GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

SP-2020

Radicación 54784

Aprobado Acta No. 087

Bogotá, D.C, veintinueve (29) de abril de dos mil veinte (2020)

ASUNTO

Decidir la impugnación interpuesta por el defensor de BENJAMÍN CUESTA CASTAÑEDA, contra la sentencia de segunda instancia proferida el 11 de diciembre de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, mediante la cual revocó el fallo absolutorio dictado el 17 de junio de 2015 por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de esa ciudad y, en su lugar, condenó al citado procesado a la pena de 270 meses de prisión, multa de 8585 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de 20 años, al hallarlo responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

1. HECHOS

El 26 de abril de 2011 en zona rural del municipio de San José de Guaviare, BENJAMÍN CUESTA CASTAÑEDA conducía su camioneta con destino a la citada población llevando consigo varios pasajeros, cuando fue interceptado por miembros del Ejército Nacional, quienes procedieron a requisar el automotor, encontrando dentro de éste una lona

contentiva de una sustancia de color blanco, la cual fue entonces retenida, junto con el vehículo y la cédula de ciudadanía de su conductor, sin que se hubiese efectuado ningún acto propio de cadena de custodia.

Dos días después, como resultado de un operativo generado a partir de una denuncia que contra los militares intervinientes en el registro del vehículo antedicho formulara BENJAMÍN CUESTA CASTAÑEDA por el punible de extorsión, se logró la captura de varios uniformados, entre éstos Miguel Ángel Cruz Verján, en cuyo poder se halló una sustancia que, tras los análisis pertinentes, además de establecerse que correspondía a cocaína en cantidad de 10.895,1 gramos, se determinó que se trataba de la misma que había sido hallada en el rodante conducido por BENJAMÍN CUESTA CASTAÑEDA.

2. ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. Solicitada y lograda, por tales sucesos, la captura de BENJAMIN CUESTA CASTAÑEDA, en audiencia concentrada celebrada el 12 de diciembre de 2012 en el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de San José del Guaviare, se legalizó tal aprehensión y se le imputó al indiciado el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, de acuerdo con lo previsto en los artículos 376, inciso 3º, y 384, numeral 3, del Código Penal, cargo que el procesado no aceptó, sin que, por otro lado, la Fiscalía hubiere solicitado la imposición de medida de aseguramiento.

2. El escrito de acusación fue radicado el 6 de febrero de 2013, correspondiéndole la actuación al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Villavicencio, donde se llevó a cabo la respectiva audiencia el 14 de marzo de ese mismo año, modificándose la imputación en el sentido que se acusaba por la conducta punible antes dicha, pero de acuerdo con la pena establecida en el inciso primero del artículo 376 del Código Penal, con la misma causal de agravación.

3. La audiencia preparatoria se materializó el 25 de julio de 2013, acto en el cual se pactaron como estipulaciones probatorias la plena identidad del acusado, el registro de antecedentes penales y la existencia de la sustancia incautada, que según el dictamen pericial arrojó resultado positivo para cocaína.

4. El 5 de septiembre de 2013 se dio inicio al juicio oral y culminó el 24 de abril de 2015 con el anuncio del sentido absolutorio del fallo.

5. La Fiscalía interpuso recurso de apelación, el que la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio resolvió en providencia del 11 de diciembre de 2018, revocando el fallo absolutorio impugnado, para, en su lugar, condenar a BENJAMÍN CUESTA CASTAÑEDA a la pena principal de 270 meses de prisión y multa equivalente a 8.585 salarios mínimos legales mensuales vigentes y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años. Para el cumplimiento de la sanción impuesta, se ordenó la captura del citado, la cual se materializó el 19 de febrero de 2019.

6. Por tratarse de primera condena, la defensa interpuso recurso de apelación, concediéndose mediante auto del 30 de enero de 2019 para ante esta Colegiatura, al haber sido sustentado dentro del término legal.

7. Comoquiera que el ad quem sólo dio el trámite correspondiente al recurso de apelación sin permitirle a las demás partes e intervinientes pronunciarse sobre el derecho a interponer el extraordinario de casación, mediante auto de 8 de mayo de 2019 esta Sala se abstuvo de resolver la impugnación y dispuso la devolución del expediente al Tribunal para el ajuste pertinente.

8. Corregida la irregularidad y sin que se hubiese promovido el recurso de casación, retornaron las diligencias para decidir así la impugnación especial.

3. DECISIÓN IMPUGNADA

1. Señaló el Tribunal que, contrario al parecer del a quo, las pruebas obrantes en la actuación conducían a obtener el conocimiento más allá de toda duda razonable, tanto sobre la materialidad de la conducta punible como en torno a la responsabilidad penal del acusado BENJAMÍN CUESTA CASTAÑEDA.

1.1. Para efectos del primer supuesto, dijo, la estipulación acordada por las partes determinó que la sustancia incautada el 28 de abril de 2011 al soldado Miguel Ángel Cruz Verján, era cocaína en cantidad de 10.895,1 gramos, según así, por demás, se estableció con la prueba PIPH y el dictamen forense de Medicina Legal.

1.2. A su turno, también la responsabilidad del implicado se acreditó con prueba testimonial, en tanto ésta hizo evidente que el estupefaciente hallado al miembro del Ejército Nacional era el mismo que aquél transportaba.

En ese orden, el sargento Wilson Dominique Yaqueno Criollo, dio cuenta del operativo militar realizado el 28 de abril de 2011 atendiendo precisamente la información suministrada por CUESTA CASTAÑEDA en torno a la presunta extorsión de que era víctima por parte de unos institucionales, en el cual fueron capturados un cabo y tres soldados, entre estos, Miguel Ángel Cruz Verján, persona que en juicio relató haber interceptado, junto con otros militares y por órdenes del cabo Juan Carlos Yepes Blanco, la camioneta que conducía el aquí acusado, donde halló una talega contentiva de cocaína ubicada debajo de la silla delantera.

Tales testimonios merecieron para el Tribunal todo el crédito al ser conocedores directos de los hechos, por manera que complementados con la estipulación probatoria referida, conformaron un conjunto demostrativo contundente tanto en punto de la ocurrencia de los hechos como en el rol del acusado, luego resulta certero el señalamiento que hizo Cruz Verján en cuanto a que el propietario de la sustancia no podía ser otro que CUESTA

CASTAÑEDA, ya que fue claro y reiterativo en señalar que a los pasajeros que iban en el vehículo no se les halló nada y que la sustancia prohibida estaba debajo de la silla delantera, correspondiente al conductor.

Pero demás, agregó, existía un interés de CUESTA CASTAÑEDA sobre el «alijo», indicativo de que era su propietario o al menos el encargado de su transporte, pues acudió al batallón acantonado en San José del Guaviare y ante el Sargento Segundo Yaqueno Criollo denunció que le estaban exigiendo $40.000.000 a cambio de devolverle el carro, la cédula de ciudadanía y un estupefaciente que le habían encontrado, situación corroborada por el soldado Cruz Verján al admitir la petición del dinero en cumplimiento de la orden dada por su superior.

1.3. Concluyó, por tanto, que la realidad probatoria evidenciaba que BENJAMÍN CUESTA CASTAÑEDA para el 26 de abril de 2011 transportaba debajo de la silla del vehículo que conducía 10.895,1 gramos de cocaína, la cual fue incautada, así fuera irregularmente, por integrantes del Ejército Nacional, sin que el testimonio de Roquelínn Cuesta Castañeda, hermano de aquél, se contrapusiera al señalamiento efectuado por Cruz Verján, acerca del lugar donde fue hallada la droga.

2. Consecuentemente y para efectos de la dosificación punitiva, fijó los extremos entre 256 y 360 meses de prisión y 2.668 a 50.000 salarios mínimos legales mensuales como pena pecuniaria. Como no se imputaron circunstancias de mayor ni de menor punibilidad, se ubicó en el cuarto mínimo, esto es, entre 256 a 262 meses de prisión y 2668 a 14.501 salarios mínimos.

Dados los parámetros del artículo 61.3 del Código Penal, fijó la pena principal en 270 meses de prisión y multa equivalente a 8585 salarios mínimos legales mensuales vigentes y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas en 20 años.

Finalmente, le negó al procesado la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la

prisión domiciliaria al no cumplirse los requisitos señalados en los artículos 63 y 38 del Código Penal.

4. IMPUGNACIÓN ESPECIAL

Solicitó el defensor la revocatoria de la sentencia condenatoria y, consecuentemente, se absuelva a su prohijado.

1. Cuestionó, en primer lugar, que se hubiese acreditado la materialidad de la conducta bajo el argumento de que existe claridad sobre la mismidad del estupefaciente, pues en su sentir la estipulación pactada lo fue en rededor de las 8 bolsas plásticas que dieron positivo de acuerdo con el dictamen de Medicina Legal del 26 de julio de 2011 y no del informe del investigador de campo fechado el 29 de abril de ese mismo año.

2. Tanto la Fiscalía como el Tribunal indicaron que se presentaron dos momentos: uno, el retén donde se dice se realizó la incautación y otro el operativo en el que se halló la sustancia a los militares, pero la estipulación no precisó a qué alcaloide se refería, luego mal puede sostenerse que la estipulada sea la que supuestamente hallaron en el vehículo o la que se decomisó a los militares, por manera que no existe certeza acerca de a quién pertenecía el estupefaciente analizado por Medicina Legal.

3. En términos del fallo de segunda instancia la droga se incautó al soldado Miguel Ángel Cruz Verján, cuando el procesado dio cuenta de la extorsión a la que lo estaban sometiendo los militares, según la cual, de no acceder a la entrega del dinero exigido e incluidas amenazas de muerte, lo involucrarían con el estupefaciente, conforme lo declaró el testigo Yaqueno Criollo, quien en momento alguno sostuvo que el negocio incluyera la devolución de la sustancia, sencillamente porque no era de él.

Su representado aceptó el canje para poder salir y solicitar ayuda en la liberación de su hermano, quien también estuvo en el lugar y fue secuestrado por los militares mientras se entregaba el dinero, de modo que una vez llegó a San José del Guaviare decidió poner en conocimiento de la autoridad castrense tal situación.

4. Concurren, en opinión del impugnante, inconsistencias frente a la sustancia que se dice hallada al acusado y la que finalmente se analizó, toda vez que en el acta de incautación del 28 de abril de 2011 se registra un total de 10 bolsas transparentes con sustancia similar a base de coca y peso de 11.355 gramos, mientras que en el informe de investigador de campo del 29 de ese mismo mes se relacionan 8 bolsas con peso neto de 10.895,1 gramos, número de empaques al que igualmente se alude en el análisis del 26 de julio siguiente, sin que se relacione el gramaje.

5. Por todo lo anterior, concluyó, lo único demostrado es que el 28 de abril de 2011 al soldado Miguel Ángel Cruz Verján le fueron incautados 11.355 gramos de alcaloide, pero en ningún momento que esta sustancia perteneciera a BENJAMÍN CUESTA CASTAÑEDA; luego, en esas condiciones no se acreditó la materialidad del delito a éste atribuido, tal como lo señaló el a quo de conformidad con doctrina de la Corte expuesta en sentencia SP160-2017 del 18 de enero de 2017, radicado 44741, en torno a la cadena de custodia del material incautado, de modo que no existe prueba idónea indicativa de que la sustancia allegada al expediente fuera del aquí procesado o de que a él le hubiese sido incautada.

6. Según el precedente judicial citado, afirmó, no es posible omitir, como sucedió en este evento, la cadena de custodia; tampoco podía el Tribunal suponer que el dictamen de Medicina Legal del 26 de julio de 2011, objeto de estipulación, suplía los elementos y procedimientos que la conforman, o demostraba la titularidad de la sustancia examinada pericialmente en cabeza de CUESTA CASTAÑEDA.

7. Los hechos acaecieron el 26 de abril de 2011, aproximadamente a las 10 horas, pero la

cadena de custodia acá verificada lo es partir de las 20:40 horas del 28 de ese mismo mes y año, es decir 3 días después, circunstancia que impedía emitir una sentencia de condena por un delito del que no existe prueba de la materialidad, pues todo indica la incautación de la sustancia al soldado ese día, pero en ningún momento a CUESTA CASTAÑEDA en la primera fecha indicada, eso sin contar con que lo retenido al militar es diferente a lo analizado por Medicina Legal, «…quedando en duda o provocando esta en el sentido de que existieron 3 cantidades de estupefacientes, sin lograrse probar la que supuestamente era de propiedad de mi cliente.»

8. Tal como lo dispone el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, la cadena de custodia debió empezar en el momento y lugar en que se encontró la sustancia, esto es, el 26 de abril y no el 28 siguiente en las instalaciones de la base militar de San José del Guaviare, lo contrario implicó una alteración de los protocolos que debían aplicarse a la misma.

9. La Fiscalía se orientó a probar la cantidad del estupefaciente que fue incautado al soldado, pero no que el mismo fuera de propiedad del acusado; luego, mal podía fundarse el fallo condenatorio en los testimonios parcializados de los soldados, dado el interés de éstos en un resultado adverso al procesado por la rivalidad que se generó en razón a la denuncia interpuesta y que dio lugar a su captura y judicialización.

10. De otro lado, el testimonio de Roquelínn Cuesta tampoco demostraba que se le hubiese encontrado la sustancia prohibida a su hermano, el procesado, pues declaró la verdad y no buscó crear una historia que no fuera real, dijo aquello que pudo ver.

11. El único que indicó el lugar donde estaba el alcaloide fue el soldado Cruz Verján, testigo carente de credibilidad, si en cuenta se tiene lo dicho por Yaqueno Criollo en el sentido que tendían a mentir para favorecerse, con mayor razón si la intención del cabo Yepes era la de responsabilizar a los soldados de los hechos que eran objeto de investigación dentro del

proceso penal adelantado en su contra, «…pero ahora los militares giran sus mendaces dichos hacia mi representado y es por eso que allí en ese proceso se compulsan las copias en contra de mi representado.»

12. Infringidos los protocolos de la cadena de custodia, la evidencia objeto de la misma, agregó, ha de excluirse; esto significa que «…se cae igualmente el presente juzgamiento», imponiéndose, por ende, la revocatoria del fallo impugnado, para, en su lugar, erigirse uno de carácter absolutorio en favor de BENJAMÍN CUESTA CASTAÑEDA.

4. CONSIDERACIONES

1. La Sala es competente para conocer de la impugnación interpuesta por el defensor de BENJAMÍN CUESTA CASTAÑEDA, contra la sentencia dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio el 11 de diciembre de 2018, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 235 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 01 de la anotada anualidad y el criterio mayoritario plasmado en la decisión CSJ AP1263-2019 del 3 de abril de 2019.

2. Tal impugnación lo es, porque en opinión de quien la propone, no se logró en este caso acreditar que la cocaína1 incautada fuera de propiedad, o transportada por BENJAMÍN CUESTA CASTAÑEDA en su camioneta el día 26 de abril de 2011, toda vez que, la finalmente analizada correspondió a la confiscada al soldado Miguel Ángel Cruz Verján, dos días después.

3. La discusión, por tanto, se encamina en primer término, a establecer si la sustancia hallada al interior del automotor conducido por el acusado, corresponde a la que finalmente fue incautada el 28 de abril de dicho año en poder del soldado Cruz Verján, la que, como se indicó, luego de los respectivos estudios, resultó positiva para cocaína.

4. Bajo esa comprensión se hace entonces necesario establecer la autenticidad de la evidencia, pero sin perder de vista que no es la cadena de custodia, a pesar de su reconocida importancia, el único y exclusivo medio, como parece entenderlo el impugnante, para arribar a un tal propósito.

Precisamente en torno a esta temática la Sala ha indicado (CSJ SP12229, 31 de agosto de 2016, rad. 43916, reiterada en SP160, 18 de enero de 2017, rad. 44741):

(…) la autenticación de las evidencias físicas no es otra cosa que probar que una cosa es lo que la parte plantea según su teoría del caso, tal y como lo ha sostenido de tiempo atrás esta Corporación (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, entre otras).

El carácter probatorio de la autenticación está consagrado expresamente en la Ley 906 de 2004. Así, el artículo 277 establece que "la demostración de la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que la presente"; y el artículo 426 precisa que "la autenticidad e identificación del documento se probará por métodos como los siguientes…".

Frente a estos aspectos prevalece el principio de libertad probatoria que inspira el sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004. Ello se hace palmario en la redacción de los artículos 277 (no regula los medios probatorios que deben utilizarse para autenticar evidencias no sometidas a cadena de custodia) y 426 (enuncia algunas formas de autenticación de los documentos), y, principalmente, en lo establecido en el artículo 373 en el sentido de que "los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos".

No obstante, en las decisiones en cita también se hizo hincapié en la obligación constitucional (art. 250 C.P.) y legal (artículos 205, 209, 254, 277, entre otros, de la Ley 906 de 2004), de sujetarse a la cadena de custodia por tratarse de un procedimiento que por

excelencia permite el aseguramiento de las evidencias físicas a fin de evitar su suplantación, alteración o falseamiento y garantizar el principio de mismidad, según el cual, «(…) el medio probatorio exhibido en los estrados judiciales debe ser el mismo y debe contar con las mismas características, componentes y elementos esenciales del recogido en la escena del delito o en otros lugares en el curso de las pesquisas adelantadas por los investigadores.»2

Por eso, la Corte ha relievado la trascendencia que en materia de valoración probatoria tiene el cumplimiento de dicho medio de autenticación:

(…) que los problemas de cadena de custodia atañen a la valoración de la evidencia mas no a su legalidad (CSJ SP, 19 Feb. 2009, Rad. 30598, CSJ AP 7385, 16 Dic. 2015, entre otras), no significa: (i) excepcionar la obligación constitucional y legal que tiene la Fiscalía General de la Nación de someter las evidencias físicas a los protocolos de cadena de custodia; (ii) negar la trascendencia de los protocolos de recolección, embalaje, rotulación, etcétera, en la autenticación de evidencias físicas que puedan ser fácilmente suplantadas o alteradas; ni (iii) desconocer la importancia de la adecuada autenticación de las evidencias físicas en el proceso de determinación de los hechos en el proceso penal.

5. Con todo y como ya se anunciara, si por alguna circunstancia no se dio cumplimiento a la obligación constitucional y legal de acatar los protocolos de cadena de custodia frente a las evidencias físicas, el artículo 277 del Código de Procedimiento Penal, en atención, según se reseñó, al principio de libertad probatoria, permite que la autenticidad se acredite por cualquier medio de conocimiento.

No sobra resaltar, sin embargo, que el protocolo de cadena de custodia se hace ideal cuando se trata de evidencias físicas que fácilmente pueden confundirse o alterarse, como es el caso de las sustancias estupefacientes, frente a aquellas que pueden identificarse a simple vista por sus características externas, o que son susceptibles de ser marcadas y por ello se

hacen identificables, eventos en los cuales el procedimiento de autenticación puede ser suplido a través de los testigos que tengan conocimiento "personal y directo" de los hechos, tal como lo establece el artículo 402 de la Ley 906 de 2004.

En todo caso, sí, la autenticación de la evidencia física concierne acreditarla a la parte que la adjunta precisando y aportando, en defecto de la cadena de custodia, cada uno de los medios de prueba que determinen su mismidad, que establezcan, como en este asunto, que la sustancia incautada es la misma presentada como prueba ante el juez de conocimiento.

6. En este caso, en términos del a quo, la Fiscalía demostró que el día de los hechos fue hallado al interior del vehículo de CUESTA CASTAÑEDA la cantidad de 10.895,1 gramos de cocaína, conforme se estableció en los informes PIPH (prueba de identificación preliminar homologada) y de laboratorio, lo cual fue objeto de estipulación; sin embargo, por inconsistencias frente a la cadena de custodia, concluyó que se generó una ilegalidad de la misma.

Al respecto, dijo, se presentaron «…grandes desarreglos a la cadena de custodia de la sustancia, ya que no existió el embalaje que se requiere para garantizar la seguridad de la mismidad de la sustancia, se perdió el seguimiento de la ruta que se dio a la evidencia. Nuestra Corte Suprema de Justicia señala que para que exista un correcto manejo de la cadena de custodia esta debe satisfacer los siguientes interrogantes: quién la transportó, quién la embaló, a dónde fue enviada, qué contender se utilizó, pero lamentablemente al interior de este caso no se logra satisfacer ninguno de esos interrogantes, debido al interludio cronológico que se dio, derivado del manejo que le dieron los miembros del Ejército Nacional, absolutamente irregular, y sin observancia de los mínimos procedimientos que deben gerenciar una actuación como la que se judicializa…»

El Tribunal, por su parte, dio por acreditada la materialidad de la conducta con lo estipulado por las partes en el sentido que la sustancia incautada el 28 de abril de 2011 al soldado

Miguel Ángel Cruz Verján, era cocaína en cantidad de 10.895,1 gramos, tal como lo arrojó la prueba PIPH y el dictamen de Medicina Legal, por eso estimó que tales aspectos estaban por fuera de debate al haber sido asentidos por Fiscalía y defensa.

En ese contexto dirigió la discusión a establecer si la droga ilícita que fue incautada al militar era la misma que transportaba CUESTA CASTAÑEDA y su responsabilidad en ese hecho, aspectos que dio por acreditados con las declaraciones del sargento del Ejército Nacional Wilson Dominique Yaqueno Criollo y el soldado Miguel Ángel Cruz Verján, quien relató la forma como fue hallada y el destino que finalmente se le dio.

7. Así las cosas, dados los términos de la impugnación, surge necesario, en primer lugar, establecer si se cumplió con el procedimiento de autenticidad de la evidencia física que se dice fue hallada en el automotor de BENJAMÍN CUESTA CASTAÑEDA, aspecto que además de trascendental para la configuración de la conducta punible, es objeto del principal cuestionamiento por parte de la defensa.

Para arribar a una conclusión al respecto ha de considerarse que lo acontecido tuvo, en efecto, ocurrencia en dos momentos diferentes: el primero data del 26 de abril de 2011, ese día integrantes del Ejército Nacional, luego del correspondiente registro al vehículo conducido por CUESTA CASTAÑEDA, hallaron en su interior una lona contentiva de una sustancia, al parecer cocaína, la cual fue incautada por los militares, así como retenido el vehículo y el documento de identificación del conductor.

El segundo ocurrió el 28 de abril siguiente, cuando por virtud de operativo adelantado por el Sargento Wilson Dominique Yaqueno Criollo con ocasión de la denuncia que el mismo CUESTA CASTAÑEDA formulara en relación con una extorsión de que era víctima, se capturó a los militares supuestamente involucrados en ella y se incautó una sustancia al soldado Miguel Ángel Cruz Verján, la cual fue dejada inmediatamente a disposición del suboficial de la Policía Nacional Jhon Laureano Valencia Ortiz, quien al día siguiente la entregó al perito

debidamente embalada, rotulada y bajo cadena de custodia para la respectiva investigación.

Evidente es entonces que a partir del segundo episodio se satisfizo la cadena de custodia, por manera que, si se trata de autenticación de la evidencia, debe afirmarse que la sustancia incautada al soldado fue cocaína en la cantidad determinada por las respectivas pruebas técnicas, independientemente de las supuestas inconsistencias de que habla el impugnante en relación con el número de bolsas y el gramaje exacto del estupefaciente, nada de lo cual puede ser objeto de debate, como bien lo señaló el ad quem, pues la naturaleza y cantidad de la sustancia fue estipulada entre las partes.

8. El problema, en principio, surge entre uno y otro de los episodios reseñados, por cuanto, ciertamente, luego de hallada la sustancia blanca en el vehículo del acusado ningún protocolo de cadena de custodia fue observado. Es decir, si de ésta se trata, imperativo sería concluir, con el a quo y el impugnante, que la evidencia física no fue autenticada, pues si bien es cierto los militares no ejercen funciones de policía judicial, ello no era obstáculo para que, dentro de los límites constitucionales y legales de su actividad, emprendieran las diligencias pertinentes con miras a asegurar de manera inmediata la sustancia hallada, con mayor razón si tenían indicios que se trataba de cocaína, conforme lo precisó el soldado Miguel Ángel Cruz Verján, procediendo para ello a comunicarse con las autoridades competentes para que adelantaran el correspondiente procedimiento, como así lo hizo el sargento Yaqueno Criollo, en el marco del operativo que dos días después adelantó por razón de la denuncia formulada ante él por el acusado; empero, aquéllos sin adelantar ninguno de tales actos, simplemente optaron por retener y apoderarse de la misma de forma irregular para presionar la entrega de una dádiva económica ilícita.

Sin embargo, esto no significa que definitivamente, como lo pretende el recurrente, la evidencia no fue autenticada por medio alguno, pues, según se advierte de la reseña jurisprudencial hecha en precedencia, en defecto de ese, idóneo sí pero no único, pueden

surgir otros demostrativos de ese aspecto, conforme con la libertad probatoria que nos rige, de modo que es legalmente viable afirmar que la cocaína hallada en poder del soldado fue la misma incautada al interior del automotor conducido por el acusado.

9. En efecto, aunque la estipulación probatoria cuestionada no resuelve el interrogante, pues simplemente se pactó, o admitió la defensa del acusado a través de ella, que la sustancia incautada al soldado era, en efecto, cocaína en la cantidad dicha, cuenta el juicio con la declaración del sargento Wilson Dominique Yaqueno Criollo, quien realizó el operativo militar aquel 28 de abril de 2011 atendiendo precisamente la información suministrada por CUESTA CASTAÑEDA en torno a la extorsión de que era víctima por parte de unos uniformados del Ejército Nacional, en el cual fueron capturados un cabo y tres soldados, entre estos Miguel Ángel Cruz Verján, persona esta quien también en el juicio relató haber interceptado, junto con otros militares y por órdenes del cabo Juan Carlos Yepes Blanco, la camioneta que conducía el aquí acusado, donde halló una talega contentiva de cocaína ubicada debajo de la silla delantera.

Se cuenta además con el testimonio de Roquelín Cuesta Castañeda, hermano del acusado, quien se hallaba igualmente presente en el operativo de ese 26 de abril de 2011 conduciendo otro vehículo, por eso presenció a uno de los soldados que portando una chuspa afirmaba no sólo haberla encontrado en la camioneta de Benjamín, sino contener base de coca.

Es decir, se demostró sin dubitación alguna, que: i) el 26 de abril de 2011 miembros del Ejército Nacional registraron el vehículo conducido por CUESTA CASTAÑEDA en el cual se transportaban algunos pasajeros; ii) como resultado de dicha actuación, se halló una lona contentiva de una sustancia blanca que, en consideración de los militares, se trataba de cocaína, razón por la cual la incautaron o se apoderaron de la misma, junto con el vehículo y la cédula de ciudadanía del conductor, pero sin realizar protocolo alguno de cadena de custodia; iii) CUESTA CASTAÑEDA denunció a miembros del Ejército Nacional, quienes dos

días antes habían registrado su vehículo porque le estaban exigiendo una suma de dinero a cambio de reintegrarle precisamente su camioneta, su documento de identidad y el estupefaciente hallado en aquella; iv) a consecuencia de dicha queja se efectuó un operativo dentro de la tropa que condujo a la captura de tres soldados y a la incautación de la conocida cantidad de cocaína; v) dentro de los soldados capturados estaba Miguel Ángel Cruz Verján, a quien se le halló en su poder la referida sustancia y vi) de conformidad con lo declarado por éste, la cocaína que se le encontró fue la misma que incautó en el vehículo conducido por Benjamín Cuesta Castañeda.

Por descontado que el narcótico así hallado en poder del soldado es el que hace parte de este juicio por satisfacerse en ese segundo momento los protocolos de cadena de custodia, los hechos atrás reseñados y debidamente acreditados a través de la prueba testimonial permiten afirmar la autenticación de la evidencia respecto a ese primer episodio que se ha discriminado, esto es que, de acuerdo con lo dicho por los referidos testigos, es indudable que la cocaína decomisada al soldado mencionado es la misma que éste halló en el vehículo conducido por el acusado, lo cual significa que en ausencia de la cadena de custodia en ese primer momento, supletoriamente la prueba testimonial ha permitido establecer la mismidad de la sustancia, de modo que por este aspecto la impugnación examinada no puede prosperar, pues de esa forma estaría acreditada la materialidad de la conducta objeto de acusación.

10. No obstante lo considerado, el examen de esas mismas pruebas, pero ahora en punto de la responsabilidad del acusado y a pesar del hecho objetivo de que la cocaína fue hallada en su vehículo, o de su supuesto interés en recuperar el estupefaciente, o su nerviosismo cuando se realizó el retén y que como elementos demostrativos estableció el ad quem, no permite alcanzar el estándar de conocimiento previsto por el artículo 381 del C.P.P., como para afirmar, más allá de toda duda razonable, que la sustancia así encontrada era de su propiedad o era, al menos, su transportista.

La Fiscalía, además de los testimonios de los funcionarios Jhon Laureano Valencia Ortiz y Héctor Fabio González, quienes, en su orden, se encargaron de llevar a cabo los actos urgentes frente a la captura de los militares y el decomiso de la sustancia y de realizar la prueba preliminar PIPH, presentó, en efecto, durante el juicio los del sargento Wilson Dominique Yaqueno Criollo y del soldado regular Miguel Ángel Cruz Verján.

El primero hizo una narración de lo acaecido el 28 de abril de 2011, indicando que ese día compareció a la base militar el aquí acusado para denunciar verbalmente que el 26 de ese mismo mes y año dirigiéndose a San José del Guaviare en su camioneta recogió a dos personas que llevaban una lona, quienes, cuando apareció el personal armado y ordenaron la detención del automotor, huyeron dejando el paquete dentro del mismo, el cual fue hallado durante el registro e identificado por los uniformados como base de coca y señalado como de propiedad del quejoso, a quien intimidaron y amenazaron de muerte, razón por la que éste optó por ofrecerles dinero para que lo dejaran libre; los militares le exigieron inicialmente $40.000.000, pero después de 5 o 6 horas acordaron la entrega de $16.000.000 para cuya consecución le permitieron irse del lugar, dejando a cambio su vehículo y la cédula de ciudadanía.

Es decir, más allá de la realización del operativo que a consecuencia de esa denuncia comandó, de las capturas e incautación del alcaloide, el sargento Yaqueno Criollo no tuvo conocimiento personal y directo alguno de las circunstancias que rodearon el hallazgo de esa sustancia el 26 de abril de 2011, de ello, lo obtuvo sólo por la información que le suministrara el propio Benjamín Castañeda; luego, independientemente de su eficaz concurrencia a la autenticación de la evidencia, mal podía simultáneamente sustentarse en ese testimonio un compromiso penal del acusado, a no ser que del mismo se infiera el interés de que habla el Tribunal, sólo que en tal aspecto la consideración del A quem resulta errada, pues examinada la declaración del sub oficial en parte alguna informa que el acusado haya atestado en su denuncia el ofrecimiento del dinero para que, además de su vehículo y cédula de ciudadanía le devolvieran el estupefaciente.

Específicamente, en torno a ese aspecto aseguró el Sargento que Cuesta Castañeda dijo haber llegado a un acuerdo con los uniformados de entregarles un dinero, "que él les dejaba el vehículo y la supuesta sustancia y que él iba hasta la ciudad de San José del Guaviare a conseguir la plata…", pero en lugar de eso decidió avisar a las autoridades.

Y ante pregunta del Ministerio Público acerca de la información que hubiera suministrado Cuesta Castañeda alrededor del referido convenio, afirmó: "…llegaron a un acuerdo de hacer una entrega de $16 millones de pesos, que es lo que él puede conseguir a cambio de que lo dejen salir a cambio del vehículo y la cédula que le quitan…".

No hay pues, en los anteriores términos posibilidad de construir un indicio de interés del acusado en recuperar la sustancia, mucho menos si se advierte que cuando fue dejado en libertad procedió a denunciar los hechos ante las autoridades de contrainteligencia militar y luego a participar personalmente en el operativo que finalizó con la captura de los militares y el hallazgo de la sustancia, con exposición de su vida, tal como lo relató el sargento Yaqueno Criollo.

Y si se trata del nerviosismo que al decir del ad quem denotó el procesado al momento de realizarse el retén militar, además de que no hay una relación causal o un nexo que lo vincule racionalmente con la inferencia de responsabilidad, plausibles fueron las explicaciones que en ese respecto suministró en juicio oral Roquelín Cuesta Castañeda, hermano del acusado, quien se hallaba con éste, en otro vehículo, ese 26 de abril de 2011, pues se trataba de una zona de influencia guerrillera, no sabían la naturaleza del grupo armado que los interceptó, a los pasajeros se les permitió proseguir mientras que de hecho quedaron solos los hermanos con los hombres que uniformados portaban armas largas y los amenazaban de muerte, ambiente que les hizo temer por sus vidas, máxime que permanecieron toda la noche con sus captores.

Por tanto, hasta ahora, ni el inexistente indicio de interés, ni el razonable nerviosismo,

aunados y menos independientemente, logran generar el grado de conocimiento legalmente exigido para condenar.

11. Resta, por ende, examinar el testimonio del soldado Miguel Ángel Cruz Verján en procura de alcanzar ese conocimiento más allá de toda duda acerca de que CUESTA CASTAÑEDA era el propietario o transportista del alcaloide, mas en esos efectos su alcance es bastante limitado en la medida en que lo único que de sus asertos se establece es que la sustancia fue hallada bajo el asiento delantero de la camioneta, exactamente en el "asiento del pato", esto es en el lugar del copiloto o acompañante.

Es decir, sin conocerse las características del vehículo, ni siquiera hay en esa prueba un hecho que objetivamente evidencie que la sustancia se hallaba al menos bajo el lugar del conductor, lo cual tiene importancia suma, si se observa que, como lo reconocen el soldado y el acusado3, éste transportaba ese día entre 5 o 6 pasajeros, a quienes se les permitió proseguir mucho antes de que el automotor fuera registrado y de que la sustancia fuera hallada.

Era por supuesto, este el único testimonio que, escuchado en el juicio oral, podía haber permitido una mayor circunstanciación del hallazgo; a cambio, con sus aseveraciones lo único que se logró determinar objetivamente es que el alcaloide fue encontrado en el vehículo del acusado, pero de ahí no se colige que indefectiblemente él fuera el propietario o que fue él quien prestó su actividad para transportarlo, pues, se reitera, además de que no fue hallado bajo su puesto, en la camioneta eran transportadas cinco o seis personas más a quienes los militares permitieron proseguir antes de que se detectara la existencia del estupefaciente y cuya presencia e información resultaban importantes en aras de determinar si en verdad, como lo indicó la referencia del sargento Yaqueno Criollo, la cuestionada tula pertenecía a dos pasajeros que, abordando el vehículo por el camino, huyeron al percatarse de la presencia de los uniformados.

Pero además, de modo trascendente, se descarta, o por lo menos genera duda, sobre el dominio que el acusado tuviera de la sustancia, la actitud que asumió luego de que se le permitiera ir en búsqueda del dinero acordado, pues antes que lograr su consecución acudió a las propias autoridades militares a denunciar los sucesos de que era víctima y participó en el operativo que terminó en la captura de los soldados y la incautación del estupefaciente, con grave riesgo para su vida según el pormenorizado relato que en ese sentido hizo el sargento antes mencionado.

Tampoco el testimonio de Roquelín Cuesta Castañeda permite establecer la ajenidad y desde luego, menos la responsabilidad de su hermano, pues si bien coincide en muchos de los hechos declarados por éste y asevera haber visto al soldado aparecer con una chapuza contentiva de la base de coca, que supuestamente había hallado en el vehículo, es evidente que tal hecho no lo apreció directamente como para deducirse que, en aras de la inocencia del procesado, se trató de una implantación de evidencia, como pareciera dar a entenderlo en algunos pasajes de su declaración.

12. En estas condiciones la prueba practicada en el juicio no revela, se reitera, con la certidumbre exigida por la ley, que el procesado haya sido el responsable de la comisión del delito por el cual se le acusó, pero tampoco evidencia con el mismo estándar de conocimiento que en definitiva nada tuvo que ver en ella, lo que equivale a expresar que en torno a su responsabilidad o ajenidad emergen dudas razonables que, desde luego, inhiben una decisión de condena.

13. En conclusión, no obstante haberse autenticado, vía testimonial, la evidencia física, esto es que la sustancia estupefaciente incautada al soldado Cruz Verján fue la misma que, por razón del retén militar, se halló al interior del vehículo conducido por el acusado, no obra en el juicio prueba alguna que directamente o por vía inferencial señale sin duda a Benjamín Cuesta Castañeda como el poseedor o transportador de la misma, luego en esas condiciones, desvirtuados por demás los tres elementos de que se valió el Tribunal en

sustento de su condena, impera revocar tal decisión para, en su lugar, confirmar la absolución proferida en primera instancia.

Consecuente con tal determinación, dispondrá la Sala la liberación inmediata e incondicional de BENJAMÍN CUESTA CASTAÑEDA en el entendido de que será efectiva en tanto no medien requerimientos por cuenta de otras autoridades judiciales.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero: REVOCAR la sentencia condenatoria proferida el 11 de diciembre de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio para, en su lugar, CONFIRMAR la que en sentido absolutorio dictó el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de esa ciudad el 17 de junio de 2015 en favor de BENJAMÍN CUESTA CASTAÑEDA por el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado.

Segundo: Ordenar la libertad inmediata e incondicional de BENJAMIN CUESTA CASTAÑEDA, siempre y cuando no sea requerido por otra autoridad. Líbrense los oficios de rigor.

Contra esta sentencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

GERSON CHAVERRA CASTRO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Así, lo dictaminó el Instituto Nacional de Medicina Legal en concepto del 26 de julio de 2011, lo cual fue objeto estipulación. Ver folio 20 cuaderno de estipulaciones.

2 CSJ SP, 19 de febrero de 2009, rad. 30598

3 Según referencia que al respecto hizo el Sargento Wilson Domique Yaqueno.