

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

AP2980-2014

Radicación N° 41.016

(Aprobado Acta N°162)

Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil catorce (2014).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Decide la Corte si es procedente admitir la demanda de casación presentada por el defensor de Jorge Iván Gil Agudelo contra la sentencia la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga del «21 de enero de 2013»¹ que confirmó la proferida el 21 de marzo de 2012 por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de esa ciudad, mediante la cual lo condenó por el delito de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes, agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. La cuestión fáctica fue sintetizada por el Tribunal de la siguiente forma:

En el escrito de acusación presentado el 5 de julio de 2011, se consigna que el señor JOSÉ GERARDO BUENO BUENO, manifestó a las autoridades que pertenecía a la organización criminal denominada “Los rastros”, de la cual era su deseo desertar. Advirtió

que la misma operaba en el Valle del Cauca desde el año 2002 y se dedicaba el (sic) narcotráfico, actividad de la cual se derivaban delitos como: homicidios, desplazamientos, extorsiones, entre otros. Señaló que los miembros de la banda eran entrenados militarmente en escuelas, para cumplir las labores delictivas y reiteró ser el narcotráfico, la finalidad primordial del grupo delincuencia.

El señor BUENO BUENO, aportó datos referentes a las personas que hacen parte de la señalada banda. Dijo que a la misma pertenecía el sujeto conocido con el alias de “El Mellizo”, versión corroborada por JOSÉ ANIBAL HERRERA BALLESTAS, JOSÉ GIOVANNY MENDOZA MOSQUERA y WILLIAM CAMPAZ, entre otros; el mismo, fue identificado por los investigadores como JORGE IVÁN GIL AGUDELO, persona con un cargo medio dentro de la estructura ilegal, concretamente la de -comandante de contraguerrilla- con uso de armamento para cumplir su misión. Igualmente, refirió que la organización mensualmente comercializa dos toneladas de cocaína.

En el dispositivo de almacenamiento masivo entregado a las autoridades por el participante en la investigación, se encontró la hoja de vida de JORGE IVÁN GIL AGUDELO, en donde se observó la fotografía y sus datos personales, el cargo desempeñado, el arma asignada y otros datos de los cuales se colegía la vinculación con los Rastrojos.²

2. El 5 de julio de 2011, la Fiscal 16 Especializada en apoyo de la Fiscal 15 de la Unidad Nacional contra Bandas Emergentes con sede en Cali presentó escrito de acusación contra Jorge Iván Gil Agudelo en calidad de autor de los delitos de concierto para delinquir, agravado, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, agravado y fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, previstos en los artículos 340, inciso 2º, 376 inciso 1º, 384.3 y 366 del Código Penal³.

3. Ante el Juez Tercero Penal del Circuito Especializado de Buga, el 12 de agosto de ese

año se formuló la acusación, en los términos del escrito correspondiente⁴.

4. Como quiera que el procesado, asistido por su defensor, y la fiscalía suscribieron un preacuerdo respecto de los punibles de concierto para delinquir, agravado y fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, y su legalidad se verificó ante dicho juzgador el 7 de septiembre siguiente, se dispuso la ruptura de la unidad procesal, a efecto de continuar con el juzgamiento por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, agravado⁵.

5. El mismo día se dio inicio a la audiencia preparatoria⁶, la cual concluyó el 14 de igual mes⁷.

6. El juicio oral se evacuó en varias sesiones (26 de septiembre⁸, 25 de octubre⁹, 17 de noviembre¹⁰ y 7 de diciembre de 2011¹¹ y 16 de enero de 2012¹²) al cabo de las cuales, el funcionario judicial expresó que el sentido del fallo era condenatorio.

7. Mediante sentencia del 21 de marzo de 2012 el Juez condenó a Jorge Iván Gil Agudelo, en calidad de coautor del injusto de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, a las penas principales de veintidós (22) años de prisión, multa en cuantía de tres mil (3000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de quince (15) años. Además, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria¹³.

8. Recurrido el fallo por el procesado y su defensor, fue confirmado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga el 21 de enero de 2013¹⁴.

9. El defensor interpuso¹⁵ y sustentó¹⁶ el recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA

Tras identificar las partes e intervinientes y la sentencia impugnada, el libelista elabora una síntesis de la situación fáctica y de la actuación procesal, luego de lo cual, precisa que la Corte debe intervenir en este caso para «reconstruir la verdad del comportamiento de [su] representado»¹⁷ y procurar un juzgamiento que respete los principios de imparcialidad, independencia, defensa y presunción de inocencia.

En este punto, acusa la existencia de dos yerros autónomos de estructura y garantía¹⁸, producto de haber tenido al informe del investigador Pedraza Tangarife como soporte probatorio para atribuirle responsabilidad sin acreditar la existencia material de las instalaciones, locaciones, objetos incautados y, en general, de los elementos materiales que pudieran constituir la base concreta para endilgarle el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefaciente, en calidad de coautor impropio, y por dejar de descubrir, oportunamente, tales medios de persuasión, los que, sin embargo, sirvieron para condenar a su asistido.

Para el censor, el recurso tiene como finalidad «la corrección de (sic) decisión viciada por yerro in procedendo, buscando el imperio de la legalidad, como una expresión de la efectividad del derecho material»¹⁹.

Postula un solo cargo al amparo de la causal segunda, por la senda de la nulidad, e indica que la Fiscalía no cumplió con el «deber legal de descubrir elemento material probatorio y evidencia física muy significativos, favorable a los intereses de la defensa»²⁰, los cuales debían ser introducidos con el investigador Pedraza Tangarife.

Sin embargo, asegura, este reproche se propone de forma principal y, en capítulo distinto, pues se trata de un vicio de garantía que afecta los derechos al debido proceso y a la defensa. Enuncia como normas vulneradas los artículos 12, 15, 115, 142 y 344 del Código de Procedimiento Penal y 29 y 250 de la [Constitución Política](#).

Utilizando una redacción, en extremo confusa, sostiene, en síntesis, que el mentado funcionario de policía judicial, con el apoyo de la fuerza pública, la fuerza aérea y la infantería del Ejército, realizó labores de recolección de elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida en unas determinadas zonas del norte del Valle del Cauca destinadas al cultivo de hojas de coca, al procesamiento de alcaloides y al transporte de los insumos, precursores y estupefacientes procesados, instalaciones vigiladas por miembros de grupos armados al margen de la ley.

Del mismo modo, dice, aquél participó en los operativos que condujeron a la captura en flagrancia de varias personas en los laboratorios y a la incautación de material físico, químico, de intendencia, armamento y dispositivos electrónicos, como el entregado por el señor Bueno Bueno, quien fue detenido en el sector conocido con el nombre de “La Punta”.

Sin embargo, en el juicio oral «no se provee ninguna de las piezas que, como anexos de importancia relevante de su informe, debían corresponder a la ocurrencia jurídica y legal de cada uno de los eventos operacionales a que se hace referencia por este mismo señor en su testimonio y a partir de su dicho no se generó ninguna forma de correlación y sustento de cada uno de los fundamentos expuestos por este testigo.»²¹

A manera de ejemplo, refiere, no se aportó la carta de ubicación GPS de los puntos específicos de los cultivos, los laboratorios, los caminos y puntos estratégicos, ni las fotografías o reseñas de scan aéreo para establecer el tamaño de dichas zonas, la topografía y el acceso a las mismas.

Igualmente, ni el investigador ni la fiscal del caso aportaron el «sustento de las actividades preprocesales de legalización ante juez de control de garantías, de las diversas diligencias de allanamiento y registro, de soporte de recaudo de los medios

como EF, EMP, ELO, de todas las incautaciones de que se precia el investigador testigo que hubo logrado, fijado, incautado, embalado y sometido a cadena de custodia, en el desarrollo de sus actividades operacionales reportadas»²².

Critica al Tribunal por conferirle mérito probatorio al testimonio de Pedraza Tangarife «como la máxima con que se pretende legitimar todo este precedente procesal, que brilla por su ausencia»²³.

Aunque en la audiencia de formulación de acusación se ofreció introducir unos informes sobre las actividades de dicho funcionario, ello no ocurrió así, «n i (sic) fue objeto de controversia en juicio como debió serlo»²⁴.

Los elementos materiales probatorios que no se habrían introducido son los siguientes:

- i) Reporte de iniciación y anexos -entrevistas e interrogatorios- (evidencia No. 1 del escrito de acusación).
- ii) Informe de investigador de campo y anexos -entrevistas e interrogatorios- (evidencia No. 3 del escrito de acusación).
- iii) Acta de inspección a lugares y anexos -entrevistas e interrogatorios- (evidencia No. 9 del escrito de acusación).
- iv) Interrogatorios de José Gerardo Bueno Bueno del 23 y 24 de noviembre de 2010; 7, 8 y 9 de marzo y 14 de abril de 2011 (evidencias No. 4, 19, 20, 21 y 22 del escrito de acusación).
- v) Interrogatorios de Jonier Perea Hincapié del 4 de diciembre de 2008 y 23 de mayo de 2011 (evidencias No. 25 y 26 del escrito de acusación).
- vi) Acta de reconocimiento fotográfico con el testigo José Gerardo Bueno Bueno del 20 de

agosto de 2010 (evidencias No. 30 del escrito de acusación).

vii) Orden de policía judicial del 8 de junio de 2011 y su prórroga del 24 de junio siguiente sobre el trámite de análisis de medios magnéticos (evidencia No. 2 del escrito de adición de la acusación).

viii) Orden de policía judicial del 8 de agosto de 2011 sobre la inspección judicial al radicado 110016001276201000071 (evidencia No. 5 del escrito de adición de la acusación).

ix) Informe de investigador de campo del 7 de julio de 2011 contentivo de las respuestas periciales de Orlando Ocampo Romero (evidencia No. 8 del escrito de adición de la acusación).

No bastaba, pues, la sola exposición del investigador sino que se requería «materializar la evidencia en el proceso dialectico (sic), ilustrativo-demostrativo»²⁵, conforme a los principios de contradicción, publicidad e inmediación a fin de que pudiera ser tenida como prueba de cargo.

Al parecer, no se trajo a este proceso copias autenticadas del proceso matriz y de la cadena de custodia respecto de los elementos materiales probatorios pues quedaron diseminados en varias actuaciones.

A juicio del letrado, las piezas no aducidas en el debate oral, pero conocidas previamente por la Fiscalía, «engendra duda razonable, por cuando de haberse dado en el evento del descubierto (sic) e introducido a la actuación en forma oportuna, otro sería (sic) el esquema de valor que tendría que haber asumido el juez de cada instancia, según los términos del art. 381 del C. de P.P.»²⁶ (Subrayas originales).

Se afectó el principio de igualdad de armas ya que la defensa no conoció oportunamente

la evidencia que le serviría al ente investigador para acusar, así como el principio de objetividad en los términos del artículo 115 ejusdem debido a que el descubrimiento por parte del órgano de persecución penal debe incluir aquellos elementos de los que tenga conocimiento que puedan ser favorables o desfavorables a su contraparte.

Previa cita de la sentencia CSJ SP 21 febr. 2007, Rad. 25.920, relativa al deber de descubrimiento, concluye que, la Fiscalía quebrantó los derechos al debido proceso y a la defensa, en su componente de contradicción, habida cuenta que se abstuvo «premeditadamente, de descubrir, suministrar e informar al juez del conocimiento oportunamente sobre el hallazgo de una evidencia [no la identifica] con un valor probatorio muy significativo»²⁷, la cual le habría servido para refutar el testimonio de Pedraza Tangarife.

Solicita «REVA.UAR (sic)»²⁸ los fallos de instancia para que se los tenga como «legalmente infundados»²⁹, por cuanto precluida la oportunidad para efectuar el descubrimiento, es necesario que «se proyecte el efecto que a ultranza revierte esta falencia de prueba ausente del juicio por cuanto no fue legalmente aducida al juicio oral ni sujeta a debate, no pudiéndose estimar, apreciar, mucho menos puesta a disposición a objeto de que sea valorada por la Juez de Conocimiento (...) emanando en sentencia absolutoria por sustracción de materia, atipicidad de a (sic) conducta endilgada.»³⁰

Para cerrar, añado que,

si se quisiera estimar a nivel de nulidad esta falencia de aducción de prueba, lo sería (sic) en el evento de que se hubiera ocultado, evidencia o prueba favorable al acusado, pero este no es el caso, lo cual podría conllevar un prejuicio en la juzgadora de primera instancia y la anulación debiera conllevar la totalidad del juicio para que sea puesta la actuación en conocimiento de otro Juez distinto al que ya pre juzgó, pero en este caso la

falencia no es aparejada a situación similar o parecida, no, es una omisión de descubrimiento de medios de prueba que sirven de base para la censura propiamente tal, igualmente error por omisión de aducción en forma legal de la evidencia que se anuncia como evento producto de la valoración porm (sic) parte del juez de una base fáctica y probatoria propuesta que no se materializa en el desarrollo del juicio oral y publico (sic), no existen jurídicamente para ser susceptibles de estimación y valoración; el juez incurre en un falso juicio de existencia y en indebida valoración de medios de prueba o de elementos materiales de prueba³¹.

De prosperar esta solicitud, reclama conceder la absolución a su asistido. Así mismo, pide fijar fecha para la audiencia de sustentación.

CONSIDERACIONES

1. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 180 del Estatuto Adjetivo actual, el recurso extraordinario de casación tiene como finalidad «la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia».

Con tal propósito, el inciso 2º del artículo 184 ejusdem fijó las reglas mínimas de admisión de la correspondiente demanda, estableciendo que no se seleccionará aquella que i) carezca de interés para acceder al recurso, ii) no invoque la causal conforme a la cual se edifica el reproche de las contempladas en el artículo 181 ibídem, iii) omita desarrollar los cargos correspondientes o, iv) fundadamente se logre establecer que no se requiere de la sentencia para cumplir las finalidades previstas en el aludido artículo 180; lo anterior, salvo que el cumplimiento de alguno de esos fines permita superar los defectos técnicos que exhiba el libelo y decidir de fondo.

También tiene decantado la jurisprudencia que, la demanda debe ser íntegra en su formulación, suficiente, clara y precisa en su desarrollo y eficaz en la pretensión, de tal

suerte que se debe soportar en los principios que rigen el recurso extraordinario, en especial, los de claridad, precisión, fundamentación debida, prioridad, no contradicción y autonomía, sin que sea viable argumentar a la manera de un alegato de instancia. La proposición de los cargos exige escoger adecuadamente la causal y el sentido de la violación y, concretar el disenso en términos de trascendencia.

2. El libelo que nos ocupa no satisface los requisitos mínimos que exige el referido canon 184 para su admisión y, por lo tanto, no puede ser seleccionado. Las razones son las siguientes:

2.1. En el acápite intitulado “NECESIDAD DE INTERVENCIÓN DE LA CORTE”³², el censor anuncia la demostración de dos yerros, uno de estructura y otro de garantía.

No obstante, faltando a los principios de claridad y no contradicción, al ocuparse del segmento que denomina «Cargo Primero»³³, asegura que este se propone como principal, en capítulo distinto, porque corresponde a un vicio de garantía, lo cual sugiere que más adelante se dedicaría a la segunda censura –que entonces sería subsidiaria-, pero tal propuesta se quedó en el solo enunciado, ya que en parte alguna del libelo delimitó cuál es el defecto específico de una u otra naturaleza y, en últimas, únicamente se postuló y desarrolló una sola censura en la que, pregonó algunas presuntas anomalías lesivas de las garantías fundamentales de defensa y debido proceso.

2.2. En efecto, se advierte que, en una primera parte, la argumentación del censor se dirige, exclusivamente, a reprobear, al amparo de la causal segunda, esto es, por la de nulidad, que el informe del investigador Pedraza Tangarife hubiera servido de soporte a los falladores para atribuirle responsabilidad a su representado, sin que a su juicio, existieran los elementos materiales probatorios y evidencia física que

permitiera su corroboración, los que, según dice, en todo caso, fueron apreciados por los jueces, pese a que no se descubrieron ni se incorporaron al juicio oral, a fin de poder controvertirlos.

Esta premisa merece varias reflexiones.

2.2.1. De un lado, para reprobear la valoración de dicho informe de policía judicial que, en ese contexto específico, no podría identificarse, entonces, como un medio de convicción, por no haber sido introducido en el juicio oral por el testigo de acreditación correspondiente, el demandante estaba obligado a postular la censura por la senda de la infracción indirecta de la ley sustancial por error de hecho en el sentido de falso juicio de existencia por suposición.

No obstante, la verificación de los fallos, muestra que lo verdaderamente analizado fue el testimonio de dicho detective del DAS.

Ahora, a fin de discutir la apreciación por los sentenciadores de presuntos elementos materiales probatorios y evidencia física recaudados en las labores de policía judicial, que, según el libelista, no obran en la actuación y, por lo tanto, habrían sido inventados, también le correspondía al libelista acudir al mismo sentido de ataque mencionado, indicando para el efecto cuáles eran esos elementos de conocimiento que no se practicaron en el juicio pero que en todo caso fueron examinados por los juzgadores, para lo cual, debía señalar con precisión, los apartes de las providencias impugnadas respectivos, así como la incidencia adversa del presunto yerro en el sentido de la decisión confutada.

Contrario a tal proceder, el censor se limitó a echar de menos la ausencia de pruebas que acreditaran la existencia de las instalaciones, locaciones y objetos incautados, sin indicar cuál fue el análisis que sobre el particular hicieron los juzgadores y dejando de lado las reflexiones de los jueces de conocimiento en punto de las pruebas

incriminatorias que sirvieron para afianzar la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad del procesado en la comisión de la misma, a título de coautor.

Nótese como el libelista nada dijo, por ejemplo, frente a la capacidad suasoria que los falladores le dieron al testimonio de José Gerardo Bueno Bueno, pagador de “Los Rastrojos”, quien contó en el juicio que Jorge Iván Gil Agudelo era un comandante de contraguerrilla de la organización ilegal, encargado de prestar seguridad a los terrenos donde se cultivaba la planta de coca y se procesaba la cocaína.

Tampoco aludió a la versión de Jonier Perea Hincapié –también estudiada por los jueces de conocimiento–, que ratificó la de Bueno Bueno, y aseguró que el procesado, como él, tenían el referido rango y estaban encargados de «cuidar cultivos de coca, recuperar terrenos donde había hoja de coca, MELLIZO le tocaba (...) cuidar 60 chongos con las personas a su cargo. Cargaban armas, morteros, truflay (sic), que los superiores le daban órdenes a los comandantes de contraguerrilla, sino cumplían ordenes (sic) los ejecutaban. Que los campesinos salían hasta la punta y HAROLD PATO compraba la droga, el comandante de contraguerrilla también cuidaba que los campesinos no podían venderle la droga a persona diferente que a HAROLD PATO, CHORIZO, PANELA, tenían claro que las funciones de los rastros era el narcotráfico, conocían que se procesaba base de coca, MELLIZO también cumplía esas labores. Que conoció a MELLIZO en el 2005 encargado de la zona de entrenamiento. Que la zona era de difícil acceso. Que MELLIZO estuvo laborando en VENEZIA porque esa era zona de taponamiento de las FARC pero luego lo pasaron a cuidar los chongos, que sabían de la cantidad de producción porque como comandantes tenían que llevar contabilidad de eso, por radio les avisaban, y muchas veces entregaban la producción, sabían cuál era la productividad mensual porque la finalidad era que los campesinos no se la vendieran a otras personas.»³⁴

De igual modo, si de lo que se trataba era de refutar el mérito positivo asignado por los

falladores al testimonio de Pedraza Tangarife, es claro que el reproche se trasladó al escenario de una simple divergencia frente a la credibilidad asignada a su declaración, la cual no era susceptible de ser rebatida, mientras no se acreditara una lesión severa de los postulados de la sana crítica.

En efecto, como la sentencia de segunda instancia arriba a esta sede precedida de la doble presunción de acierto y legalidad y los jueces gozan de cierta discrecionalidad para evaluar las pruebas, siempre que lo hagan respetando el sistema de persuasión racional, no es posible discrepar de su ponderación, salvo que se demuestre un yerro protuberante en el juicio de valor de los falladores.

No es este el caso, pues, la simple opinión particular del abogado en el sentido que, no ha debido creérsele a Pedraza Tangarife porque no apoyó su dicho en ninguna pieza probatoria que probara que lo relatado por él tenía asiento fenomenológico en la realidad -como, por ejemplo, la carta de ubicación GPS, las fotografías y scan aéreo de los sitios de cultivos, laboratorios, caminos y puntos estratégicos, el soporte de las diligencias de allanamiento y registro y de las incautaciones de material físico, químico, de intendencia, armamento y dispositivos electrónicos-, ignora que en el sistema de enjuiciamiento penal con tendencia acusatoria, el testimonio practicado en el juicio oral con inmediación del juez de conocimiento y sometido a confrontación, tiene la entidad de medio probatorio autónomo, que bien puede ser evaluado en términos de pertinencia, conforme al principio de libertad probatoria.

Es que, no es posible perder de vista que, de cara a este postulado, el juez puede llegar al conocimiento de los hechos por cualquier mecanismo de prueba legal y oportunamente practicado, en este caso, a través del testimonio del referido investigador y de los otros testigos directos de los hechos.

Repárese cómo el censor no esgrime ninguna otra razón por la que no habría de

asignársele mérito positivo a la declaración del referido investigador y, en ese sentido, no pone en evidencia ningún yerro apreciativo relevante de los jueces unipersonal y plural que pudiera restarle valor y dar lugar a la modificación del proveído impugnado.

Súmese la clara equivocación del letrado en la senda escogida, pues jamás los errores en el ejercicio de valoración probatoria podrían dar lugar a un yerro in procedendo, susceptible de ser corregido mediante la declaración de nulidad, sino, a lo sumo, a proferir fallo de reemplazo, si es que aquellos fueran realmente trascendentes.

Las marcadas deficiencias lógico jurídicas de la propuesta son evidentes si se advierte que, justamente, para el defensor, no parece existir ninguna divergencia entre la pretensión invalidatoria y la de emisión de sentencia sustitutiva, pues con claro desconocimiento del principio de no contradicción, las elevó simultáneamente, siendo que son excluyentes, en la medida que, sobre la base de una actuación sustancialmente irregular, no es viable dictar providencia alguna que la modifique.

2.2.2. Un segundo aspecto, debatido por el profesional del derecho, consiste en argüir la presunta lesión del derecho al debido proceso, en su componente de defensa derivada de la imposibilidad de acceder oportunamente a los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida por la fiscalía tanto durante la fase de descubrimiento probatorio³⁵ como en el juicio oral.

Sobre el particular, basta señalar que la necesaria verificación preliminar del expediente permite concluir que el censor contrarió el principio de corrección material, pues, distinto a lo predicado, durante la audiencia de formulación de acusación, el ente investigador descubrió a la defensa, conforme al artículo 344 de la Ley 906 de 2004, los elementos de persuasión base de su pliego de cargos³⁶, descritos de manera idéntica en el escrito correspondiente y en su adición, y también se confirma que todos ellos fueron entregados, en la audiencia preparatoria, al defensor de confianza designado por el

procesado.

En efecto, revelan los audios que, en la formulación de la acusación, tras la lectura detallada por parte de la fiscal del caso de los elementos de convicción objeto del descubrimiento probatorio, la juez de primer nivel instó a la funcionaria para que entregara, en el acto, las copias solicitadas por la defensa, pero, como ella aseveró contar solamente con los originales, la juzgadora la requirió para que, a través suyo, se los entregara a la defensa, en un término máximo de tres días, de acuerdo con las previsiones del referido canon 34437.

Aunque al iniciar la audiencia preparatoria -sesión del 7 de septiembre de 2011-, el nuevo profesional del derecho contractual informó que ello no se cumplió porque su predecesor no acudió a recoger los medios de convicción descubiertos, también reconoció que en esta misma diligencia los iba a recibir de manos del ente acusador³⁸, y la juez de conocimiento, a petición de dicho jurista, suspendió la diligencia a fin de que este contara con un término prudencial para estudiarlos.

En la sesión siguiente -14 de ese mismo mes-, la representante de la Fiscalía manifestó que entregó a la defensa todos los elementos materiales probatorios relacionados en el escrito de acusación y en la adición³⁹ y, asimismo, el defensor aceptó que: «el procedimiento de descubrimiento efectuado por la Fiscalía estuvo completo»⁴⁰.

Igualmente, en su turno de realizar el descubrimiento, la defensa manifestó que no contaba con ningún medio de conocimiento que debiera ser descubierto y aclaró que su actividad dentro del juicio oral se limitaría a contrainterrogar los testigos de la fiscalía y a presentar como único testigo a su prohijado, quien renunciaría al derecho a guardar silencio⁴¹.

En consecuencia, ante la falta de oposición y por encontrar pertinentes y conducentes los testimonios y los documentos invocados por el ente investigador, la juez decretó su

práctica, así como, de la única declaración -del procesado-, solicitada por la defensa.

Entonces, constituye una clara falacia del defensor, aseverar que le fue restringido el principio de contradicción porque no le descubrieron y entregaron oportunamente copias de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que había recaudado la fiscalía en contra de su mandante, pues como se comprobó, la a quo garantizó que el ejercicio de descubrimiento probatorio fuera completo y adecuado, en los términos del artículo 356 de la Ley 906 de 2004.

Distinto es, que durante el juicio oral, el órgano investigador no haya introducido todas y cada una de las evidencias descubiertas y decretadas a su favor en la audiencia preparatoria, pero esto, contrario a lo sugerido por el recurrente, no constituye vicio alguno susceptible de lesionar el principio de contradicción, pues, la fiscalía -como la defensa- en tanto sujeto parte, es libre de introducir o renunciar discrecionalmente a la práctica de cualquiera de ellas, según cumpla con mayor o menor grado sus expectativas demostrativas.

Y es que, la abdicación respecto de algún(os) elemento(s) de prueba durante el juicio, en últimas, a lo máximo que podría conducir es a no probar el supuesto de hecho que estaba destinado a acreditar, pero, se insiste, jamás, llegaría a comportar una sanción tan extrema como la de la nulidad.

Tampoco es válido pretender que, el ente acusador tuviera la carga de introducir al juicio oral elementos materiales probatorios que le favorezcan a su contraparte, pues, en un sistema de enjuiciamiento oral de tendencia adversarial, las partes, en igualdad de armas, están habilitadas para descubrir y solicitar el decreto y práctica de las pruebas que estimen necesarias para demostrar su teoría del caso.

La única prevención legal, destinada a sancionar la ausencia de descubrimiento, es la

descrita en el artículo 446 que impide aducir y practicar en juicio el elemento material probatorio que no haya sido descubierto, debiendo serlo, salvo prueba que indique que tal obligación se incumplió por causas no imputables a la parte afectada.

Así, si el jurista aspiraba a probar algún aspecto determinante que pudiera serle benéfico a su estrategia defensiva, debió cumplir con la tarea de descubrir y pedir, en la oportunidad legal, la práctica de los medios de conocimiento que le resultaran «muy significativos y favorables» y, no, esperanzarse a que lo hiciera la fiscalía: su directo contradictor.

En este sentido, la Sala ha señalado:

Por ello, carece de sustento legal afirmar, sin ningún tipo de soporte, que la prueba pertenece al proceso y no a la parte, como quiera que, dentro de la facultad de postulación que asiste a los intervinientes en el trámite procesal, si exclusivamente una parte solicitó la prueba para soportar su teoría del caso, alegando en pro de la conducencia y pertinencia de ésta, esa misma parte, sea porque la interprete innecesaria o se dificulte hacer llegar al testigo, como ocurrió en el caso examinado, puede renunciar a la prueba, en el entendido, dentro del concepto lógico sistemático que ha de gobernar el asunto, de que esa renuncia sólo lo afecta a él. (CSJ A.P 29 ag. 2007, rad. 28.056)

Ahora, los fallos no revelan la valoración de elementos materiales probatorios incautados en las diligencias de registro y allanamiento a las que hizo referencia el plurimencionado detective, como para que fuera necesario examinar la cadena de custodia respectiva -cuestionamiento que, dicho sea en este momento, debe ser elaborado a través del error de hecho por falso raciocinio-, y el censor tampoco se ocupó de identificar mínimamente cuáles fueron esas evidencias y las presuntas irregularidades cometidas y mucho menos, su incidencia en la decisión acusada.

Es más, el a quo de manera expresa destacó que pese a la ausencia de prueba técnica

que acreditara la materialidad de la conducta punible, los medios de conocimiento practicados en juicio, de naturaleza esencialmente testimonial, junto con las estipulaciones probatorias permitían elevar el juicio de reproche correspondiente. En lo pertinente, estos fueron sus considerandos:

No hay una regla específica (sic) ni una tarifa legal para demostrar los hechos, existe libertad probatoria, así entonces que no se diga que porque no se cuenta con un peritaje, ni con pesaje, ni con incautación de sustancias ilícitas, no se pueda atribuir el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefaciente, los testimonios fueron claros, explícitos, concatenados, indicativos de que la organización los Rastrojos tenían como finalidad el tráfico de sustancias ilícitas como la cocaína, que semanalmente se podían producir más de 100, 400, 600 u 800 kilos, entonces nos preguntamos cuanto (sic) pudo ser la producción durante los más de cinco años que JORGE IVAN perteneció a la organización cuidando los sitios en donde se encontraban asentados los laboratorios para el procesamiento del alcaloide?

Casi sería incalculable, pero irrisorio nunca pudo ser, es pueril e infantil la explicación que da JORGE IVAN de que perteneció a los rastrojos, que ocupó importante nivel jerárquico, que estuvo varios años y no supo para que (sic) estaban constituidos o creados la banda criminal de los rastrojos, eso solo se lo cree él.

No fue abundante, pero si suficiente haber contado con unos testigos serios, responsivos, concatenados que vinieron a decir la verdad, que vinieron a contar lo que sabían, lo que vivenciaron (sic), que vinieron a señalar a quiénes conocían, que determinaron qué se hacía al interior de la banda; la defensa no presentó prueba que desvirtuara la traída por la fiscalía.⁴²

Similares fueron las reflexiones del ad quem:

La defensa ataca el proveído de la primera instancia, por la inexistencia del objeto material

del tipo penal, dice “es como tener un homicidio sin tener el occiso o una necropsia”. Sin embargo, tratándose de una conducta punible donde no operó el estado de flagrancia, dentro de la libertad probatoria que rige nuestro sistema procesal penal, las versiones del investigador CESAR AUGUSTO PEDRAZA TANGARIFE aunada a la del testigo JOSE GERARDO BUENO BUENO resultan contundentes para establecer que efectivamente en esa región del país, los denominados Rastrojos, cultivaban, procesaban y comercializaban la cocaína. Para ello, tenían una estructura militar, dentro de la cual ejercía el acusado para asegurar que el estupefaciente saliera de la región rumbo a su mayor comercialización de la cual depende la financiación de esta agrupación criminal.

Respecto de la cantidad de droga estupefaciente, bastaba su permanencia por un solo mes, para sobrepasar la cantidad que da lugar a un mayor reproche típico de acuerdo con la agravante descrita en el numeral 3° del artículo 384 del Código Penal; verosímil además cuando se trataba de una gran extensión de cultivos y de varios laboratorios para extraer la base de coca, de la cual otros miembros como los deponentes citados dan cuenta de cifras que con holgura sobrepasan los cinco (5) kilos dispuestos en la norma.

Por consiguiente la ausencia del objeto material del ilícito no es óbice para derivar la existencia de la conducta punible y la responsabilidad penal del acusado como coautor impropio de la misma. Incluso, a manera de información para la defensa su comparación con el otro reato resulta desafortunada porque hoy por hoy para el homicidio, tampoco se requiere exclusivamente de un occiso y/o de necropsia. Para mayor comprensión de tal aspecto, véase la sentencia proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del 18 de mayo de 2006, dentro del asunto radicado al número 24.012, con ponencia del doctor Javier Zapata Ortiz.⁴³

Así mismo, la juez unipersonal se apoyó en jurisprudencia de la Corte según la cual, dando alcance al postulado de libertad probatoria, no es indispensable la existencia de alguna diligencia de incautación de sustancias narcóticas o pericia que determine su peso

para tener por demostrada la materialidad de la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (CSJ. SP. 12 dic. 2005, Rad. 22792).

Esta postura ha sido reiterada en otras ocasiones, por ejemplo en el auto CSJ AP, 5 Dic. 2007, Rad. 28566 que al respecto señaló:

En efecto, pese a que el actor considera que la materialidad del delito de tráfico y porte de estupefacientes se prueba única y exclusivamente con “la peritación, científica, especializada y técnica” sobre la sustancia, ninguna referencia realiza con relación a lo expuesto de tiempo atrás por esta Sala sobre el particular, esto es, que en virtud del principio de libertad probatoria establecido en el artículo 237 de la Ley 600 de 2000, según el cual, “los elementos constitutivos de la conducta punible (...) podrán demostrarse con cualquier medio probatorio”, las referidas diligencias que el demandante tilda de ilegales, no constituyen la única forma de acreditar la materialidad del delito de porte y tráfico de estupefacientes, pues se puede acudir a otros medios probatorios, como por ejemplo a los testimonios⁴⁴, (...).

En este sentido, ningún vicio podría pregonarse del hecho de no haber introducido en juicio prueba técnica de la existencia de las zonas de cultivo, los laboratorios y las sustancias alcaloides.

Para cerrar, practicado el testimonio de César Augusto Pedraza Tangarife en juicio público, concentrado, con inmediación de la juez del conocimiento y sometido a contradicción y confrontación, la no introducción de los informes a su cargo, relacionados en la demanda por el recurrente (reporte de iniciación y anexos –entrevistas e interrogatorios- (evidencia No. 1 del escrito de acusación); informe de investigador de campo y anexos –entrevistas e interrogatorios- (evidencia No. 3 del escrito de acusación); acta de inspección a lugares y anexos –entrevistas e interrogatorios- (evidencia No. 9 del escrito de acusación); y orden de policía judicial del 8 de agosto

de 2011 sobre la inspección judicial al radicado 110016001276201000071 (evidencia No. 5 del escrito de adición de la acusación)) resulta del todo insustancial, pues él es la fuente directa de conocimiento de la información entregada en los mismos.

Además, si la defensa, estaba inconforme con lo narrado por ellos, bien podía utilizar dichos reportes para impugnar su credibilidad. Si no lo hizo, no podría tratar de subsanar su incuria objetando la imposibilidad de controvertirlos.

Lo mismo debe decirse de las entrevistas de José Gerardo Bueno Bueno y Jonier Perea Hincapié y del acta de reconocimiento fotográfico realizado por el primero el 20 de agosto de 2010 (evidencias No. 4, 19, 20, 21, 22, 25, 26 y 30 del escrito de acusación), pues la comparecencia de dichos deponentes al juicio oral tornó inane la aducción de aquellos al juicio.

Por último, nuevamente se detecta la ruptura del principio de corrección material, pues no es cierto que el informe de investigador de campo del 7 de julio de 2011 contentivo de las respuestas periciales de Orlando Ocampo Romero frente a las memorias USB entregadas por Bueno Bueno (evidencia No. 8 del escrito de adición de la acusación) solicitadas mediante la orden de policía judicial del 8 de junio de 2011 y su prórroga del 24 de junio siguiente sobre el trámite de análisis de medios magnéticos (evidencia No. 2 del escrito de adición de la acusación), no haya integrado el compendio probatorio, pues, precisamente, corresponde a una de las estipulaciones –la No. 2- pactadas entre la defensa y el ente acusador⁴⁵.

La clara insuficiencia de la demanda no conduce más que a su inadmisión.

3. Resta señalar que, al amparo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, cuando la Corte decide no darle curso a una demanda de casación, es procedente la insistencia, cuyas reglas, en ausencia de disposición legal, fueron definidas por la Sala desde el auto del 12 de diciembre de 2005, radicación 24.322.

Finalmente, la Sala no observa flagrantes violaciones de derechos fundamentales, causales de nulidad, ni motivos que conduzcan a la necesidad de un pronunciamiento profundo frente al expediente en razón de las finalidades de la casación.

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

RESUELVE

Primero. Inadmitir la demanda de casación presentada por el defensor de Jorge Iván Gil Agudelo contra la sentencia proferida el 21 de enero de 2013⁴⁶ por la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga.

Segundo. Conforme al inciso 2º del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004, procede la insistencia.

Notifíquese y cúmplase.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Se precisa que en la sentencia erradamente se consignó 2012, pero en realidad ella se emitió en el 2013.

2 Cfr. folio 2 de la sentencia de segunda instancia a folio 202 del cuaderno principal.

3 Cfr. folios 1-16 ibídem.

4 Cfr. folios 25-26 ibídem.

5 Cfr. folios 35-36 ibídem.

6 Cfr. folios 37-38 ibídem.

7 Cfr. folios 55-56 ibídem.

8 Cfr. folios 55-56 ibídem.

9 Cfr. folios 72-73 ibídem.

10 Cfr. folios 79-80 ibídem.

11 Cfr. folios 121-122 ibídem.

12 Cfr. folios 124-126 ibídem.

13 Cfr. folios 157-183 ibídem.

14 Cfr. folios 201-229 ibídem.

15 Cfr. folio 231 ibídem.

16 Cfr. folios 234-258 ibídem.

17 Cfr. folio 245 ibídem.

18 No los delimita.

19 Cfr. folio 247 ibídem.

20 Ibídem.

21 Cfr. folio 250 ibídem.

22 Cfr. folio 251 ibídem.

23 Ibídem.

24 Ibídem.

25 Cfr. folio 253 ibídem.

26 Cfr. folio 254 ibídem.

27 No la identifica. Cfr. folio 256 ibídem

28 Cfr. folio 257 ibídem

29 Ibídem.

30 Ibídem.

31 Cfr. folios 257-258 ibídem.

32 Cfr. folio 245 ibídem.

33 Cfr. folio 247 ibídem.

34 Cfr. folios 8-9 de la sentencia de primera instancia a folios 164-165 del cuaderno principal.

35 Cuyo desconocimiento ciertamente puede alegarse conforme a la causal segunda por la senda de la nulidad.

36 Cfr. minutos 18:46-23:16 y 34:37-55:22 de la carpeta de audiencia de formulación de acusación del Cd. 3, obrante en el cuaderno de la Corte.

37 Cfr. minutos 55:23-58:38, de la carpeta de audiencia de formulación de acusación, ibídem.

38 Cfr. minutos 4:25 y 6:10 y ss. de la carpeta de audiencia preparatoria, ibídem.

39 Cfr. minutos 3:30-3:38, del Cd. de la sesión del 14 de septiembre de 2011 de la audiencia preparatoria.

40 Cfr. minutos 3:45-3:55, ibídem.

41 Cfr. minutos 4:21-4:35, ibídem.

42 Cfr. folio 17 de la sentencia de primera instancia a folio 173 ibídem.

43 Cfr. folios 27-28 de la sentencia de segunda instancia a folios 227-228 del cuaderno

del Tribunal.

44 Ver providencias del 30 de junio de 2005. Rad. 22779, 25 de mayo de 1999. Rad. 12885, 18 de septiembre de 1996. Rad. 9582 y del 5 de mayo de 1994. Rad. 8.361.

45 Cfr. folio 82 del cuaderno principal.

46 Se precisa que en la sentencia erradamente se consignó 2012, pero en realidad ella se emitió en el 2013.