAURICIO PÉREZ VERGARA¹, a quienes la Fiscalía les atribuyó, a las dos primeras, los delitos de concierto para delinquir y tráfico, traficación o porte de estupefacientes en las modalidades de almacenamiento, venta y distribución, y al último, los de conservación o financiación de plantaciones en la modalidad de cultivo y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, de conformidad con los artículos 340 inciso 2, 376 inciso 3 y 375 inciso 2 del Código Penal.

El 16 de septiembre de 2011, similares diligencias se realizaron en contra de Jhon Alejandro Villamil Vargas, ante el Juzgado Promiscuo Municipal con función de Control de Garantías de Chiquiza, por los ilícitos de concierto para delinquir agravado y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

2. El 13 de enero de 2012, la Fiscalía Tercera Especializada de Tunja, presentó escrito de acusación en contra de los prenombrados², el cual se materializó en audiencia del 17 de febrero de 2012, ante el Juzgado Penal del Circuito Especializado de esa ciudad, por las conductas punibles imputadas, con la

modificación que el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, lo era de acuerdo con la descripción típica consagrada en el artículo 376, inciso 2.

3. El Juzgado de Conocimiento, por sentencia del 2 de julio de 2014, absolvió a Martha Cecilia Diagama de los cargos enrostrados, condenó a María de Jesús Ávila Salas y Jhon Alejandro Villamil Vargas a la pena principal de 9 años y 8 meses de prisión y multa de 2720 salarios mínimos mensuales legales vigentes, en calidad de coautores de los delitos de concierto para delinquir agravado y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, y condenó a CARLOS MAURICIO PÉREZ VERGARA como coautor responsable de los ilícitos de conservación y financiación de plantaciones y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, a 8 años y 1 mes de prisión y multa de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes, imponiéndoles a todos la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por termino igual a la sanción privativa de la libertad. Igualmente les denegó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

4. Apelada tal determinación por los defensores de Ávila Salas y PÉREZ VERGARA, la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja, en providencia del 28 de enero de 2015, impartió su confirmación.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El defensor de CARLOS MAURICIO PÉREZ VERGARA, postuló 5 cargos, así:

1. Al amparo de la causal 2 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por violación al debido proceso, ante la omisión del ad quem de declarar la prescripción de la acción penal por el ilícito previsto en el artículo 375 del Código Penal, pues desató el recurso cuando ya se había superado del término de 3 años, contados desde la formulación de imputación. En consecuencia, solicitó anular parcialmente el fallo y declarar la extinción de la misma.

2. Con sustento en similar causal, por afectación sustancial a la estructura del proceso y a las garantías de las partes, toda vez que habiéndose declarado la ilegalidad de la audiencia de allanamiento y registro y ordenado su reposición por el Juez de segundo grado que conoció del recurso impetrado, ésta se realizó de manera extemporánea, cuando ya había fenecido el plazo de 36 horas dispuesto en la legislación.

El registro y allanamiento se realizó el 14 de septiembre de 2011, luego su legalización se podía efectuar hasta el 16 siguiente, pero en razón de la nulidad decretada el 22 de noviembre, finalmente se cumplió el 23 y 24 de febrero de 2012, esto es pasados 60 días, con lo cual se desbordaron notoriamente los términos legales. Sumado a que el Juez inobservó el derecho a la defensa, pues para la realización de la última, lo coaccionó para participar, le compulsó copias y removió del cargo, situación que impidió la solicitud de exclusión de evidencias incautadas, por cuanto, la nulidad decretada conllevaba la invalidez del material probatorio recaudado en la diligencia de allanamiento y registro.

Por lo anterior, pidió se decrete la nulidad de las pruebas que dependen de los elementos probatorios y evidencias físicas obtenidos en curso de la diligencia, se case la sentencia y absuelva a su prohijado.

3. Al tenor de la causal 3 de casación, al haberse omitido la exclusión de las pruebas no descubiertas oportunamente.

La Fiscalía, ni en su escrito de acusación ni en posterior audiencia de formulación descubrió los dictámenes de peritos de medicina legal efectuados sobre las pruebas identificadas como 13 y 14, los cuales sólo exhibió en audiencia preparatoria, donde solicitó su aducción extemporánea, pedimento que fue aceptado por el Juzgador, pese a la oposición de esa defensa; habiéndosele impedido agotar el recurso de apelación por este tópico bajo el entendido vigente de la época, según el cual que no procedía alzada contra la decisión que

decreta probanzas.

Igualmente, no se atendió en la audiencia de juicio oral la solicitud de exclusión de tales pruebas al no satisfacerse los requisitos de prueba sobreviniente en tanto la tardanza en su recolección obedeció a la negligencia del ente acusador, determinación que fue confirmada por el Tribunal en auto del 13 de junio de 2013. Decisiones que desconocen el principio de igualdad de armas y afectan los derechos del acusado, de acuerdo con la jurisprudencia que sobre el descubrimiento probatorio han desarrollado las Altas Cortes.

Por consiguiente peticionó se decrete la nulidad de las pruebas que no fueron oportunamente descubiertas, se case la sentencia y se absuelva a su defendido.

4. Con fundamento en la causal 1 del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, por falta de aplicación de los artículos 38G y 64 y aplicación indebida del artículo 68 A, del Código Penal.

El artículo 38G, en su aparte final enlista los punibles por los cuales no procede la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia y dentro de las conductas relacionadas con el tráfico de estupefacientes, excluyó las contempladas en el artículo 375 e inciso 2 del artículo 376 del estatuto sustancial.

A su turno el artículo 68A, que prohíbe la concesión de beneficios y subrogados penales por razón de algunos ilícitos, en su parágrafo 1 dispone que no aplicará en lo atinente a los artículos 64 y 38G del mismo cuerpo normativo.

Anunciado el fallo, en uso de las facultades del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, solicitó se otorgara el subrogado de la prisión domiciliaria que trata el artículo 38G, al considerar que se cumplían sus condiciones al haber el procesado superado el 50% de la pena probable de condena; solicitud que, sin mayores argumentos, no fue atendida en

las instancias lo cual configura en una vía de hecho.

En razón de lo anterior, indicó que se debía desacatar los precedentes emitidos en los radicados 43320 y 43342, que desconocen el tenor literal de la norma y resultan contrarios al ordenamiento jurídico.

5. Como cargo subsidiario, por la senda de la causal primera, invocó la violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación del inciso final del artículo 38G y el parágrafo 1 del artículo 68A del Código Penal, que exceptúan la pérdida de beneficios cuando se trate de los artículo 375 y 376, inciso 2, mismos por los cuales fue condenado su representado.

Los juzgadores han omitido tales disposiciones y causado aflicción al procesado, quien ya habría alcanzado su excarcelación, al haberse cumplido 3 años de detención y prescrito la pena por el delito de cultivo de estupefacientes, pedimento que ha elevado y los juzgadores simplemente se abstienen de darle trámite al no considerarse competentes.

En el fallo de tutela que resolvió la impugnación al radicado STP6765-2014 se reconoció que a favor del sentenciado era aplicable el subrogado reclamado, punto que se contestó con un auto de trámite por las autoridades, con lo cual la detención se torna en una prolongación ilícita de la libertad, punto que tampoco fue atendido en acción de habeas corpus.

Por todo lo anterior, invocó se case parcialmente el fallo, se modifique para condenar al procesado a la pena de 70 meses de prisión y las accesorias de rigor y, se reconozcan los subrogados y beneficios negados.

CONSIDERACIONES

1. Acorde con lo establecido en la Ley 906 de 2004, la casación es un instrumento de control constitucional y legal de las sentencias de segunda instancia, encaminado a proteger los derechos y garantías fundamentales consagrados en la [Constitución Política](#) y en los tratados de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad y a garantizar la efectividad del derecho material y la reparación de los agravios inferidos a quienes intervienen dentro del proceso penal.

Por tal motivo, se trata de un medio de oposición estrictamente reglado y su ejercicio debe someterse a determinados presupuestos de postulación de los reproches de acuerdo con las causales taxativamente señaladas en la ley.

Propósito que sólo puede lograrse mediante la presentación de una demanda escrita, en la cual se identifique la sentencia recurrida, acredite la legitimidad o interés para recurrir, exprese con claridad y precisión los fundamentos fácticos y jurídicos de la pretensión y se demuestre la objetiva configuración de uno o varios de los motivos de casación taxativamente previstos por el Código de Procedimiento Penal.

2. Exigencias que no se satisfacen en 4 de los cargos presentados, puesto que el demandante, en contravía de tales precisiones, no identificó ni postuló en debida forma la configuración de uno de tales motivos, sino que se atuvo, básicamente, a la reiteración de los argumentos que fueron objeto de su recurso de alzada a modo de alegato de instancia, lo cual torna imprósperas sus peticiones.

3. Así, en cuanto al primer reproche, relativo a la prescripción de la acción penal por la conducta descrita en el artículo 375, inciso 2, del Código Penal, el quejoso, además de no haber reclamado su configuración ante el Tribunal, que en principio, le resta interés jurídico en su proposición, no lo sustentó adecuadamente.

En efecto, si bien el demandante pretendió la nulidad de la actuación por la senda de la causal segunda de casación, por cuanto no era dable emitir sentencia fenecida la acción

penal por el delito de conservación o financiación de plantaciones no lo es menos que estaba obligado a sostener tal afirmación con sujeción a las exigencias de la causal primera, específicamente por falta de aplicación de las normas que regulan la extinción de la potestad punitiva del Estado por el paso del tiempo.

Punto que no explicó, pues simplemente refirió que la acción penal prescribió al transcurrir más de tres años desde la formulación de imputación, con total desconocimiento que para que se diera tal fenómeno se requería del transcurso de 4 años y medio.

3.1. El delito de conservación o financiación de plantaciones endilgado a CARLOS MAURICIO PÉREZ VERGARA, conforme con el artículo 375, inciso 2, del Código Penal, modificado por la Ley 890 de 2004, artículo 14, tiene una pena de prisión que oscila entre 64 a 108 meses, luego, de acuerdo con las reglas fijadas en el artículo 83 del mismo estatuto, el término de prescripción es de 9 años antes de la imputación y, de la mitad, después de la concurrencia de tal acto procesal a voces del artículo 292 de la Ley 906 de 2004.

Plazo que no se alcanzó, ya que habiéndose evacuado la audiencia de formulación de imputación el 15 de septiembre de 2011, tal término vencía el 15 de marzo de 2016; al cual no se llegó dado que la sentencia de segundo grado fue emitida el 28 de enero de 2015, fecha con la que se suspendió el término prescriptivo acorde con el artículo 189 del Código de Procedimiento Penal.

En tal virtud, carece de fundamento su censura y con ello, la petición de la readecuación punitiva a efectos de verificar la procedencia de la libertad condicional del procesado o su prisión domiciliaria según los artículos 64 y 38G de la Ley 599 de 2000.

4. El segundo cargo fue equívocamente encauzado por el demandante, pues si lo procurado era la nulidad, o mejor, la exclusión de las pruebas practicadas como consecuencia de los elementos materiales incautados en la diligencia de registro y

allanamiento del 14 de septiembre de 2011, en razón de la declaratoria de nulidad de la audiencia en la cual se impartió su legalidad, debía atacar la ilicitud de las probanzas a través de la causal tercera de casación, por violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho por falso juicio de legalidad.

Lo anterior ya que el recurrente fincó su ataque en la decisión del 22 de noviembre de 2011, por la cual el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Conocimiento de Tunja, al resolver el recurso de apelación contra la legalización de registro, allanamiento y captura, declaró la nulidad de la audiencia del 15 y 16 de septiembre de 2011, en lo particular, porque "...si bien entendemos la orden de allanamiento existe, lo irregular es la forma parcializada recortada como se pretendió traer a la audiencia de legalización... acá se percibe no una falencia en la orden de allanamiento, sino en el trámite de la audiencia de legalización derivado de la apresurada actuación de la Fiscalía y del juez de control de garantías, entendible por el volumen del evento a revisar, pero no excusable por las consecuencias que derivó para el derecho de defensa de los acusados"³

De modo que, según lo explicó el ad quem al resolver similar solicitud "no es cierto, como lo dice la Fiscalía, que se decretara por la segunda instancia la nulidad de la diligencia de registro y allanamiento, lo que se dejó sin efecto fue la audiencia de legalización de dicho allanamiento celebrada el 15 de septiembre de 2014 ante el Juez Tercero Penal Municipal de Tunja con función de control de garantías ordenando que se repusiera la misma; sin que esto implique como equivocadamente lo plantea el apelante que se ignoraran los términos para la legalización del registro y allanamiento, que el ente persecutor solicitó y efectuó dentro del término establecido en el art. 237 del C. de P.P., pues el allanamiento se llevó a cabo el 14 de septiembre y el 15 del mismo mes se celebró la audiencia de legalización que fue anulada por irregularidades que consideró sustanciales en su procedimiento el Juzgado que desató recurso de apelación. Se reitera las irregularidades la segunda instancia las concretó se

cometieron en el curso de la audiencia y no del elemento material de prueba objeto de legalización, de ahí, que se ordenara reponer la misma.”⁴

4.1. Además, aun bajo el entendido de la ilegalidad de la mencionada diligencia, ello en modo alguno generaba la nulidad de lo actuado, ya que tal acto procesal no es indispensable para la estructura del proceso penal edificado en la Ley 906 de 2004, sino devendría en la exclusión de los elementos y evidencia física recolectados en su curso.

Luego, la vía para postular tales discrepancias, era la causal tercera, bajo la cual se imponía al postulante explicar: (i) en qué consistió la trasgresión del ordenamiento jurídico en el proceso de obtención y/o aducción del respectivo medio de conocimiento y, (ii) la trascendencia del yerro, a fin de demostrar que ante la supresión de la prueba tachada de ilegal, las demás son fundamento insuficiente de la condena. Parámetros que no se verifican satisfechos.

5. El tercer reparo, propuesto por la causal tercera de casación, el censor olvidó indicar (i) el tipo de error cometido por el sentenciador, esto es, de hecho o de derecho, (ii) su especie, por falso juicio de existencia, identidad o falso raciocinio, el primero; o, por falso juicio de convicción o de legalidad, el segundo; (iii) la prueba sobre la cual recaía; (iv) forma de consolidación, (v) corrección y, finalmente, (vi) su trascendencia.

Que si lo reclamado era la exclusión de los informes periciales y testimonios de los doctores Edwin Bottía y Amparo Vásquez por su no descubrimiento en el acto complejo de la acusación, era dable acudir a un falso juicio de legalidad, por haberse valorado un medio de prueba aportado con infracción de las normas legales que regulan su admisión; del que nada se dijo.

5.1. Adicionalmente, frente a la temática que entraña su postulación, esta Corporación ha indicado que si bien existen unos momentos procesales para cumplir con la labor de

descubrimiento probatorio, excepcionalmente pueden presentarse casos en los cuales es viable permitir una relevación posterior y previa al juicio oral y público, siempre y cuando se respeten las garantías debidas a las partes.

Por sentencia dictada el 21 de febrero de 2007, también precisó la Corte que excepcionalmente el juez tiene la facultad de “autorizar un descubrimiento posterior, preservando siempre la garantía de contradicción y con el tiempo que razonablemente estime necesario”. Por ejemplo:

i) Cuando se acredita que la falta de descubrimiento obedeció a causas no imputables a la parte que quiere hacer valer la prueba (artículo 346 ibídem).

ii) En el evento en que una persona o entidad diferente a la Fiscalía es la que tiene físicamente o dispone de la evidencia o elemento probatorio; tal el caso de los organismos que cumplen funciones de policía judicial (entre ellos: Procuraduría General de la Nación, Superintendencias y Contraloría General de la República); el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y oficinas de peritos.

iii) Si ocurriere que durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física “muy significativo que debiera ser descubierto”, tiene el deber de ponerlo en conocimiento del Juez, quien “oídas las partes y considerando el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba” (inciso final del artículo 344 ibídem).

Adicionalmente en auto proferido el 26 de octubre de 2011, radicado 36788, específicamente respecto de la excepción contenida en el artículo 346, reiteró la Corte que la misma se configura “(...) cuando se acredita que su incumplimiento obedece a causa no imputable a la parte obligada verbi gracia, cuando ante quien se debe exhibir la evidencia no acude al sitio indicado para tal fin, o cuando la dificultad para develar el

elemento probatorio o la evidencia no es imputable a quien la presenta. CJS AP 3583-2015

En el caso bajo análisis, el juez colegiado al evaluar la inconformidad del actor con el descubrimiento fuera de la audiencia de formulación de acusación, advirtió que las pruebas periciales no se habían aportado a espaldas de la defensa, ya que si bien no se enunciaron y entregaron en la oportunidad reclamada, sí desde la misma el ente investigador anunció que aún se adelantaban actos de investigación y, en la audiencia preparatoria, donde finalmente los presentó, justificó las razones de tal proceder, particularmente, en la no existencia de los respectivos informes de los profesionales del Instituto de Medicina Legal al momento de la acusación, argumento que encontró válido el funcionario judicial en su oportunidad, quien verificó que los resultados de la pericia fueron elaborados y allegado con posterioridad a la presentación del escrito de acusación y audiencia de formulación de la misma⁵.

6. En cuanto al último reproche (primero subsidiario), pese a que guarda similitud con el cuarto principal que se admitirá, la argumentación no logra evidenciar una censura propia de atenderse por la vía extraordinaria, como quiera que el profesional del derecho aludió a la libertad de su prohijado y a la prisión domiciliaria, pero no exhibió las razones por las cuales fueron desatendidos tales beneficios en las sentencias, simplemente se observa el descontento de las respuestas que por vía de tutela y habeas corpus recibió y que escapaban por completo a conocimiento de esta Sala en sede de casación.

Con fundamento en lo anterior, los cargos relacionados, serán inadmitidos.

7. Contra la anterior determinación es viable el mecanismo de insistencia previsto en el inciso segundo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, cuyo trámite a falta de regulación legal es el señalado en CSJ AP, 12 Dic. 2005, Rad. 25006 y de acuerdo al plazo precisado

en CSJ AP3481-2014.

8. Por otra parte, por cuanto reúne los requisitos establecidos en el artículo 184, inciso segundo, de la ley 906 de 2004, la Sala admite el cargo cuarto de la demanda y en su oportunidad procederá a fijar fecha para la audiencia de sustentación del mismo.

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

RESUELVE:

1. No admitir los cargos 1, 2 y 3 principales y 1 subsidiario de la demanda presentados por el apoderado de CARLOS MAURICIO PÉREZ VERGARA.

Contra esta decisión, procede el mecanismo de insistencia.

2. Admitir el cuarto cargo principal de la demanda, sustentado en la causal 1 del artículo 181 de la ley 906 de 2004. Oportunamente se fijará fecha para audiencia de sustentación del mismo.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Entre otras personas.

2 y otros.

3 Audiencia 22 de noviembre de 2011. Audio
15001600013220100340301_150013109004_4.wma Audiencia. Hora 2:09

4 Página 26, visible a folio 348 cuaderno No. 13

5 Audiencia del 1 de julio de 2012. Audio 15001600013220100340305_150013107001_3.
Minuto 15:00