TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA DE DECISIÓN PENAL

MAGISTRADA PONENTE Dra. GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ

Aprobado mediante Acta No. 445
En sesión de hoy 13 de julio de 2011, siendo las 10:00 a.m.

Interlocutorio de Segunda Instancia

Radicación	660883189-001-2011-00016-00
Procedente	Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría Risaralda
Contra	Luís Eduardo Osorio Gutiérrez
Delito	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Decisión	Decreta nulidad de lo actuado

ASUNTO

Sería el caso pronunciarse respecto al recurso de apelación interpuesto por el Representante de la Fiscalía General de la Nación, contra la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría que absolvió al señor LUIS EDUARDO OSORIO GUTIERREZ por el delito de **Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes**, de no observar causal de nulidad que invalida lo actuado.

ANTECEDENTES FÁCTICOS Y PROCESALES

Los hechos fueron condensados en el escrito de acusación así:

> *"Refiere el Informe de la Policía de Vigilancia en casos de captura en flagrancia suscrito por el SI. CORTEZ VERA JOAN, que el día 15 de enero del año 2011, siendo las 12:10 horas, cuando se encontraban realizando labores de control a la altura de la calle 7 con carrera 13 Barrio Los Cisnes de esta localidad, se le solicitó registro al ciudadano LUIS EDUARDO OSORIO GUTIÉRREZ, a quien se le palpó un abultamiento, resultando ser dos (2) bolsas plásticas transparentes contenedoras de una sustancia pulverulenta color habano de características propias a estupefaciente; motivo por el cual inmediatamente se le dio a conocer su condición de capturado, explicándole el motivo de tal aprehensión y los derechos que le asisten como tal; se le puso a disposición del Fiscal URI de la ciudad de Pereira dentro del término de Ley.*
>
> *"Llevada a cabo Prueba de Identificación Preliminar Homologada (PIPH) sobre la sustancia, dio resultado positivo para COCAINA y SUS DERIVADOS con un peso neto de 2.16 gramos…"*

Por tales hechos La Fiscalía formuló imputación por el delito de **Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes**, conducta descrita en el inciso 2º del artículo 376 del Código Penal en la modalidad de "llevar consigo", allanándose el señor LUIS EDUARDO OSORIO GUTIÉRREZ a los cargos en audiencia de

formulación de imputación ante el Juzgado Sexto Penal con funciones de Control de Garantías de esta ciudad.

En audiencia efectuada el 15 de abril de 2011, ante el Juez Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, se verificó la aceptación de cargos, dando aprobación a dicho acto, por tratarse de una manifestación libre, espontánea y voluntaria. Agrega que por la naturaleza de la decisión a tomar (sentencia absolutoria) obvia la práctica de la audiencia del Artículo 447 de la Ley 906 de 2004, y en efecto procedió a proferir sentencia absolutoria[1] al ciudadano mencionado, por considerar que existía violación al debido proceso, previsto en el artículo 29 Constitucional, apuntando a la aplicación de la regla de exclusión, en concordancia con el artículo 23 y 276 del CPP, porque el resultado de la prueba de identificación preliminar homologada (PIPH), fue obtenido en forma ilegal, ya que a su práctica no asistió el Agente del Ministerio Público, tal como lo demanda el artículo 78 de la Ley 30 de 1986, en consecuencia no existe prueba de la materialidad de la infracción y por supuesto de la responsabilidad del señor OSORIO GUTIÉRREZ.

Inconforme con esta decisión el representante del Ente Acusador interpuso recurso de apelación, el cual sustentó dentro del término, solicitando la revocatoria de la sentencia proferida por el Juez Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría y en su lugar se despache una de tipo condenatorio en contra de LUIS EDUARDO OSORIO GUTIÉRREZ, toda vez que la presencia del Ministerio

[1] Sentencia del 15 de abril de 2011, folios 23 y ss.

Público en la Ley 906 de 2004 no es obligatoria, a diferencia del procedimiento aplicable en la Ley 30 de 1986. Agrega que hoy en día con el vigor de la cadena de custodia y las bodegas de evidencias, la presencia del Ministerio Público se torna inoficiosa, además la identificación preliminar de la sustancia estupefaciente incautada, es un acto urgente que se encuentra a cargo de la policía judicial, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 205 de la Ley 906 de 2004 y no se requiere contar con la presencia del Fiscal, de la defensa o del Ministerio Público para realizar la labor de recolección, identificación y embalaje de los elementos materiales probatorios o evidencia física hallados en la escena criminosa y con vocación probatoria.

Finalmente arguye que la aceptación de cargos, realizada de manera libre y debidamente ilustrado, facilita el camino hacía la imposición de una condena, pues el señor OSORIO GUTIÉRREZ ha hecho dejación de su derecho a controvertir los medios de convicción con los cuales cuenta la Fiscalía, lo que significa que la confesión del procesado se suma a un principio de prueba presentado de manera legal y formalmente ante el Juez por parte del órgano persecutor, como es la diligencia de PIPH, da lugar a concluir que están dados los presupuestos para la emisión de un fallo de condena.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

La tiene esta colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004, al haber sido interpuesta apelación contra una providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la Fiscalía-.

La concepción que del debido proceso se extrae del artículo 6º de la Ley 906/04, se reduce a tres aspectos fundamentales: la existencia de juez competente; que se juzgue al procesado con las leyes preexistentes al caso que se le imputa y la observancia de las formas propias del juicio, dentro del cual, entre otras, se hace necesario que se respeten absolutamente las garantías y los derechos que le asisten al acusado.

No concita discusión para la Sala de Decisión, afirmar como lo hace la jurisprudencia que uno de los pilares fundamentales del Estado Social y Democrático es la justicia, garantía que se materializa, entre otras formas, a través de las decisiones de los jueces, las cuales deben estar investidas por atributos esenciales, entre ellos, sin lugar a duda, la independencia e imparcialidad de la que deben estar revestidos, así:

> *"... en todo sistema judicial un aspecto medular es conseguir que la justicia sea impartida por jueces independientes e imparciales y que la sociedad en general tenga una percepción objetiva de que efectivamente lo son, de suerte que el Estado ha de procurar, sin reservas, que en todo acto de juzgar concurran los requisitos para que las partes trabadas en el conflicto, y la comunidad, puedan afirmar que se está en presencia de un juez dotado de esas características ya que sólo así podrá hablarse de un juicio que satisfaga la justicia*[2]*.*

[2] LÓPEZ BARJA QUIROGA, Jacobo *"Tratado de Derecho Procesal Penal"*. THOMSON ARANZADI. España, 2004, pág. 357.

"…

"En la legislación patria, la aludida consagración de la garantía de independencia e imparcialidad de los jueces, si bien es cierto no aparece en el artículo 29 de la Constitución Política mediante una formulación expresa, implícitamente si se hace alusión a ésta al prever que "[nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio", además, la misma Carta Fundamental señala que la administración de justicia —encarnada en los jueces y magistrados— es función pública, cuyas "decisiones son independientes", su "funcionamiento será desconcentrado y autónomo" (artículo 228), y que los jueces en sus providencia sólo están sometidos al imperio de la Constitución y la Ley (artículo 230), sin que sobre destacar que los preceptos internacionales inicialmente aludidos, por expreso mandato del artículo 93 del Digesto Superior forman parte del llamado "Bloque de Constitucionalidad" y prevalecen en el orden interno"[3]

De ahí que se considere que la independencia hace referencia a que cada juez individual y personalmente considerado, tiene la atribución de resolver el asunto sometido a su jurisdicción con absoluta autonomía de criterio, lo cual no quiere decir que pueda hacerlo de manera caprichosa y arbitraria, sino con sujeción a una correcta interpretación y aplicación de la Constitución y la Ley, es decir, dando un trato igualitario a las partes e intervinientes, con objetividad, honestidad y racionalidad.

Tenemos que *"…en vigencia de la Ley 906/04, ante la incautación de droga que produzca dependencia o ante el hallazgo de cualquier otro elemento material de prueba o evidencia física se realizan por parte de la policía judicial todas las actividades tendientes a la recolección, identificación (**prueba de campo o preliminar**), toma de muestra, embalaje y rotulado en forma adecuada de aquellos, para ser enviados a los correspondientes laboratorios o bodegas de evidencia en*

[3] Sent. C.S.J.04.02.09, M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca, radicado No. 29415

condiciones de preservación y seguridad que garanticen la integridad, continuidad, autenticidad, identidad y registro de acuerdo a su clase y naturaleza".

"De modo que son actividades de policía judicial necesaria para el aseguramiento y custodia del elemento material probatorio o evidencia física, con lo cual se busca evitar la suplantación o alteración de los mismos, carga procesal probatoria que se impone a la Fiscalía para demostrar en juicio la autenticidad de los mismos, surgiendo así la posibilidad para la defensa o el Ministerio Público de alegar la exclusión del elemento material probatorio o evidencia física por ilegal o su no admisibilidad al presentar inconsistencias en la cadena de custodia que impliquen falta de confiabilidad de la información que se pretende introducir o incorporar a través de aquellos".

"Así en la estructura del nuevo sistema de enjuiciamiento en donde el debate sobre el recaudo de la información, elementos materiales probatorios y evidencia física se ventila en el juicio propiamente dicho, los ***actos de policía judicial relacionados con la fijación, ubicación e identificación de drogas que produzcan dependencia no corresponden a un acto propiamente jurisdiccional como en la Ley 600/00 sino una actividad técnica de aseguramiento del elemento material probatorio no revestido de ninguna formalidad que afecte su validez o existencia*** *por la no presencia de los sujetos procesales (artículos 87, 216, 254 y 255 de la Ley 906/04)".*

"La cadena de custodia pretende asegurar la evidencia física, a fin de evitar su alteración, modificación o falsificación, todo lo cual queda comprendido en 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 del recogido en la escena del delito o en otros lugares en el curso de las pesquisas adelantadas por los investigadores".*

"Si la ***cadena de custodia*** *fue establecida en procura de asegurar pruebas fidedignas y genuinas dentro del proceso, garantizando con ello los derechos no sólo del sindicado sino también de los demás intervinientes, es evidente que dicha teleología no permite transformarla en herramienta para obstaculizar el trámite o peor aún, en instrumento para conseguir la impunidad mediante la utilización irracional de las formalidades, siempre que, se itera, se preserve su razón de ser y se cumplan los cometidos garantistas que le dan sentido a su institucionalización por vía legislativa en el Código de Procedimiento Penal[4]".*

"Si ello es así la posición asumida por el juez de conocimiento, resulta en contravía del espíritu y razón de ser del sistema penal acusatorio, cuando luego de verificar la legalidad del procedimiento surtido ante el juez de control de garantías, esto es, el respeto por los derechos y garantías que le asisten al procesado, la tipicidad estricta y constatar que se contaba con suficientes elementos materiales probatorios que sustentaban una sentencia en derecho, debidamente motivada, ajustándose al

[4] C.S.J. Rad. 30598 19.02.09

debido proceso pero contrario a ello, elaboró una sentencia fundada en sofismas que se tornaron en una serie de disquisiciones y elucubraciones del todo descontextualizadas desatendiendo la aceptación de responsabilidad del procesado, y cuestionando la actividad de la policía judicial en el aseguramiento del elemento material probatorio, demandando la aplicación de normativas que para este caso concreto no son aplicables, cuando con la actuación de estos funcionarios se busca garantizar el principio de mismidad, agravándose la situación cuando en cada decisión pasa por alto parámetros impartidos por la Colegiatura en otras determinaciones que sobre el tema han sido conocidas".

"Forma de proceder que permite inferir a la Corporación que al abandonar su rol, incurrió en una causal de nulidad Supralegal, vulnerando el debido proceso, sin que exista en este estadio procesal remedio diferente que nulitar la actuación con el objeto de que se readecue el procedimiento y no se pretermita la doble instancia a GERMAN DE JESUS BUSTAMANTE OSORIO, cuando bien pueden tomarse decisiones adversas a éste respecto a la dosificación punitiva u otorgamiento de sustitutos penales y que se vería imposibilitado de controvertir de emitir el fallo por parte de esta Célula Judicial[5]…", demandando entonces que sea el a quo quien emita la sentencia atendiendo la aceptación de responsabilidad que hizo el procesado ante el juez de control de garantías y evite en el futuro plasmar al interior de sus providencias apreciaciones que se alejan del asunto puesto a

[5] Auto Interlocutorio de Segunda Instancia; aprobado mediante Acta 176 del 23 de marzo de 2011, Magistrada Ponente Dra. Maria Consuelo Rincón Jaramillo, Sala Penal, de esta Colegiatura.

consideración, pues la verdad sea dicha ninguna de las partes plasmó su inconformidad con la realización de la prueba preliminar de P.I.P.H, para que de manera oficiosa el A quo procediera a pronunciarse al respecto y además con una interpretación errónea de las normas aplicables al caso.

Más aún cuando no se entiende la posición contradictoria que asume, primero dando aval a la aceptación de responsabilidad, estimando que el procedimiento surtido ante el juez de control de garantías fue legal, luego suprimiendo la audiencia de individualización de la pena consagrada en el Artículo 447 del C. de P. Penal y en últimas, para sorpresa de las partes e intervinientes procesales profiere decisión del todo contraria, absolviendo al encartado, dejando de lado que nos encontramos ante una justicia rogada y bajo unos argumentos que ninguno de los sujetos procesales alegó, lo que conculca las normas del Código Adjetivo.

Sobre esta situación han existido diversos pronunciamientos de esta Sala, donde se ha hecho referencia a la necesidad de decretar la nulidad de la actuación por violación del debido proceso[6] y se ha puesto de presente que se debe decidir el asunto conforme a los elementos materiales probatorios allegados válidamente a la actuación[7].

[6] Nos referimos a providencia del 12 de abril de 2011 con ponencia del Dr. Jorge Arturo Castaño Duque en el proceso adelantado contra Daniel de J., Mejía Mejía. Rad. 6608860062 2010 00027

[7] En decisión del 30 de marzo de 2011, con ponencia de la Dra. Maria Consuelo Rincón Jaramillo, dentro del proceso tramitado contra Maria Teresa Marín Gutiérrez radicado 660 883 18900 12 01 0000 6000

Debe acotar la Colegiatura que, en la ley 906 de 2004 cuando existe aceptación de cargos o preacuerdos, el juez de conocimiento, por regla general debe proceder a dictar sentencia de condena, con fundamento en los elementos materiales probatorios puestos a su disposición por el ente fiscal, sin necesidad de adentrarse en valoraciones o discusiones probatorias, porque precisamente a ello es a lo que se renuncia con el allanamiento. Pero de igual forma puede el operador judicial decretar la nulidad de lo actuado, ante la existencia de un error antecedente en la formulación de cargos o dictar sentencia absolutoria en determinados casos como lo ha evidenciado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Esto para significar que el *a quo* puede tomar determinaciones diferentes a la condena, pero bajo parámetros legales o jurisprudenciales establecidos y no en forma caprichosa, como en el caso *sub judice,* donde se efectuó una argumentación completamente errónea.

Sobre la manifestación del A-quo, con el fin de que la Corporación lo aparte del conocimiento por una posible nulidad, está Sala, considera que de encontrase incurso en una de las causales de impedimento, deberá adelantar el trámite establecido en el artículo 57 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 82 de la ley 1395 de 2010.

Atendiendo la actuación iterativa del funcionario de primer nivel de consignar citas jurisprudenciales inexistentes[8], la Sala ordena

[8] Pagina 42 del cuaderno original.

la compulsación de copias de la presente providencia ante la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de esta ciudad con el fin que se realicen las investigaciones a que haya lugar.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO.- DECRETAR LA NULIDAD de la diligencia del quince (15) de abril de dos mil once (2011) con el objeto de que el juez de instancia realice correctamente la diligencia del verificación de aceptación de cargos e individualización de pena y dicte la sentencia en los términos de aceptación de responsabilidad de **LUIS EDUARDO OSORIO GUTIÉRREZ,** y dentro del plazo fijado por la ley.

SEGUNDO.- DEVÚELVASE la actuación al juzgado de origen para que readecue el trámite.

TERCERO.- SE COMPULSAN copias con el fin que se realicen las investigaciones a que haya lugar, tal y como se anotó en la parte motiva. Se remitirán por la secretaría de la Sala.

CUARTO.- Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede ningún recurso.

GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ
MAGISTRADA

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
MAGISTRADO

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
MAGISTRADO