

NARCOTRAFICO- Incautar

Tesis:

Trátase en consecuencia , de que en la sistemática de la ley, el “incautar” no es nada menos que una típica imprecisión legislativa, que no obvia el encuentro de su real sentido, el cual no es otro que el de especificar un incremento de la pena cuando la droga objeto del delito exceda las cantidades previstas en el artículo 38.3 del Estatuto Nacional de Estupefacientes.”

PROCESO : 9582

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente DR:

JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

Aprobado Acta No.135

Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de septiembre de mil novecientos noventa y seis (1996).

V I S T O S:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del acusado JAIRO CORREA ALZATE, en contra de la sentencia del Tribunal Nacional del 15 de febrero de 1994 en la cual confirma con reducción de la pena la condena que un Juzgado Regional de Santafé de Bogotá le había impuesto como respon-

sable del delito descrito en el artículo 33 de la Ley 30 de 1.986 agravado por el artículo 38.3, luego de absolverlo por el delito de concierto para delinquir.

H E C H O S Y A C T U A C I O N P R O C E S A L:

1o.- Obrando ante una solicitud de extradición del gobierno de los Estados Unidos por presunta vinculación en actividades de narcotráfico, el Ministerio de Justicia formalizó el 10 de abril de 1990 la orden de captura que para esos fines se imponía en contra del nacional colombiano señor JAIRO CORREA ALZATE, la cual se hizo efectiva cuando éste de manera voluntaria se presentó ante las autoridades de la población de La Dorada para aclarar su situación.

Por reunirse los requisitos de ley, se dispuso la detención provisional del inculcado y mediante la Resolución 300 de noviembre 9 de 1990 emanada de la Presidencia de la República se autorizó la extradición, con el fin de proveer su entrega al país solicitante por el cargo II del Indictmens No. 89-29 (SR)-CR.-J-16 de enero 26 de 1990 proferido por la Corte del Distrito Medio de la Florida. Sin embargo, mediante resolución 1042 del 8 de julio de 1991 e invocando el Decreto 1676 de ese año, el Ministerio de Justicia revocó la anterior determinación, dejando al implicado a disposición de los jueces de orden público.

2.- La investigación le correspondió al Juzgado 95 de Orden Público que el 22 de agosto de 1991 ordenó la apertura del sumario, solicitó a las autoridades de los Estados Unidos de Norteamérica el envío en copia de la causa penal 89-29-Cr-J-16 y una vez oyó en diligencia de indagatoria al imputado, el 4 de septiembre de 1991 profirió en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva y decreto de embargo y secuestro sobre los bienes que el implicado adujo suyos en la diligencia de indagatoria.

Clausurada la etapa de instrucción, el 23 de julio de 1992 el Fiscal General de la Nación llamó a responder en juicio al procesado como infractor de los artículos 33 y 44 de la Ley 30 de 1986, en concurso material y homogéneo, conductas agravadas por el artículo 38 ibídem.

En firme esta decisión y radicado el asunto ante los Juzgados Regionales, dentro de la apertura del juicio a pruebas se ordenó la práctica de múltiples medios, entre ellos el recibo en el exterior de los testimonios de Ernest Mueller, Fiscal Asistente del Distrito de la Florida, Angelo Bedami, Jerry Allen Lequiere, William E. Cox, Alfredo López, Joel Rosenthal, la agente de la DEA Sheila Smith y otros, pero por falta de colaboración oportuna apenas se logró recepcionar la versión de la agente Smith, aunque también la declaración del investigador privado Alfred López, y del abogado Joel N. Rosenthal quien explicó sobre la validez del indictmen, lográndose el traslado de la indagatoria rendida por Ubaldo Molina Aguilar en otro proceso, así como la declaración de Jorge Rodríguez Arango.

Previas alegaciones de las partes, el 4 de noviembre siguiente produjo el Juzgado el fallo de primer grado, absolviendo al acusado por el delito de concierto para delinquir, y condenándole por el delito unitario y agravado de violación a la Ley 30 de 1986 a once años de prisión, y el pago de 80 salarios mínimos mensuales de multa, fallo que subió por apelación y consulta al Tribunal Nacional, donde el 15 de febrero de 1994 se confirmó la condena morigerando a petición del Ministerio Público la pena de prisión a nueve años y once meses, aspecto sobre el cual se dio un salvamento parcial de voto por la exclusión de unos agravantes, y absteniéndose de revisar la absolución por el delito de concierto, sentencia que a iniciativa exclusiva de la defensa se somete al recurso extraordinario de casación.

L A D E M A N D A:

Invocando las causales tercera y primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal el recurrente formula en contra de la sentencia de segundo grado cinco cargos, aduciendo en su orden la nulidad de la actuación; la aplicación indebida de los artículos 33 y 38.3 de la Ley 30 de 1.986; una violación indirecta que conllevó a la falta de aplicación de los artículos 78 y 79 de la ley 30 de 1986; un error de derecho por interpretación errónea del artículo 38.3 de la Ley 30 de 1986, y error manifiesto de hecho por falta de aplicación del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal y aplicación indebida de los artículos 33 y 38.3 de la Ley 30 de 1986.

El primer cargo se hace consistir al mismo tiempo en la violación del debido proceso y del principio de favorabilidad, en razón a que ni en los Estados Unidos ni en Colombia le fue incautada a JAIRO CORREA sustancia prohibida, y pese a ello se le acusó y condenó por el transporte de cantidades superiores a los cuatrocientos kilos de cocaína.

No se cumplió lo preceptuado en los artículos 78 y 79 de la ley 30 de 1986 respecto del análisis de la droga incautada, de modo que al faltar ese requisito no podía el sentenciador establecer el cuerpo del delito. Para fundamentar la pretensión evoca una decisión de la Corte en que se casó un fallo por pretermisión de esa formalidad, y el salvamento de voto de los Magistrados doctores Alfonso Reyes Echandía y Fabio Calderón Botero a la sentencia del 6 de mayo de 1980 relacionada con la necesidad del concepto pericial que determine “la identidad, calidad, peso o cantidad de la sustancia” decomisada.

Agrega que el Juzgador pretendió despejar las dudas sobre este aspecto con el testimonio de Jorge Rodríguez Arango, sin atender que se trataba de un personaje inexistente o fantasma, que aparece declarando en contra de JAIRO CORREA ALZATE para implicarlo en el tráfico de cocaína, cuyo conocimiento tanto

del hecho como de la droga dijo obtener durante el tiempo en el cual estuvo al servicio del implicado.

De admitir probado el cargo , espera que la Corte declare la nulidad de todo lo actuado en el proceso.

Los argumentos señalados en el cargo anterior son reiterados para fundamentar el segundo reproche propuesto por la vía directa con asidero en la aplicación indebida de los artículos 33 y 38.3 de la Ley 30 de 1986, considerando que en el raciocinio del sentenciador se presenta una contradicción, pues de una parte fundamenta la responsabilidad del implicado en los testimonios de quienes afirmaron saber de la droga y conocer al acusado como traficante en cocaína, pero al mismo tiempo reconoce que a CORREA jamás se le incautó un solo gramo de dicha sustancia, lo que en nada obsta para que de manera ligera el sentenciador aplique indebidamente las disposiciones en comento llegando al fallo de condena.

El tercer cargo se hace consistir en la violación indirecta - por falta de aplicación- de los artículos 78 y 79 de la Ley 30 de 1986, en concordancia con los artículos 80, 81, 82 y 83 ibídem, y la aplicación indebida de los artículos 33 y 38.3 del Estatuto de Estupefacientes por la vía del error de derecho en la apreciación de la prueba, ya que no se aplicó el procedimiento para la identificación, cantidad y peso de las sustancias decomisadas, la diligencia de inspección judicial, ni la remisión de una porción de la sustancia a Medicina Legal para efectos de la nueva peritación.

La falta de estos requisitos fue suplida por el fallador sobrevalorando los testimonios de Jorge Rodríguez Arango y Guillermo Alfonso Gómez Hincapié, fundamentando así la existencia del cuerpo del delito y la naturaleza y

peso de la droga, pese a que ésta nunca llegó a incautarse.

Bajo la cuarta censura asevera el casacionista que el sentenciador incurrió en error de derecho por errónea interpretación al afirmar que con las manifestaciones de los testigos tantas veces mencionados había quedado claramente establecido que JAIRO CORREA ALZATE había traficado con cocaína en cantidad superior a los cinco kilos y con ese fundamento se le endilgó la agravante del artículo 38.3 de la Ley 30 de 1986.

Además, al verbo incautar le dió una interpretación extensiva con el fin de acomodarla al dicho de los deponentes, lo que no resulta de recibo, ya que de haber existido la sustancia, todavía se ignora su naturaleza, peso y calidad. A dicha expresión tampoco se le dió el sentido natural y obvio mencionado en el artículo 1o. de la Ley 30 de 1986, lo que aunado a la falta de incautación constituye una equivocación por parte del fallador al aplicar la agravante.

De otra parte discrepa del valor probatorio que el Tribunal le dió a la prueba testimonial e indiciaria, ya que estas no servían para suplir la carencia de confiscación del estupefaciente ni la prueba sobre la naturaleza de la sustancia.

El quinto y último cargo aduce un error de hecho manifiesto por dejar el sentenciador de apreciar la prueba obrante a folios 407 y siguientes del cuaderno original, anexo No. 24. Esta, agrega, junto con el informe del cuerpo técnico, demuestra la imposibilidad de que en la finca “La Suiza” pudiera traficarse con droga, que alguna vez hubiera aterrizado allí una aeronave, o que su defendido fuera el propietario del mencionado inmueble, entrando a contradecir las afirmaciones de los testigos de cargo, considerando que ellas quedan sin ningún valor.

Por haber apreciado esos testimonios el fallador incurrió

en el error predicado, con violación del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal. Sin otra manifestación o petición, el casacionista termina el escrito señalando la dirección en la que puede ser notificado.

C O N C E P T O D E L A P R O C U R A D U R I A:

Al referirse al primer cargo, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera que este aparece presentado de manera inconsistente y confusa, entremezclando el recurrente indistintamente la causal tercera de casación con elementos que le son propios a la causal primera por violación directa e indirecta de la ley sustancial, como cuando menciona que se dejaron de aplicar los artículos 78 y 79 de la Ley 30 de 1986, o el cuestionamiento que hace respecto de la valoración de los testimonios por parte del Tribunal, ataque que corresponde al error de derecho, el cual pretende fundamentar con base en una personalísima apreciación probatoria.

Recuerda que en el presente caso no se incautó droga y que esa situación fue reconocida expresamente por el Tribunal, de modo que el censor incurre en un contra sentido al predicar la inaplicación de las mencionadas disposiciones. La propuesta en sí lo que apunta es a:

“un fenómeno dogmático de adecuación típica y no del incumplimiento de un trámite procedimental, razón por la cual, el demandante reconoce que ‘lo que está en juego es la comprobación específica de la infracción, o sea el cuerpo del delito, el tipo’.

Lo que cuestiona entonces el libelista, es la prueba sobre lo que él denomina ‘cuerpo del delito’, y por descontada la imprecisión del término, que debe entenderse como referida al objeto material del delito, pues utilizada como él lo hace, esto es, como sinónimo de delito o de tipo, estaría englobando en él todos los elementos que lo integran, desde la acción hasta la culpabilidad, o desde otro punto de vista, asimilando lo

material a los elementos subjetivos y normativos del tipo, o si se quiere, con una concepción compleja de tipo penal, entremezclando el tipo objetivo con el subjetivo, es lo cierto que su afirmación constituye clara prueba demostrativa, no solo de la errónea vía escogida si no de la equivocada demostración que de ella se hace al confundir los errores in procedendo con los errores in iudicando, debido a que los grados probatorios, ya en cuanto a su aducción o respecto de su valoración, no se pueden invocar como fallas de juzgamiento, siendo evidente que si la censura pretende dirigirse hacia una falta absoluta de adecuación típica, estaríamos es frente a un error de interpretación del material probatorio o de la norma sustancial objeto de la imputación al caso concreto, no acusables por la causal que ha escogido el censor.

Y como si esto fuera poco, finaliza la censura recurriendo a la duda, la cual afirma existe en el proceso y ‘sinembargo fue resuelta en contra de los intereses del sindicato’, con lo cual incrementa la falta de claridad y precisión que exige la demostración de este extraordinario recurso, ya que en tal evento, y como lo tiene definido la actual jurisprudencia, es lo propio atacar el fallo impugnado por la violación indirecta de la ley, pues ningún reconocimiento en este sentido hizo el Tribunal.”

El ad-quem, continúa, no omitió el procedimiento que menciona el censor para efectos de la identificación de la cocaína, lo que sí sería predicable en caso de que se hubiera efectuado el decomiso. A la demostración del objeto material el juzgador llegó a través de otros medios probatorios diversos de la inspección judicial, los testimonios e indicios, y en esas condiciones como para la demostración del delito nuestra legislación no tiene consagrado un determinado medio de prueba, a las profundas deficiencias técnicas que acusa el libelo se suman razones de fondo que imponen el rechazo de la censura.

Al dar respuesta al segundo cargo precisa que este fué

enunciado por la causal primera por violación directa de la ley sustancial, en relación con el agravante del artículo 38.3 indebidamente aplicado, pero que en la fundamentación lo que el censor cuestiona es que el fallador basándose en la prueba testimonial -la cual descalifica por la falta de incautación de la droga-, hubiera fijado que se trataba de una cantidad superior a los cinco kilos. Siendo así, se pregunta ¿Cómo, entonces, supo la justicia que la sustancia con la que supuestamente comerciaba el sindicado era cocaína?.

Con lo expuesto el casacionista se apartó del motivo y de la causal invocados, ya que el ataque tendría que ver estrictamente con el derecho sustancial, no con el aspecto probatorio. Por ende, tenía la obligación de aceptar la prueba de la misma manera en que fue admitida por el Tribunal, y no como lo hizo, entrando a discrepar abiertamente de su apreciación, falla esta que conlleva la improsperidad de la censura.

Respecto del tercer cargo en el cual se invoca la violación indirecta por falta de aplicación de los artículos 78 y 79 de la ley 30 de 1986 y aplicación indebida de los artículos 33 y 38.3 ibídem por error de derecho en la apreciación de la prueba, independiente de que en la formulación persistieran los errores señalados, para la Delegada lo que el casacionista pretendió cuestionar fue la aptitud de los testimonios e indicios tenidos en cuenta por los falladores para predicar la condición de traficante de cocaína de su cliente.

El reproche en esas condiciones no tiene asidero, ya que nuestra legislación no contempla una tarifa legal para probar el objeto material del delito descrito en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, o la agravante del artículo 38.3 del mismo Estatuto. Lo que surge de este planteamiento es una confusión respecto del:

“objeto material del delito con la prueba de éste, permitiendo llegar al

absurdo de afirmar la inexistencia delictual en todos aquellos casos en que no fuese posible aprehender o recuperar el objeto sobre el cual recae la conducta, quedando de paso sin solución los delitos cuyo objeto material no es tangible.”

Aunque por la naturaleza de la conducta descrita en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, las autoridades logaran el decomiso de la droga o sustancia, ello no significa que esté establecido un medio probatorio privilegiado y excluyente para la demostración del objeto material. De otra parte, los artículos 78 y 79 de la citada ley no constituyen un medio de prueba, sino que establecen el trámite a seguir en el caso de que la droga llegue a ser incautada. Así las cosas, son válidos todos los medios de prueba legalmente admitidos, tal como lo dispone el artículo 253 del Estatuto Procedimental Penal, y por lo mismo el cargo planteado no debe prosperar.

El cuarto cargo lo descalifica la Delegada en su concepto por falta de claridad conceptual y confusión en el manejo de las diferentes formas de violación que comprende la causal primera, pues es impropia su simultánea formulación por la vía del error de derecho por violación de una norma sustancial, y al mismo tiempo por violación directa por interpretación errónea del artículo 38.3 de la Ley 30 de 1986.

Es que si de la violación directa por interpretación errónea de la mencionada agravante se trataba, criticando el significado que le diera el sentenciador a la expresión “incautar”, la fundamentación fue presentada de manera ambigua y confusa, ya que el censor pretende demostrarla no con argumentos jurídicos sino a través del cuestionamiento probatorio, y ello es propio de la violación indirecta.

Contrario a lo afirmado por el recurrente, los falladores no se abstuvieron de fijar un criterio interpretativo sobre la expresión “incautar” de que trata el artículo 38.3 de la Ley 30 de 1986. Las sentencias se distanciaron de la etimológica acepción dada por la Real Academia de la Lengua Española, porque de lo contrario se predicaría una inusitada restricción, a tal punto, que solo sería aplicable la agravante en los estados de flagrancia. El concepto obvio del tipo básico del artículo 33 de la citada Ley 30, de ninguna manera exige la permanencia de la droga para constituir el objeto material del delito ni para la aplicación de la circunstancia agravatoria de este tipo básico.

Si bien la interpretación que hicieran los falladores sobre la expresión “incautar” admite discusión, la negación que hace el recurrente sobre la misma es algo que no se ajusta a la realidad y lleva implícita una contradicción, pues mal puede predicarse la interpretación errónea respecto de una expresión de la que se asegura no fue analizada.

Tampoco para la Delegada es de recibo entender que las referencias del artículo 1o. de la Ley 30 de 1986 sobre las expresiones utilizadas en el Estatuto sobre el sentido natural y obvio según el uso general de las mismas, constituyan un mandato imperativo inmodificable. Lo que esa previsión contempla es que además de las definiciones etimológicas que aparecen en el diccionario de la Real Academia Española, han de buscarse conceptos significativos del lenguaje utilizado por un pueblo determinado.

De otra parte, la labor crítica interpretativa no puede recaer aisladamente sobre la definición del verbo “incautar”, pues dentro del texto y la sistemática legal es necesario buscar el sentido integral de la norma. En el presente asunto, el numeral tercero del artículo 38 de la Ley 30 de 1986 se refiere a una circunstancia de agravación de la pena respecto del tipo básico descrito en el artículo

33 ibídem, lo que está en correspondencia con el análisis hecho por los falladores.

Lo contrario sería pretender que el verbo incautar no es aplicable en todos los eventos en que se probare la existencia del cuerpo del delito, si con posterioridad llega a desaparecer la materia, o en las hipótesis de que trata el artículo 33 sobre la “financiación”. Incluso respecto de los determinadores, como sería el caso de la venta cuando después de la negociación la sustancia se encuentra en poder del adquirente, o éste la ha consumido. Es que en la sistemática de la ley, agrega la Delegada:

“el “incautar” no es nada menos que una típica imprecisión legislativa, que no obvia el encuentro de su real sentido, el cual no es otro que el de especificar un incremento de la pena cuando la droga objeto del delito exceda las cantidades previstas en el artículo 38.3 del Estatuto Nacional de Estupefacientes.”.

Para la Delegada, las señaladas son fallas suficientes para que el cargo sea desestimado.

Sobre el quinto cargo construido en base a la omisión de la prueba obrante al folio 407 y siguientes del cuaderno de anexos 24, cuya pretermisión llevó equivocadamente a sostener que la finca “La Suiza” estaba adaptada para el aterrizaje de aeronaves, y era propiedad del acusado, y al tiempo encaminado a desvirtuar la versión dada por Jorge Rodríguez Arango y quienes la ratificaron, dice el Ministerio Público que es una censura carente de comprobación.

Pese a la minuciosa revisión de los once cuadernos originales y los treinta y tres anexos que conforman el voluminoso expediente, la prueba aludida no se encontró. Tampoco existe constancia alguna de que la misma hubiera sido solicitada por la defensa, el Ministerio Público, ni decretada en la etapa de instrucción o en el juicio, o hubiera sido trasladada de los otros procesos tramitados en

Medellín. En el folio mencionado solo aparece una fotocopia del folio de matrícula inmobiliaria de la citada finca.

La referencia al predio “La Suiza” apenas aparece en el cuaderno original número cuatro de las pruebas aportadas por el defensor suplente a folios 242 a 255, en la inspección practicada por el Cuerpo Técnico de la Fiscalía obrante a folios 272 y 273 sobre el allanamiento del fundo y el decomiso de unas armas y dinero. Igualmente a folio 11 del cuaderno original número seis se dispone el traslado de las pruebas practicadas por la Fiscalía en la localidad de la Dorada relacionadas con la finca, y la declaración de Gonzalo Mejía Sanín folio 5 último cuaderno, como con los folios 1, 2, 83 y 84 del anexo 25 original; pero ninguna referencia aparece en relación con lo señalado por el casacionista.

El cargo entonces se hace impróspero ante la inexistencia de la prueba alegada que impide la respectiva confrontación de la censura, y por haber dejado de atacar las pruebas restantes que sirvieran para fundamentar el fallo impugnado. Como si fuera poco, tampoco existe correspondencia entre lo alegado por el casacionista y lo afirmado por el testigo Jorge Rodríguez Arango a folios 16 al 20, pues lo que el nombrado dijo fué que:

“En la finca de la autopista tenían radios de comunicación para comunicarse con las avionetas; ahí a esa finca venían de Boyacá o de la Suiza a recoger la mercancía para echarla para la cocina; iban dos o tres personas a recogerla en los carros; uno de ellos era HANS porque era el encargado de recoger la gente para llevarlos y transportar la coca.” (fl.19).

Al preguntársele qué propiedades conocía de CORREA ALZATE, dijo:

“dos fincas llamadas una La Suiza y la otra tenga, se corrige, y la otra queda por el

lado de la autopista donde estaba la pista a la que llegaban las avionetas...”

Como se ve, continúa la Delegada, este testigo no afirma que haya sido en la hacienda La Suiza donde aterrizaban las naves, sino que era el sitio donde recogían “la mercancía para echarla para la cocina”.

Ante el alejamiento del recurrente de la verdad procesal evidente, y la existencia de la precitada inspección, que de hallarse tampoco evitaría el fracaso del cargo, la Delegada le sugiere a la Sala no casar el fallo impugnado.

C O N S I D E R A C I O N E S D E L A C O R T E:

Asumiendo en su orden las alegaciones que contiene la demanda, y con mayor razón cuando el primero de los cargos se orienta a la nulidad de lo actuado acusando violaciones tanto al debido proceso como al principio de favorabilidad, debe anticipadamente precisar la Sala que este inicial ataque desacierta al ubicar desde el comienzo los posibles vicios en el recaudo de la prueba, como si ellos pudieran invalidar necesariamente el trámite siguiente, pues la incautación de sustancias estupefacientes no constituye un acto necesario ni preclusivo que condicione la iniciación de cualquier proceso por esta clase de delitos, ni la práctica y validez de aquellos actos que de ordinario le subsiguen.

En tal sentido, cuando el censor inicia por reclamar que al procesado se le condenó pese a que ni en Colombia ni en los Estados Unidos se le halló en posesión de sustancias estupefacientes, hace la exhibición de un argumento que para nada se vincula con una posible causa de nulidad de la actuación, pues si lo que en el fondo se quiere sugerir es que el fallo de condena no se precede de prueba legal y oportunamente allegada, lo que ha debido alegarse es la causal primera de casación y no la tercera, sea porque esa prueba fundamental se supuso, siendo inexistente, o se tergiversó para dar por demostrado un hecho que de la misma no emana.

Pero como a partir de esa afirmación divide el censor en tres sus argumentos, vale la pena referir a ellos de modo separado, respondiendo, para comenzar, que para tener como irregular la omisión de una diligencia de reconocimiento, pesaje, toma de muestras y destrucción de sustancias estupefacientes, a fin de valorar la entidad de ese desobedecimiento normativo, sería exigible como supuesto fáctico, la previa operancia de la incautación, ya que de otro modo esa obligación decaería por simple sustracción de materia.

Tal es en realidad la situación que en el caso de autos se presenta, donde la ausencia de la diligencia que el censor extraña, guarda elemental relación con lo sucedido, pues bien se sabe que estas diligencias no surgieron del descubrimiento flagrante de una actividad de tráfico de narcóticos, sino de la reclamación internacional que hicieran los Estados Unidos de Norteamérica del procesado señor CORREA ALZATE como persona vinculada con esa clase de conductas, de modo que si jamás fue puesta a disposición de las autoridades nacionales alguna cantidad de sustancia incautada, mal podían estas verse forzadas a realizar la diligencia que el impugnante extraña, pues basta ver el texto de los preceptos cuya transgresión demanda, para observar que su aplicación está condicionada a aquellos eventos en que “la policía judicial decomise” sustancias alucinógenas o plantaciones, en cuyo caso surge el deber especial de cuidado y los procedimientos de identificación, pesaje, destrucción o guarda que en el capítulo VII de la Ley 30 de 1986 se indica.

Si esa incautación no se ha dado, sea porque el delito agotó su fin ilícito con la comercialización o el consumo de los alucinógenos, ora porque los ilegales tenedores destruyeron la sustancia, bien porque el hecho culminó en el exterior, etc., es innegable que no podrá llevarse a cabo la diligencia que la

defensa extraña, pero ello de ningún modo obstruye la apertura de la instrucción respectiva, ni la eventual represión de la conducta, sentido en el cual resultan acertadas las apreciaciones contenidas en los fallos de primera y de segunda instancia (folios 138 y 142, respectivamente), significando que de la predicada omisión no emana irregularidad alguna que afecte el trámite cumplido.

Sabido es, además, y ello se afirma para otorgar respuesta a la segunda inquietud de la defensa, que en la legislación procesal penal colombiana opera el principio de la libertad de prueba (artículo 253 del Decreto 2700 de 1991), del cual deriva que “Los elementos constitutivos del hecho punible, la responsabilidad del imputado y la naturaleza y cuantía de los perjuicios, podrán demostrarse con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial y respetando siempre los derechos fundamentales”, siendo evidente que a ese precepto se atuvieron los fallos de instancia, como por vía de ejemplo puede verse a partir del folio 129 en la sentencia del Juzgado cuando invoca la coincidencia entre las versiones de cargo suministradas por el “Fiscal extranjero...la acusación que emitiera el Gran Jurado ante el Tribunal del Distrito medio de La Florida, división de Jacksonville y con los datos que proporcionaron UBALDO MOLANO AGUILAR, GUILLERMO ALFONSO GOMEZ HINCAPIE, JORGE RODRIGUEZ ARANGO y la publicación que en los Anales del Congreso hiciera el Jefe del D.A.S. del testimonio ampliado de DIEGO VIAFARA SALINAS...” para de ellas concluir que constituyen “elemento de juicio que convergen a sostener que JAIRO CORREA ALZATE sí se dedicaba a actividades relacionadas con el tráfico de estupefacientes...” lo que descuenta otra posible falla en la actividad de los jueces.

Cierto es que en seguida critica la demanda que la sentencia no ha debido darle credibilidad al dicho de Jorge Rodriguez Arango, por ser este un personaje inexistente. Pero con ello la alegación hace evidente la indebida proposición de esta parcial censura, dado que una informalidad en el decreto o práctica pruebas, tanto

como la suposición, omisión o tergiversación de esos medios, constituyen defectos que no trascienden la discusión del valor de la probanza afectada, lo que centra su relevancia sobre el sentido de la sentencia, no en el trámite procesal cumplido. Ello a las claras muestra la equivocación del libelista en relación con la causal seleccionada, sin que a la Corte le sea dable rectificar o readecuar su rumbo, regida como se encuentra por el estricto mandato de neutralidad que le impone el principio de limitación previsto en el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal.

Una última alusión hace este cargo a la duda como principio de favor desestimado en la sentencia para perjuicio del acusado. Sin embargo, tampoco aquí concreta el censor un error de actividad del juez que lleve su propuesta a un análisis de fondo, pues lo que una vez más se hace evidente es la indebida selección de la causal tercera de casación, cuando de modo reiterado la doctrina de la Sala indica que es la causal primera la que se impone frente a la desestimación del “in dubio pro reo”, sea porque el juzgador reconoció su existencia pero negó al acusado sus beneficios en el fallo (violación directa), o bien porque la denegó tras incurrir en errores de hecho o de derecho dentro de la estimación demostrativa (violación indirecta.)

Por indebidamente formulado, cuando no por falta de razón, el cargo propuesto no prospera.

La segunda censura propone una violación directa de la ley por aplicación indebida de los artículos 33 y 38.3 de la Ley 30 de 1986, gracias al equivocado raciocinio del sentenciador sobre los testimonios que le sirvieron para concluir que el acusado era el responsable del transporte de la cocaína, pues nunca se incautó en su poder un solo gramo de esa sustancia, como tampoco se demostró la aplicabilidad de la agravante.

Coincidiendo aquí con el criterio de la Delegada, la Sala

encuentra desacertado por contradictorio el planteamiento formulado:

En efecto, cuando el casacionista invoca la violación directa de la ley, es porque hace radicar su discrepancia en razones estrictamente de derecho, participando de la estimación que el juzgador hizo del hecho y de las pruebas, pero estimando que se aplicó una ley que no correspondía, que se abandonó aquella que para el caso era aplicable, o porque pese a acertar respecto de la selección del precepto, el Juzgador le dio una interpretación distinta de la que corresponde.

Luego si en lugar de demostrar esa equivocación en la sentencia, centra el censor su discusión diciendo que se desestimó la prueba de favor (no incautación en poder de JAIRO CORREA de sustancias prohibidas, menos en cantidad superior a los cinco kilos), para otorgarle credibilidad a quienes declararon en contrario, se hace evidente que la demanda altera el rumbo de la violación directa a la indirecta, con lo que incurre en una contradicción irremediable, pues al final no aclara si el tribunal erró en la apreciación del hecho, o si lo hizo en la selección o interpretación de normas, siendo vedado aducir a un mismo tiempo las dos alternativas contrapuestas, como no sea en cargos separados y de manera subsidiaria, según lo condiciona el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal.

Según se precisó al responder al cargo del encabezamiento, es cierto que en la sentencia se admite que no medió un decomiso de drogas en poder del acusado; pero también se dijo que pese a ello existen afirmaciones contundentes sobre la materialidad del hecho y la culpabilidad de JAIRO CORREA ALZATE, y si ello es así, la violación directa carece de sentido, ya que la disparidad del impugnante se funda es en la inexistencia de prueba contra el acusado, lo que ha debido plantear e ir desarrollando bajo la violación indirecta de la ley, proponiendo errores de hecho por falso juicio

de existencia, en tanto cree que el juzgador supuso aquellos medios, o bien si los tergiversó desatendiendo las reglas de lógica o de experiencia, para admitir sucesos entre sí excluyentes.

Lo anterior demuestra que en el libelo se invocó una forma de violación , pero luego de abandonar su desarrollo, se intentó plantear otra distinta e incompatible, sin que en uno u otro caso se acreditaran las equivocaciones sugeridas.

Por ser la iniciativa del recurso extraordinario, lo mismo que la redacción y orientación de la demanda, actividades exclusivas del censor, ante las cuales debe mantener la Corte su neutralidad, resulta obvio que por su falta de definición, como por omitir un desarrollo claro y preciso de los cargos, ninguna alternativa deja esta censura, distinta a la de su desestimación, según coincidentemente lo solicita la Procuraduría.

La confusión del recurrente y su insistencia en las mismas razones ya abordadas prosigue en la formulación del cargo tercero de la demanda, cuando en él afirma que el Juzgador incurrió en una violación indirecta de la ley al sobrevalorar los testimonios de Jorge Rodríguez Arango y Guillermo Alfonso Gómez Hincapié, con el fin de suplir con ellos la falta de prueba generada por la omisión del reconocimiento, pesaje a identificación de la sustancia, y la no práctica de una prueba pericial que hubiese permitido definir la naturaleza de la droga y con ella la existencia del cuerpo del delito, errores que condujeron a inaplicar los artículos 78, 79, 80, 81, 82 y 83 de la Ley 30 de 1986.

La primera observación que sobre este nuevo reproche se suscita tiene que ver con la persistente inconformidad del censor respecto de la

inexistencia dentro del proceso de las diligencias descritas en los artículos 78 y siguientes del Estatuto Nacional de Estupefacientes, lo mismo que de un dictamen pericial confirmatorio de la identificación de la droga como cocaína, pues a su juicio la falta de esos medios, hacía imposible inferir la existencia del tipo por el cual se acusa, y mucho menos de la agravante surgida de la cantidad superior del alcaloide.

Volviendo a lo ya dicho en relación con el cargo primero, conviene insistir en que el procedimiento previsto en el capítulo VII de la Ley 30 de 1986, lejos está de constituirse en prueba privilegiada, única o indispensable para la persecución de los delitos descritos en dicho Estatuto. Como el epígrafe de aquel Capítulo lo anuncia y así se explica desde la presentación del respectivo proyecto de ley ante el Congreso, lo que justificaba la sustitución del hasta entonces vigente Decreto 1188 de 1974 era la inadecuación de sus preceptos ante el auge del narcotráfico, y la aparición de nuevas sustancias estupefacientes, lo mismo que la necesidad de una mayor severidad en el tratamiento punitivo frente a la legislación foránea; pero desde ese entonces, el referido capítulo se enunció en su epígrafe como “Procedimiento para la destrucción de las sustancias incautadas” y nada más que eso, nominación que sin variaciones de fondo, apenas se adicionó para incluir la destrucción también de “plantaciones”.

Claro se ve, entonces, que los artículos 78 y siguientes citados por el censor no son de carácter sustancial sino instrumentales, aplicables con exclusividad a aquellos eventos en los que opera la incautación de la sustancia, así que al no darse esa condición en este asunto, era esa falta de decomiso de la droga motivo suficiente para hacer impropia la aplicación de los procedimientos del comentado capítulo VII.

Por otra parte, razón le asiste al Ministerio Público cuando resalta la confusión que embarga al casacionista respecto de la existencia del cuerpo

del delito y su demostración, pareciendo que en sentir del recurrente el hecho desaparece cuando no se tiene la posibilidad de recuperar el objeto sobre el cual recae la conducta, lo cual sería tanto como pretender que solamente en los casos de flagrancia fuese predicable la responsabilidad de los copartícipes.

Lo que era imperioso demostrar era la existencia de los elementos externos de la infracción, pero sin que en el Estatuto existan preceptos restrictivos de la libertad de prueba, también se ha dicho que ese principio del artículo 253 del Código de Procedimiento Penal (antes artículo 254) es el que impera, y que a él se atuvo el tribunal en su amplio análisis de los medios (ver folios 126 a 140 del cuaderno respectivo), luego si el censor quería desquiciar el fallo, debía referirse en su integridad a esas pruebas para acreditar la ocurrencia de errores de hecho o de derecho que las pudieran hacer desestimables.

En ese aspecto y sin recurrir a una impugnación adecuada y ceñida a la causal, motivo y sentido que en concreto invocaba, lo que a la postre aduce la demanda es un posible error de derecho por falso juicio de convicción al sostener que las versiones de Rodríguez Arango y Gómez Hincapié fueron “sobrevaloradas”. A ese respecto y en coincidencia con el criterio de la Delegada, recordará la Sala que al no ceñir nuestra legislación la prueba de testigos a una tarifa legal que pre-indique el valor que a cada medio corresponde, mal podría acusarse como lo hiciera el casacionista, un error de derecho por falso juicio de convicción.

Luego si el juzgador al apreciar la prueba testimonial de cargo, lo hizo sopesando lógica y pausadamente su contenido y circunstancias de percepción y evocación del hecho, y en amplia cotejación con otros medios, el cargo de la demanda se ofrece impertinente, con mayor fundamento cuando el censor no muestra que haya mediado la deformación del contenido intrínseco de las versiones que destaca, que fueron parte, apenas, de toda la prueba analizada. El cargo no prospera.

En el cuarto cargo de la demanda el actor se obstina sobre los mismos reparos propuestos en los anteriores, objetando la falta de prueba sobre la cantidad y naturaleza de la sustancia porque a su juicio ella no podía acreditarse por medio de testigos. Solo que en este caso la crítica se encauza mediante la invocación de la violación indirecta por error de derecho en relación con las afirmaciones de los declarantes, y por interpretación errónea respecto del precepto del artículo 38-3 de la Ley 30 de 1986, considerando que el juzgador le dio a esa disposición un alcance extensivo impropio que del mismo no emana.

Como acertadamente la Delegada lo hace evidente, hay en el planteamiento mismo de esta censura una insalvable inconsistencia técnica al cuestionar simultáneamente el valor probatorio de los medios alusivos a la cantidad de la sustancia, como también la equivocada interpretación del precepto sustancial que hace ese hecho relevante para el incremento punitivo, en cuanto cada inconformidad precisa de formulación en capítulos aparte, dada su incompatibilidad y exclusión recíproca, como que la primera supone que el hecho base de la agravante no se halla demostrado, mientras que la segunda parte precisamente de una premisa opuesta, inconciliable, pues es de la acreditación del mayor peso de donde surge el discrepante entendimiento, porque admitiendo que se sobrepasó del tope de los cinco kilos señalados, la específica causa de agravación condicionaba el requisito incumplido de la incautación de la sustancia.

Pese a la suficiencia de este solo defecto para llevar a la desestimación de la censura, dada la grave falta de claridad y precisión que le comporta, sin que el principio de limitación permita superarlo, nada obsta para añadir aún que la crítica demostrativa queda en una inadmisble alegación de instancia, tras ignorar que es la ley (art. 254 del C. de P. P.) la que faculta al juez para que aprecie la prueba en su conjunto y dentro de las reglas de la sana crítica. Ello hace insuficiente en casación la simple oposición de criterios subjetivos discrepantes, porque si el juzgador abandonó

las reglas de la ciencia o del sentido común, se hace de cargo del casacionista entrar a demostrarlo, en cuyo caso ha de formalizar la presencia y la relevancia de falsos juicios de identidad por distorsión del contenido objetivo de la prueba, sin olvidarse de desquiciar en su integridad las bases que sustentan la condena, a fin de no dejar en ellas asidero. Lo que incumplió el censor en este asunto.

Pero si el motivo prevalente estaba en criticar una indebida extensión del artículo 83-3 del Estatuto Nacional de Estupeficientes, pues el censor estima que la agravante de cantidad opera solo cuando medió incautación de la sustancia, es pertinente precisar que en coincidencia con el entendimiento de las instancias y de la Procuraduría, la interpretación del precepto no es suficiente sobre las solas reglas de la exégesis, porque con ellas se negaría sentido al principio de la libertad de prueba, llevando a la inconsecuencia de sancionar con mayor lenidad aquellos casos en que la malicia, la habilidad o la disposición de más sofisticados medios han permitido el éxito del tráfico propuesto, en tanto que se daría mayor severidad de pena para aquel a quien le quedaron en el camino las utilidades por haber sido sorprendido en flagrancia, lo que de plano desvirtúa los principios que rigen sobre individualización de las sanciones.

E ilustrativa y complementaria, por lo demás, la argumentación de la Procuraduría, que la Sala acoge cuando sobre el particular agrega:

“...también es oportuno precisar que al disponer el artículo 1o. de la Ley 30 de 1986, que “Las expresiones empleadas en este Estatuto se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas...”, este mandato interpretativo no puede entenderse, como lo hace el censor- en el sentido inmodificable de que el intérprete penal debe supeditarse irrestrictivamente a las definiciones etimológicas del Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, habida cuenta de que, no siempre estas corresponden a los conceptos signifi-

cativos del lenguaje utilizados por un pueblo determinado. De ahí el por qué la misma Ley 30 en la misma norma citada, condicione ese “sentido natural y obvio” al “uso general de las mismas, con lo cual indudablemente se está dejando solo como importante punto de partida las definiciones etimológicas del referido diccionario, pero advirtiendo la problemática cultural-lingüística inescindible en el lenguaje, que va más allá de la etimología y del simbolismo.

Pero, de todas maneras, es que tampoco puede perderse de vista que la ley no puede interpretarse aislando las expresiones de su contexto, esto es, que para el caso concreto, toda la labor crítica interpretativa recaiga sobre la definición del verbo “incautar”, como si se tratara de una expresión suelta dentro del texto y sistemática legal, ya que lo que interesa en la función hermenéutica es buscar el sentido de la norma y no la de las expresiones independientemente consideradas. Así, lo primero que corresponde determinar es la razón de ser del numeral 3o. del artículo 38 de la Ley 30 de 1986, esto es, que se trata de una circunstancia agravante de la pena del tipo básico descrito en el artículo 33 y que como tal dispone el aumento de la pena por la cantidad de droga o sustancia constitutiva del objeto material del delito.

Esto significa que el verbo incautar objeto de la censura, si se tomare aisladamente, no sería aplicable a todos aquellos eventos en que se probare la existencia del corpus delicti, no obstante que haya desaparecido su materia posteriormente, o a aquellas hipótesis típicas de que trata el referido artículo 33 como la de “financiación”, o inclusive, en punto de los sujetos determinadores, o en el caso de la venta en el cual la sustancia, una vez hecha la negociación, se encuentra en poder del adquirente, quien pudo haberla consumido, etc.

Trátase en consecuencia, de que en la sistemática de la ley, el “incautar” no es nada menos que una típica imprecisión legislativa, que no obvia el encuentro de su real sentido, el cual no es otro que el de especificar un incremento de la pena cuando la droga

objeto del delito exceda las cantidades previstas en el artículo 38.3 del Estatuto Nacional de Estupefacientes.”

Carece el cargo, por lo razonado, de toda posibilidad de éxito.

Para el casacionista, el quinto cargo de la demanda se presenta por un error de hecho que deriva de un falso juicio de existencia, en la medida que el Juzgador dejó de apreciar la prueba obrante a folios 407 y siguientes del cuaderno original de anexos número 24, pues de allí se desprende que en la finca “La Suiza” no podían aterrizar aeronaves, como tampoco que su defendido fuera el propietario del mencionado bien.

Para este caso, es evidente que el dicho del recurrente carece de respaldo probatorio en los folios citados, además de que su imprecisión y parcialidad respecto de los restantes medios asumidos, da al traste con la pretensión.

La simple remisión al folio 407 que acude el libelista dentro del cuaderno 24 de anexos muestra la falta de consistencia del reparo, porque en él y en el siguiente obra en realidad un certificado de registro del inmueble “La Suiza” de Puerto Berrío del cual se infiere que su dominio no se hallaba para la fecha de su expedición -mes de febrero de 1993- en cabeza del señor CORREA ALZATE, sino de tiempo atrás a nombre de Jaramillo Restrepo Tiberio, pero resulta que de ese hecho no se desentendieron los juzgadores, en cuanto fueron otros los medios que llevaron a su convencimiento sobre la verdadera persona que sobre esos fundos dominaba como señor y dueño, pruebas que para nada refiere el recurrente, lo que indica que han quedado sobre el particular incólumes.

Tal el sentido en que se expresa el fallo de segunda instancia, luego de aludir a los testimonios rendidos principalmente por Jorge Rodríguez Arango,

Guillermo Alfonso Gómez Hincapié y Ubaldo Molano Aguilar, coincidentes en afirmar que el acusado sí estuvo durante largo tiempo dedicado al tráfico de narcóticos que recibía, guardaba y posteriormente trasladaba o distribuía a diferentes lugares, actividades que los declarantes constataron directamente y para las cuales el imputado utilizaba la hacienda La Suiza sobre la cual mandaba como su señor, al punto de culminar con esta inequívoca y certera conclusión, de la cual se desprende que para los fines del proceso poco y nada interesaba la titularidad sobre el predio, en tanto sí los actos de señorío puestos en evidencia:

“...el hecho de que la mencionada hacienda -La Suiza-, no figure a nombre de CORREA ALZATE, no quiere decir que los testigos mientan, puesto que perfectamente se podía ejercer actos de señor y dueño en ella, o realizar actividades como la que se juzga, sin que se figurase como propietario.”

Y sobre el hecho de que en el predio “La Suiza” no existiese la posibilidad de decolar aeronaves, sumado a la imprecisión del libelista respecto de las probanzas que en tal sentido lo indiquen, lo que no deja entrever ni en qué consiste el error ni cual sería el falso juicio propuesto, se ha de tomar en cuenta que a pesar de las referencias que para el Tribunal hacen afirmativa esa posibilidad, es la forzosa remisión a lo probado la que disipa cualquier posible equívoco, sin que el censor haya atinado demostrar algo en contrario, siendo que la versión rendida por el testigo Rodríguez Arango precisó como lo ha dicho la Procuraduría, que las actividades ilícitas del tráfico se realizaban en dos fincas distintas a disposición del acusado -se repite-, siendo en la finca de la Autopista, no en “La Suiza”, donde “tenían radios de comunicación para comunicarse con las avionetas”, y allí mismo en donde “venían de Boyacá o de la Suiza a recoger la mercancía para echarla para la cocina...”, siendo más claro aún al precisar que era en la finca del lado de la autopista “donde estaba la pista a la que llegaban las avionetas...”.

Si esta versión es una de las que le sirven a los juzgadores para fundar las bases del fallo de condena, resulta incontestable que ni el censor acierta al cuestionar que en “La Suiza” no existía posibilidad de aterrizaje, porque la prueba apunta es a otro predio, ni mucho menos se ocupó en su integridad por desquiciar la prueba toda que sirve de sustento a la condena, lo que conduce a sostener que el fallo recurrido se mantiene en firme, siendo inoponible la desestimación de la demanda.

Durante el trámite del recurso extraordinario hizo llegar el defensor del procesado un escrito a la Corte, solicitándole que decretara en calidad de juez de ejecución de penas, la acumulación jurídica de las impuestas dentro de este proceso, con las de aquel que culminó también en contra de su representado por un delito de enriquecimiento ilícito, solicitud que por su entidad se defirió al momento del pronunciamiento de fondo.

Llegada esa oportunidad de dar respuesta, es de advertir que no es la Corte un juez de ejecución de penas en asuntos distintos a su conocimiento en única instancia porque así lo indican los artículos 75, 500 y siguientes y 15 transitorio del Código de Procedimiento Penal, ni es este el momento procesal para hacer un pronunciamiento de esa índole, en cuanto que la Sala solo conoce aquí del recurso extraordinario de casación, y a él solo se halla referida su competencia, sin la opción de acumular ni llamar otras actuaciones paralelas.

La petición, entonces, quedará pendiente de la determinación del respectivo juez de ejecución de penas, como en tal sentido se la asigna el artículo 75-3 del C. de P.P., y en consecuencia, con esa prevención regresará el asunto al Despacho de origen, para lo de su cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en

Sala de Casación Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

NO CASAR la sentencia de fecha, origen y contenido impugnada en esta actuación por parte del defensor del acusado JAIRO CORREA ALZATE.

Adviértase al Juzgado del conocimiento sobre la existencia de solicitud pendiente en relación con la acumulación jurídica de penas.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE CORDOBA POVEDA JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEG0

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR DIDIMO PAEZ VELANDIA

NILSON PINILLA PINILLA JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

SANTIAGO BERACAZA HOYER

-Conjuez-

NO FIRMO

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretario