

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

AP1308 - 2021

Revisión No. 57024

Acta No. 84

Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de dos mil veintiuno (2021).

La Sala examina los requisitos de admisibilidad de la demanda de revisión presentada por el Procurador 73 Judicial II Penal de Cali en contra de la sentencia del 5 de mayo de 2015 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, confirmatoria del

fallo dictado el 2 de marzo de esa anualidad por el Juzgado 21 Penal del Circuito de Cali, que condenó a ANDRÉS FELIPE REYES por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

HECHOS

El 19 de noviembre de 2010, aproximadamente a las 10:45 a.m., personal adscrito a la Policía Nacional que realizaba labores de patrullaje y vigilancia en el sector de la calle 15 con carrera 12 del barrio “El Calvario” de Cali, requirieron para una requisita preventiva a un ciudadano que se identificó como ANDRÉS FELIPE REYES, a quien le encontraron oculta en la pretina del pantalón una bolsa plástica que contenía una sustancia que presentaba características similares a la marihuana.

La sustancia incautada se sometió a prueba de identificación preliminar homologada (PIPH), arrojando resultado positivo para cannabis con peso neto de 151.8 gramos.

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. El 20 de noviembre de 2010, ante el Juzgado 16 Penal Municipal con función de control de garantías de Cali, la fiscalía formuló imputación a ANDRÉS FELIPE REYES por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (artículo 376, inciso 2.º, del Código Penal) -en la modalidad de llevar consigo-, cargo que no aceptó. Se dispuso su libertad, pues no se solicitó la imposición de medida de aseguramiento.

2. Radicado escrito de acusación por dicho punible el 9 de diciembre de 2010, la actuación la asumió el Juzgado 21 Penal del Circuito de Cali, despacho ante el cual se llevaron a cabo las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y el juicio oral, anunciándose al final del mismo el sentido condenatorio del fallo.

3. El 2 de marzo de 2015, se profirió sentencia en contra de ANDRÉS FELIPE REYES, imponiéndosele las penas principales de sesenta y cuatro (64) meses de prisión y multa equivalente a 2.66 salarios mínimos legales mensuales vigentes, además de la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por el término de la sanción principal, al hallársele autor responsable del delito imputado. Se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por lo que se ordenó su captura.

4. Apelada esta providencia por la defensa, fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 5 de mayo de 2015.

5. Tal decisión no fue objeto de recurso extraordinario de casación, por lo que adquirió firmeza el 12 de mayo del mismo año.¹

LA DEMANDA DE REVISIÓN

El Procurador 73 Judicial II Penal de Cali presentó la acción de revisión, invocando la causal 7ª del artículo 192 de la Ley 906 de 2004.

Aduce que las sentencias objeto de la acción rescisoria, se apoyaron en el precedente de la Sala de Casación Penal que imperaba para ese entonces en relación con artículo 376 del Estatuto Punitivo, el cual se plasmó en la sentencia del 3 de septiembre de 2014 (radicado 33409), donde se condensó el desarrollo de la jurisprudencia frente a la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y el concepto de dosis personal.

En ella se hizo énfasis en dos posturas hermenéuticas: i) «interpretación de textos legales, sin tomar en consideración argumentos de carácter constitucional», pues antes de la emisión de la sentencia C-221 de 1994 de la Corte Constitucional, el estudio al respecto únicamente pretendía hacer coherente la ley penal con la regulación existente frente a la materia, y ii) «la tesis de la ausencia de antijuridicidad material de la conducta», en cuanto

a casos en los que el porte de estupefaciente en cantidades apenas superiores a la dosis personal, no se acompasaba con afectación alguna al bien jurídico de la salud pública.

En dicha providencia, la Corte retomó las sentencias del 18 de febrero de 2003 (radicado 16262) y del 8 de agosto de 2005 (radicado 18609), en cuanto a la antijuridicidad material de la acción de quien, siendo consumidor, lleva consigo una cantidad de sustancia alucinógena ligeramente superior a la dosis personal, reiterando tal línea de interpretación en los fallos del 23 de agosto de 2006 (radicado 23745) y 18 de noviembre de 2008 (radicado 29183).

Sostiene el accionante que conforme a estos precedentes, cuando se emitió la condena en contra de ANDRÉS FELIPE REYES, desvirtuar la configuración del injusto tratándose del porte de cantidades que excedieran la dosis mínima autorizada por la Ley 30 de 1986, imponía al procesado la carga de acreditar su condición de adicto y, además, que lo que llevaba consigo era para su consumo personal.

Sin embargo, a partir del fallo de 12 de noviembre de 2014 (radicado 42617), la Sala Penal de la Corte empezó a abordar el estudio de la dosis personal en cantidades ostensiblemente superiores a la definida en la ley, desde una óptica distinta, admitiendo que la presunción de antijuridicidad de dicha conducta no es de derecho, sino legal, pues admite prueba en contrario, dependiendo de las condiciones de quien evidencie ser consumidor.

De ahí que en decisión proferida el 9 de marzo de 2016 (radicado 41760), haya establecido que el adicto no es un delincuente sino un enfermo, razón por la cual no puede ser objeto de persecución penal. Aserto ratificado en las sentencias del 6 de abril de 2016 (radicado 43512), 15 de marzo de 2017 (radicado 43725), 11 de julio de esa anualidad (radicado 44997), 28 de febrero de 2018 (radicado 50512) y 14 de marzo siguiente (radicado 46848).

Finalmente, en sentencias del 13 de noviembre de 2019 (radicado 51556) y 20 del mismo mes (radicado 54041), afianzó esta tesis.

Es claro, entonces, que el criterio actual de la jurisprudencia resulta más benéfico para la situación del condenado. Se verifica así la causal alegada, ya que de aplicarse la postura vigente a los hechos por los que fue sancionado ANDRÉS FELIPE REYES, tendría que declararse la atipicidad de la conducta que le fue endilgada.

Esto, porque el porte de 151.8 gramos de marihuana no implica per se su utilización para el tráfico, sin que la fiscalía en este caso lograse desvirtuar que su propósito era distinto al de consumo o aprovisionamiento para tal fin. A lo que se suma que, de conformidad con la posición jurisprudencial vigente, no es necesario que la defensa acredite la condición de consumidor del procesado para dictar absolución.

A partir de estos argumentos, solicita i): «DECLARAR FUNDADA la causal de revisión

invocada», ii) «DEJAR SIN VALOR la sentencia [...] al no haberse acreditado por el ente acusador una finalidad de tráfico o distribución del estupefaciente incautado, teniendo en cuenta el criterio contenido en las sentencias de casación que se ha aludido con la presente demanda» y iii) «ordenar la libertad inmediata del condenado».

Con el libelo aportó copia de las sentencias de primera y segunda instancia, junto con su respectiva constancia de ejecutoria.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

La Sala de Casación Penal es competente para conocer de la presente acción de revisión, de acuerdo con lo establecido en el artículo 32, numeral 2°, de la Ley 906 de 2004.

2. Cambio de jurisprudencia con efectos favorables

El accionante ampara su reclamo en la causal 7ª del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, que posibilita acudir en revisión cuando la Sala de Casación Penal varía de manera favorable el criterio jurídico que sirvió de fundamento para definir la responsabilidad penal o la punibilidad en la sentencia condenatoria.

Frente a este motivo de rescisión de la cosa juzgada, la Corte ha dicho de manera pacífica que es deber del accionante:

- (i) identificar el criterio jurídico aplicado en la sentencia cuya revisión se solicita,
- (ii) indicar el contenido y alcance de la nueva postura de la Sala, al igual que la providencia que la contiene, y
- (iii) demostrar que se cumplen los presupuestos requeridos para aplicar la nueva doctrina al caso juzgado (CSJ AP, 11 de diciembre de 2013, Rad. 42.041).

3. Caso concreto

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, se observa que la acción de revisión incoada cumple con los requisitos formales de admisibilidad. No obstante, tal diagnóstico no se

replica en lo que tiene que ver con sus presupuestos sustanciales.

Al respecto, se avizora que este evento no se invirtió la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal para trasladársela a la defensa, como lo sostiene el accionante. Lo que ocurrió, fue que esta presentó una teoría del caso que no fue acogida por los juzgadores de instancia, consistente en que su prohijado era consumidor de marihuana.

Esta premisa fáctica fue objeto de prueba a través de un médico psiquiatra presentado por la defensa. Sin embargo, con este profesional de la salud se demostró únicamente que ANDRÉS FELIPE REYES se sometió a tratamiento por consumo de heroína en época distinta a la de comisión de los hechos materia de investigación y juzgamiento.

En ese orden, la situación de dependencia y de adicción como circunstancia que incidía ya bien fuera en la antijuridicidad de la conducta o en su tipicidad, a tono con el trasegar jurisprudencial al que hace mención la demanda, fue debatida al interior de la correspondiente actuación.

3.2. De otro lado, el planteamiento del ministerio público, en cuanto a que la jurisprudencia respecto de la tipicidad del injusto en comento, ha incluido la demostración por parte de la fiscalía de un móvil de tráfico o comercialización cuando se porten cantidades superiores a la denominada dosis personal, fue materia de postulación por parte de la defensa en la

sustentación de la apelación y así lo plasmó el tribunal en su providencia, al sintetizar los argumentos de inconformidad expuestos por el recurrente:

«[...] El juez sopesó y priorizó el fenómeno de la prescripción de la acción penal sobre el derecho de defensa que le asiste a su representado, yendo más allá al concluir que ante la falta de prueba de la adicción a la marihuana, el acusado portaba lo incautado con fines distintos al consumo. Postura que contraviene la jurisprudencia que ha establecido que la no comprobación de la comercialización de la sustancia, da a entender que se porta para su consumo».2

Por consiguiente, la tesis cuya aplicación favorable se pide para este asunto, hizo parte de la controversia que finiquitó con la decisión del ad quem y en concordancia con la orientación que la Corte le ha dado a la materia, se dilucidó que el consumidor de estupefacientes no puede ser objeto de persecución penal sino de protección a través de tratamientos terapéuticos, con miras a su rehabilitación física, mental y social.

Señaló el tribunal, a tono con esa directriz que, pese a esa situación de adicción, de llegar a portar un ciudadano dosis superiores a la establecida legalmente como de consumo personal, la cantidad no puede ser ilimitada y que esta se encuentra condicionada a las circunstancias predicables para cada individuo, lo que en este caso no pudo establecerse.

Tal premisa no se ofrece caprichosa, sino que por demás hace parte del análisis de la Corte

consignado en las decisiones contentivas del criterio jurisprudencial favorable, cuya aplicación se invoca:

«Entonces, la atipicidad de la conducta para los consumidores o adictos dependerá de la finalidad cierta (no supuesta o fingida) de su consumo personal, lo que puede desvirtuarse en cada caso según las circunstancias modales, temporales o espaciales, como cuando la cantidad supera exageradamente la requerida por el consumidor, adicto o enfermo, o la intención es sacarla o introducirla al país, transportarla, llevarla consigo, almacenarla, conservarla, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla, financiarla, suministrarla o portarla con ánimo diverso al consumo personal». (CSJ SP 2940-2016, Rad. 41760)

«No quiere decir lo anterior, que el peso de la sustancia portada deba menospreciarse ante su falta de idoneidad para determinar la tipicidad de la conducta punible, pues hace parte de la información objetiva recogida en el proceso y por tanto, junto con otros elementos materiales allegados en el juicio permitirán la inferencia razonable del propósito que alentaba al portador». (CSJ SP 025-2019, Rad. 51204)

En estas condiciones, el planteamiento esbozado en la acción de revisión supondría retornar a un debate probatorio sobre la finalidad del porte de la marihuana, controversia que culminó en las instancias ordinarias del proceso. Se estaría ante una reapertura discursiva ajena a la naturaleza del instituto y esa discusión la propuso ya la defensa, sin éxito.

3.3. En suma, la demostración de la causal de revisión alegada supone evidenciar que el fundamento jurídico de la decisión cuya remoción se persigue comporta una clara injusticia, y que la nueva doctrina tiene incidencia para la solución de casos similares al que se resolvió, como expresión del principio de igualdad ante la ley (CSJ AP 1628-2014, CSJ AP 3431-2014).

Por ende, retrotraer la discusión a cuál era la verdadera intención de ANDRÉS FELIPE REYES cuando portaba 151.8 gramos de marihuana en vía pública escapa al ámbito de la causal invocada, pues no es la revisión una instancia residual para polemizar sobre lo resuelto en el proceso.

Esa hipótesis fue planteada en la actuación y resuelta en debida forma, sin que se hubiesen agotado en ese escenario los mecanismos procesales para verificar si existían yerros en la postura adoptada al respecto, como lo sería, en su momento, el recurso extraordinario de casación.

Ante esa disyuntiva valorativa, entonces, prevalece la declaratoria de responsabilidad penal efectuada por los sentenciadores, a la cual cobija el efecto de cosa juzgada.

4. Decisión

Como el libelo examinado no cumple las exigencias de orden sustancial requeridas por el ordenamiento legal para su admisión a trámite, la Sala inadmitirá la acción de revisión invocada, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 195 de la Ley 906 de 2004.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE

INADMITIR la demanda de revisión presentada por el Procurador 73 Judicial II Penal de Cali a favor de ANDRÉS FELIPE REYES.

Contra esta decisión procede el recurso de reposición

Notifíquese y cúmplase

GERSON CHAVERRA CASTRO

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1Constancia de ejecutoria emitida por la Secretaría del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, folio 9 cuaderno principal.

2 Cfr. Folio 9 sentencia segunda instancia / Fl. 25 cuaderno Corte, resaltado de la Sala.