

Auto interlocutorio segunda instancia

Acusada: Lina María Villada

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Radicado: 05001 60 00206 2017 34819

(0082-19)



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, lunes, veintisiete de mayo de dos mil diecinueve

Aprobado mediante acta número 0050 del veinte de mayo de dos mil diecinueve

Magistrado Ponente
Ricardo De La Pava Marulanda

Por apelación interpuesta y sustentada por la Defensa, conoce en segunda instancia esta Corporación el auto proferido dentro de la audiencia celebrada el 18 de marzo de 2019 por el Juez Veinte Penal del Circuito de Medellín, mediante el cual decretó la nulidad de lo actuado a partir de la presentación de la teoría del caso, inclusive, al estimar violado el principio de legalidad.

1. ANTECEDENTES

Los hechos que originaron este proceso fueron narrados así en el escrito de acusación:

"El día 04 de julio de 2017, siendo las 12:45 horas, se encontraban los policiales realizando labores de patrullaje por la carrera 56 con calle 54, sitio de expendio de estupefacientes, donde observan una femenina de contextura gruesa, blusa rosada, jeans azul, y correa anaranjada, la cual al notar la presencia policial asume una actitud nerviosa, mirando hacía varios lugares caminando a paso rápido hacia la entrada de un hospedaje, la cual les llama la atención y proceden a interceptarla, por lo cual ella arroja de su mano derecha un cartucho negro aproximadamente a 1 metro de su cuerpo, al verificar dicho cartucho de color negro se haya en su interior cuarenta bolsitas herméticas con una carita feliz, la cual en su interior contiene una sustancia pulverulenta que por sus características es similar a la base de coca. Motivo por el cual se procede a la captura dada la situación de flagrancia que se presentaba y le informan sus derechos, además es identificada como LINA MARÍA VILLADA, el retenido y la sustancia incautada fueron dejados a disposición de la autoridad competente dentro del término legal.

Sobre los elementos incautados se practicó por los técnicos prueba preliminar de campo que arrojó como resultado una identificación positiva para COCAINA y sus derivados en cantidad de 21.7 gramos netos"

En diligencias preliminares realizadas el 05 de julio de 2017 ante la Juez Séptima Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín, luego de declararse la legalidad

del procedimiento de captura, la Fiscal 93 Seccional le formuló imputación a la señora LINA MARÍA VILLADA por la autoría del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad "llevar consigo", cargo que no fue aceptado por la imputada. En la misma diligencia la Fiscalía declinó de la solicitud de medida de aseguramiento preventiva, por lo que la implicada fue dejada en libertad.

El 24 de agosto siguiente la Fiscal 190 Seccional radicó escrito de acusación y la formulación oral se realizó el 12 de junio de 2018 ante el Juzgado Veinte Penal del Circuito de Medellín. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 12 de febrero de 2019 y el 18 de marzo pasado se desarrolló el juicio oral en el que tanto la Fiscalía como la defensa presentaron sus teorías del caso, introdujeron los elementos en los cuales se soportan las estipulaciones realizadas, se hicieron los alegatos conclusivos en los que ambas partes deprecaron se emitiera fallo de carácter absolutorio y el titular del Juzgado Veinte Penal del Circuito de Medellín decretó la nulidad de lo actuado a partir de la presentación de los alegatos de apertura, inclusive, decisión que motivó la inconformidad de la defensa quien acudió en apelación y en virtud de la cual conoce en segunda instancia esta Colegiatura.

2. LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Argumentó el a quo que la Fiscalía está incurriendo en una flagrante contradicción porque en la presentación de la teoría del caso afirmó que la posesión de 21.7 gramos de cocaína por parte de la procesada VILLADA no la

exonera de responsabilidad, para luego, sin realizar ninguna adición a las pruebas presentadas, es decir, con el mismo bagaje con el que afrontó un juicio, en los alegatos de conclusión hace una mudanza inexplicable a su postura y solicita la absolución.

Anota que lo único que anunció la delegada Fiscal fue una nueva estipulación referida a la calidad de marginal de la acusada, figura que está implementada como una categoría modificadora de la punibilidad –degradando el juicio de reproche– pero que no exonera *per se* de responsabilidad, por lo que “*no se le puede hacer conejo a la ley*” y el juicio oral debe ser un espacio donde haya una dialéctica auténtica entre las dos partes destacando el deber que tiene la Fiscalía, conforme al artículo 250 de la constitución política, de perseguir la criminalidad y a quienes incurren en conductas punibles en aras de buscar las sanciones penales correspondientes.

Informa que no puede aceptar una solicitud absolutoria sin importar la cantidad de droga que se lleve consigo a pesar de que la persona diga que es consumidora de estupefacientes, pues tal y como lo adujo el mismo defensor, incluso el porte de menos de un gramo de cocaína puede ser delito si es con fines distintos al autoconsumo. Por eso, manifiesta el fallador, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 2016 con ponencia del magistrado FERNÁNDEZ CARLIER, aclaró que debe valorarse en cada caso en particular las circunstancias fácticas y que una de ellas es la cantidad, pues no puede darse por sentada la exoneración penal frente a cualquier gramaje que traiga un persona por el solo hecho de que se anuncie como consumidor.

Reconoce que la jurisprudencia sí ha planteado un plus frente a un ánimo especial que contemple que la finalidad del porte es distinta al autoconsumo, pero también resalta el hecho de que si la señora LINA MARÍA VILLADA está reclamando que ella es consumidora y que el porte estaba exclusivamente referido al autoconsumo –sin que se ofrecieran bases razonables para deducirse ello-, ¿por qué llevar 40 bolsas para satisfacer sus propias adiciones?, circunstancia que realmente no excluye la posibilidad de que esa droga estuviese destinada a la distribución afectando derechos ajenos tan importantes como la salud pública.

Requirió a la representante de la Fiscalía respecto a la coherencia con la que debe obrar, porque si no es producto de unas atestaciones o de una práctica probatoria que enriquezca el alegato inicial por ella ofrecido no puede luego deprecar una absolución contrariándose de manera flagrante, razón por la cual consideró darle tiempo a la delegada del ente acusador para que analice bien la situación y en otra oportunidad exhiba una pretensión acorde con los deberes contenidos en el artículo 250 de la carta política.

Así entonces el Juez Veinte Penal del Circuito de Medellín, conforme con los artículos 455 y 457 del código procesal penal y a las disposiciones relativas al principio de legalidad, anuló la actuación desde la presentación de la teoría del caso por parte de la Fiscalía toda vez que en ese acto procesal había anunciado que venía con qué demostrar la comisión por parte de la acusada de una conducta típica, antijurídica y con culpabilidad, y luego incurrió en un yerro, en una incoherencia, porque las pruebas que se aportaron son las mismas que tenía y con las cuales presentó el

alegato de apertura y luego se decantó por una absolución de manera inapropiada y no razonada, independiente de que haya una jurisprudencia bastante flexible frente al tema de los consumidores.

3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO

El señor defensor advirtió que debe tenerse en cuenta que la actual delegada Fiscal llegó al proceso en la audiencia preparatoria, momento para el cual a la Fiscalía ya se le había vencido la oportunidad procesal para evacuar nuevas pruebas y por ende su primera actuación fue hacer valer las declaraciones de los policías, siendo éstas las únicas pruebas que en la audiencia de acusación había descubierto quien actuaba en representación del ente acusador, testigos que, dicho sea de paso, no podían decir más allá de lo que a ellos les constaba que es exactamente lo que se ha decantado en este juicio oral, por lo que no existe prueba diferente con base en la cual se pudiera pedir una sentencia condenatoria.

Afirma que está probado, con las estipulaciones realizadas, que su prohijada es consumidora y no hay medio de conocimiento que demuestre que ella llevaba ese estupefaciente para un fin diferente a su propio consumo, razón por la cual la Fiscal estaba obligada a presentar una teoría del caso con los pocos elementos materiales que tenía, por lo que no se le puede atribuir una carga adicional a una funcionaria que comenzó a actuar en sede de la audiencia preparatoria. Resalta que en el informe de policía en casos de captura en flagrancia, no se adujo

que cerca al lugar de los hechos quedaran instituciones educativas, batallones u hospitales, ningún sitio en el cual la conducta punible endilgada a su poderdante pudiera salirse de su propio entorno.

Manifiesta que la delegada de la Fiscalía actuó de conformidad con sus obligaciones legales, pues en sus alegatos de apertura cumplió con lo que se le exige al ente acusador y es solicitar sentencia condenatoria, pues en un principio no podía ser otra la solicitud, pero que al incorporar los elementos materiales probatorios dentro de la audiencia, en forma lógica y coherente, y al no contar con una prueba diferente que pudiera hacer valer en ese momento, la funcionaria no tuvo otra opción que deprecar la absolución al no haber podido demostrar que el porte del alcaloide era para un fin diferente al del propio consumo.

En consecuencia, considera el no recurrente que no se puede decretar una nulidad porque la señora Fiscal hizo lo que en ecuanimidad tenía que hacer, pues la experiencia ha demostrado que no deviene procedente solicitar la absolución en la presentación de la teoría del caso sin haberse agotado el debate probatorio, por lo que, en ese orden de ideas, la audiencia se ejecutó con todo el respeto y bajo la ritualidad que exige la ley teniendo en cuenta que existen unos pasos obligatorios que se tienen que cumplir para poder pedir condena o absolución.

Señala que la representante del ente acusador no estaba obligada a pedir condena ya que en ninguna norma está establecido que si en la teoría del caso se solicita la declaratoria de responsabilidad penal entonces en los alegatos de conclusión también se tiene de pedir una sentencia condenatoria, y ello es así

porque si después de evacuarse el juicio oral no se logra derruir la presunción de inocencia del procesado, consecuente resulta variar la pretensión inicial

Remata advirtiendo que en el sub judice, como era obligación de la Fiscalía probar el fin diferente del porte del estupefaciente al del propio consumo y ello no se pudo establecer, entonces era completamente viable varias su postura y solicitar en los alegatos de conclusión la absolucíon de la procesada, razón por la cual rogó que se revoque la decisión impugnada y en consecuencia se tome la decisión de fondo que corresponde conforme fue impetrada por la delegada Fiscal y coadyuvada por la defensa.

3. CONSIDERACIONES

De conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente este Tribunal para examinar, por vía de apelación, la providencia proferida por el Juez Veinte Penal del Circuito de Medellín mediante la cual decretó la nulidad de lo actuado desde la presentación de la teoría del caso, inclusive.

Es así como en este evento se procederá a estudiar la intervención realizada por la delegada de la Fiscalía dentro del presente proceso con el fin de determinar si con su actuar se produjo una irregularidad sustancial insalvable respecto al derecho de legalidad u otra garantía fundamental que amerite mantener la invalidez de la actuación proferida por el a quo.

Sobre el tema objeto de controversia, la Corte Suprema de Justicia ha dicho en reiteradas ocasiones que:

*"Conforme a lo anterior, la interpretación del artículo 448 del C.P.P./2004 permite entender: (i) **que agotado el debate probatorio, la Fiscalía puede, al igual que los demás intervinientes, elevar solicitud de absolución o de condena.** Si opta por la última, es claro que podrá proponer una calificación jurídica distinta a la contenida en la acusación, ajustándose a las condiciones ya reseñadas; y (ii) que el juez de conocimiento oficiosamente puede desvincularse de la calificación típica realizada por la Fiscalía, atendiendo los mismos requisitos. Adicionalmente, como se mostró en el apartado inicial de estas consideraciones, la Sala también ha establecido, en la mayoría de ocasiones, que una consecuencia necesaria del principio de congruencia es que la petición de absolución de la Fiscalía inexorablemente debe conducir a una sentencia en igual sentido.*

...

Se varía, entonces, la jurisprudencia anterior para que, en adelante, se entienda que la petición de absolución elevada por la Fiscalía durante las alegaciones finales es un acto de postulación que, al igual que la planteada por la defensa y demás intervinientes, puede ser acogida o desechada por el juez de conocimiento, quien decidirá exclusivamente con fundamento en la valoración de las pruebas aducidas en el juicio oral¹ (Negrilla y subrayas fuera del texto original).

Y respecto a la específica trascendencia del alegato de conclusión por parte del delegado de la Fiscalía se aclaró:

¹ Corte Suprema de Justicia, SP16808-2016, radicación N° 43837 del 25 de mayo de 2016.

"A la par de la importancia de establecer la postura del ente acusador frente a la valoración de las pruebas y la tipificación circunstanciada de la conducta punible, en orden a que la defensa pueda, si a bien lo tiene, presentar el respectivo contraargumento, el alegato de la Fiscalía constituye un insumo determinante para que el juez establezca el sentido de la decisión.

Lo anterior por cuanto, por mandato constitucional y legal, a la Fiscalía le corresponde: (i) establecer la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes (Arts. 288, 337, y 371), (ii) diseñar y ejecutar el programa metodológico orientado a la verificación de la misma (Art. 207); (iii) elegir las pruebas que utilizará para su demostración (Arts. 344 y 357); (iv) participar en la práctica de las pruebas orientadas a demostrar su teoría del caso; y (v) luego del debate probatorio, explicar si su teoría logró demostrarse o no más allá de duda razonable, de lo que depende la solicitud de condena o absolución (Art. 443).

*Por las anteriores razones, el alegato de la Fiscalía, en los términos del artículo 443 en cita, es trascendente para: (i) proteger los derechos de la víctima y, en general, el interés legítimo de la sociedad en que el delito sea esclarecido y sus responsables sancionados, porque, según se indicó en precedencia, ningún otro interviniente se encuentra en mejor posición para explicar por qué la teoría del caso incluida en la acusación fue debidamente sustentada; (ii) evitar la imposición de sanciones penales cuando no se reúnan los requisitos para ello, pues **aunque su solicitud de absolución no es vinculante para el juez, el fiscal se encuentra en posición privilegiada para hacer notar las falencias en la demostración de su propia teoría;** y (iii) desarrollar el modelo epistémico inherente al sistema acusatorio, estructurado sobre la idea de que la teoría del ente acusador sea sometida a prueba por los demás intervinientes, en orden a que el Juez cuente con suficientes elementos de juicio para tomar una decisión tan*

trascendente como lo es la procedencia o no de la sanción penal.”²

(Subrayas fuera del texto original).

En este evento tenemos que el motivo por el cual el Juez Veinte Penal del Circuito de Medellín estima vulnerado el derecho de legalidad es, en su criterio, la incursión en un yerro y en una incoherencia por parte de la delegada de la Fiscalía porque pese a que las pruebas que se aportaron en el juicio oral fueron las mismas que tenía cuando presentó el alegato de apertura, luego se decantó por una absolución en los alegatos de conclusión de manera inapropiada y no razonada, independiente de que haya una jurisprudencia bastante flexible frente al tema del porte de estupefacientes por parte de quienes se anuncian como consumidores.

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia citada en acápites anteriores, el alegato conclusivo de la Fiscalía en el sistema penal acusatorio cobra especial relevancia por cuanto allí es donde se exponen los argumentos relativos al análisis de la prueba y sus consecuencias, además de las otras circunstancias consagradas en el artículo 443 del código de procedimiento penal, ejercicio en el cual puede el representante del ente acusador legalmente concluir que no hay mérito para condenar al procesado por los cargos que le fueron endilgados.

Bajo este contexto, tenemos que con la actuación desplegada por la delegada de la Fiscalía, en la audiencia de juicio

² Corte Suprema de Justicia, SP1003-2017, radicación N° 45464 del 1° de febrero de 2017. Aclaración de voto de la Magistrada PATRICIA SALAZAR CUELLAR.

oral celebrada el 18 de marzo de 2019, no se afectó el principio de legalidad ni ninguna otra garantía fundamental por cuanto su solicitud de absolución es completamente viable, como viene de verse.

No debe olvidarse que la titularidad de la acción penal es exclusiva de la Fiscalía General de Nación, y aunque el principio de legalidad implica que el ejercicio de la misma es un deber constitucional del órgano acusador y no una facultad discrecional, también es cierto que bajo el imperio de dicho principio los delegados Fiscales tienen limitadas las posibilidades de disponer autónomamente de la acción penal por cuanto su potestad se encuentra restringida en la simple posibilidad de realizar postulaciones o solicitudes sujetas siempre a la decisión del juez, ya sea de conocimiento o con funciones de control de garantías, según sea el caso, sin que lo deprecado por el representante del órgano persecutor en casos como el que es objeto de estudio obligue al fallador.

De lo expuesto en precedencia concluye esta Corporación que no se puede afirmar que la delegada de la Fiscalía haya incurrido en una flagrante contradicción, yerro o incoherencia al haber deprecado una sentencia absolutoria luego de haberse evacuado la etapa probatoria que se llevó a cabo a través de las estipulaciones realizadas, pues dentro de los cánones legales y constitucionales a los que se encuentra sometida en razón de su función no está obligada a mantener una solicitud de condena cuando dentro de su leal saber y entender ha concluido que no pudo demostrar la teoría del caso presentada inicialmente.

Como viene de verse, el ejercicio del deber constitucional de ejecutar la acción penal los delegados de la Fiscalía General de la Nación están facultados para realizar solicitudes ante la judicatura, razón por la cual en este evento no deviene pertinente la declaratoria de nulidad para que la representante del ente acusador presente una teoría del caso de la manera como el Juez Veinte Penal del Circuito de Medellín estime correcta o adecuada, pues, como es ampliamente conocido, la titularidad de la función acusadora radica de manera exclusiva en la Fiscalía sin que le sea dable al juez interferir en la forma como autónomamente ese órgano cumpla con las funciones que le fueron asignadas a través del artículo 250 de la constitución policita de Colombia.

Por lo anterior, no observa la Sala la trasgresión de garantías fundamentales alegada por el a quo para decretar la nulidad parcial de la actuación y para requerir a la delegada de la Fiscalía para que presente una teoría del caso nueva, pues las observaciones que tenga frente a lo que las partes demostraron dentro del juicio oral, así como la pertinencia o procedencia de las postulaciones realizadas en los alegatos de conclusión, deben ser plasmadas en la decisión de fondo que ponga fin al trámite penal que le fue puesto en su conocimiento.

En conclusión, la glosa que advirtió la judicatura de primera instancia en la audiencia convocada para la evacuación del juicio oral y que finalizó con la nulidad de la actuación a partir de la presentación de la teoría del caso, inclusive, no resulta de recibo en atención a que, como ya quedó demostrado, la labor acusatoria ejercida en este caso resulta acorde con los

lineamientos legales y constitucionales que rigen a la Fiscalía General de la Nación.

Entonces, como la decisión impugnada se basa en una transgresión de garantías fundamentales que no se presenta en este evento en razón a que la labor de la delegada de la Fiscalía está acorde con los deberes constitucionales que rigen la actuación del ente acusador dentro del sistema penal acusatorio actual, la Sala revocará la decisión de primera instancia y dispondrá en su lugar que se dé continuidad al trámite ordinario de la actuación -consagrado en la Ley 906 de 2004-, para lo cual deberá anunciar el sentido del fallo que en derecho corresponda y emitir la correspondiente sentencia.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la providencia de naturaleza y origen conocidos y en su lugar **DISPONER** que el Juez Veinte Penal del Circuito de Medellín le dé continuidad al trámite ordinario de la actuación -consagrado en la Ley 906 de 2004-, anunciando el sentido del fallo que en derecho corresponda para luego proferir la correspondiente sentencia.

SEGUNDO: Contra esta decisión no proceden recursos.

Auto interlocutorio segunda instancia
Acusada: Lina María Villada
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Radicado: 05001 60 00206 2017 34819
(0082-19)

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ

Magistrado

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado