**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**PONENCIA COMPARTIDA**

 **MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Aprobado mediante acta # 389 del 5 de mayo de 2016

Pereira (Risaralda), seis (6) de mayo de dos mil dieciséis (2.016).

Hora: 9:20 a.m.

Procesado: JULIÁN FERNANDO LONDOÑO GIRALDO

Delitos: Tráfico de estupefacientes

Radicación # 66001-60-00-066-2012-01829-01

Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria y el interpuesto de la Fiscalía únicamente respecto de la orden de entrega de la motocicleta

Decisión: Confirma fallo confutado.

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar los sendos recursos de apelación interpuestos por la Defensa del Procesado **JULIÁN FERNANDO LONDOÑO GIRALDO** y por el Fiscal Delegado, en contra de la sentencia proferida el veintinueve (29) de agosto de 2.013 por parte del Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del aludido Procesado por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos tuvieron ocurrencia en vía pública del Barrio Lara Bonilla, sector Frailes, municipio de Dosquebradas, a eso de las 3:25 de la madrugada del 15 de octubre de 2012, cuando efectivos de la Policía Nacional que en motocicleta patrullaban dicho sector, observaron a dos hombres que se movilizaban en una motocicleta y decidieron ir tras ellos. El parrillero de la motocicleta, al notar la presencia de los policiales, procedió a arrojar un paquete que llevaba, motivo por el cuál son interceptados, requisados y al recuperar el paquete lanzado por el parrillero, los Policiales se percatan que se trababa de una bolsa plástica contentiva en su interior de un bolso cargado con papeletas de sustancia estupefaciente que al ser sometida al estudio de laboratorio arrojó un peso neto de 120.7 gramos positivos para cocaína y sus derivados.

Los ocupantes del velocípedo fueron identificados como CRISTIAN LEANDRO RIVERA ARIAS –Conductor- y JULIÁN FERNANDO LONDOÑO GIRALDO –Parrillero- quienes fueron dejados a disposición de la autoridad competente por incurrir en el reato de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo ante el Juzgado 1º Penal Municipal de Dosquebradas, con Funciones de Control de Garantías, el 16 de octubre de 2.012, donde se le impartió legalidad a la captura de los Procesados JULIÁN FERNANDO LONDOÑO GIRALDO y CRISTIAN LEANDRO RIVERA ARIAS. Posteriormente la Fiscalía les enrostró cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes bajo el verbo rector Transportar, con circunstancia de mayor punibilidad, tipificado en los artículos 376 inc. 3 y 58 #10 del C.P. Finalmente, en lo que corresponde con la imposición de la medida de aseguramiento, los imputados fueron cobijados con detención preventiva en establecimiento de reclusión.
2. El Escrito de Acusación fue presentado por la Fiscalía el 6 de diciembre de 2.011, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado 4º Penal del Circuito de esta localidad, en atención a que la Jueza Penal de esa categoría de Dosquebradas se declaró impedida por haber resuelto el recurso de alzada interpuesto contra decisión de imposición de medida de aseguramiento. El día 14 de febrero del 2.013 se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación, en la cual a los Procesados JULIÁN FERNANDO LONDOÑO GIRALDO y CRISTIAN LEANDRO RIVERA ARIAS le fueron enrostrados cargos en términos similares a los endilgados en la audiencia de formulación de la imputación.
3. La audiencia preparatoria se celebró el 22 de mayo de 2.013 y posteriormente los días 18, 23, 24 y 25 de julio se efectuó la audiencia de juicio oral. En la cual se anunció el sentido del fallo de carácter absolutorio para el señor CRISTIAN LEANDRO RIVERA ARIAS, ordenándose su libertad inmediata, pero condenatorio para JULIÁN FERNANDO LONDOÑO GIRALDO.
4. Finalmente la audiencia de lectura de sentencia se adelantó el 29 de agosto de 2013, en la cual entre otras decisiones, se condenó al señor JULIÁN FERNANDO LONDOÑO GIRALDO a la pena de 96 meses de prisión y multa de 124 SMMLV por hallarlo responsable de la conducta endilgada -decisión contra se alzó su Defensor-; y se ordenó a la Fiscalía la entrega definitiva de la motocicleta de placa SRC 10 a sus propietario CRISTIAN LEANDRO RIVERA ARIAS, decisión apelada por el Ente acusador.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Se trata de la sentencia proferida el veintinueve (29) de agosto de 2.013 por parte del Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del acusado JULIÁN FERNANDO LONDOÑO GIRALDO por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes; en la misma sentencia fue absuelto de dicha responsabilidad el señor CRISTIAN LEANDRO RIVERA ARIAS.

Como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad criminal, el Procesado LONDOÑO GIRALDO fue condenado a la pena de noventa y seis (96) meses de prisión y al pago de una multa equivalente a 124 SMLMV, de igual forma en el fallo confutado al Procesado de marras no se le reconoció el disfrute de subrogado ni sustituto penal alguno.

Los argumentos aducidos por la Jueza A quo para proferir el fallo condenatorio, se fundamentaron en establecer que de las pruebas habidas en el proceso y del señalamiento directo que en contra de LONDOÑO GIRALDO hizo el patrullero EBERTH CUCHANGA CÁRDENAS y en especial DUVÁN JOSÉ REDONDO DÍAZ *–parrillero de la patrulla-*, quienes explicaron con suficiencia la ocurrencia de los hechos y la participación del condenado, de tal manera que no se evidenció alguna invención de su parte, dando la jueza total credibilidad a lo por ellos atestado.

Y a esa conclusión llegó la A quo porque el coprocesado CRISTIAN LEANDRO RIVERA ARIAS en su testimonio nunca negó o tachó de falsa la afirmación que hicieran los policiales respecto de haber visto que el parrillero LONDOÑO GIRALDO hubiese arrojado un paquete cuando la moto aún se encontraba en movimiento y mucho menos que se hubiese opuesto al procedimiento de captura, por el contrario, lo único que hizo fue manifestar que cuando la policía le hizo la señal de pare, detuvo su marcha y les respondió que no tenía nada que ver con eso. Resaltó también la Juez de primer nivel que con el interrogatorio del señor RIVERA ARIAS se establecio0 que éste había callado la verdad de los hechos en las audiencias preliminares, porque su compañero le había prometido que aclararía el tema de su responsabilidad en una audiencia posterior aunque ello nunca ocurrió.

Finalmente, en el fallo confutado se expresó que si bien la Fiscalía imputó la comisión de la conducta punible bajo el verbo rector “transportar”, la condena se haría bajo la modalidad de “Llevar consigo” al no lograr demostrase que la sustancia estaba destinada a llevarse de un lado a otro previamente determinado y que era una mera circunstancia el hecho que el procesado JULIÁN FERNANDO LONDOÑO GIRALDO estuviere acompañando en la motocicleta al señor CRISTIAN LEANDRO RIVERA ARIAS.

Con base en los anteriores argumentos, el Juzgado procedió a declarar la responsabilidad penal únicamente del acusado JULIÁN FERNANDO LONDOÑO GIRALDO en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes y a ordenar la entrega definitiva de la motocicleta de placas SRC 10 a su propietario, CRISTIAN LEANDRO RIVERA ARIAS quien resultó absuelto de los cargos endilgados.

**LA ALZADAS Y SUS RÉPLICAS:**

**RESPECTO DE LA ENTREGA DEFINITIVA DEL RODANTE:**

**El delegado de la Fiscalía,** interpone recurso de apelación única y exclusivamente respecto de la orden impartida por la Juez A quo de hacer la entrega definitiva del vehículo tipo motocicleta por cuanto desde el momento en que se radicó el escrito de acusación se anunció que el rodante había sido dejado a disposición de la Dirección Nacional de estupefacientes y de la Unidad Especializada de Extinción de Dominio, es decir que no se encuentra ya por cuenta de este proceso. Refiere a su vez que tiene conocimiento que al parecer ya fue entregada a su propietario.

**La Defensa del señor Cristian Leandro Rivera Arias,** como no recurrente aclara que la motocicleta nunca ha sido entregada a Cristian Leandro y que le sorprende altamente de que el vehículo se encuentre a cargo de la Unidad de Extinción de Dominio.

**RESPECTO DE LA SENTENCIA CONDENATORIA:**

**El Defensor del sentenciado JULIÁN FERNANDO LONDOÑO GIRALDO,** interpone recurso de apelación contra la sentencia que declara penalmente responsable a su prohijado por los siguientes motivos:

Manifiesta que no es acertada la decisión de la Jueza A quo al dictar sentencia condenatoria, porque se vulneró por parte del Ente Acusador el principio de congruencia en atención a que a su representado se le formuló imputación bajo el verbo rector transportar, siendo ese el verbo que tenía que probar la Fiscalía pero extrañamente resultó condenado en la modalidad de llevar consigo la sustancia estupefaciente.

Refiere que la carga de la prueba está en cabeza de la Fiscalía General de la Nación y aquí tenía el deber de probar más allá de toda duda razonable la imputación, pero no se ahondó en la investigación y tan solo se limitó a traer el testimonio de dos policías pero no se realizó una prueba de lofoscopia para determinar si las huellas plasmadas en el bolso correspondían o no al señor JULIÁN FERNANDO LONDOÑO GIRALDO.

Respecto de los testimonios absueltos en el juicio por parte de los Policiales EBERTH CUCHANGA CÁRDENAS y DUVÁN JOSÉ REDONDO DÍAZ, afirma que incurrieron en múltiples inconsistencias, imprecisiones y contradicciones sobre la supuesta ocurrencia de los hechos motivos de investigación, concluyendo además que a pesar de ser culturas totalmente diferentes *-uno boyacense y uno costeño-* hayan rendido unas entrevistas el 15 de noviembre de 2012 ante el investigador de la Fiscalía, exactamente iguales al punto de calificarlas como siamesas. Agrega que el PT. REDONDO en la declaración rendida en juicio oral manifiesta cosas totalmente diferentes a las narradas en la entrevista siamesa y más diferentes aún a las declaradas por su compañero CUCHANGA de quien dice sí memorizó la lección.

Arguye que el Juzgado fallador advirtió que efectivamente el patrullero CUCHANGA CÁRDENAS había mentido en su declaración ante el Juez de Control de Garantías, sin embargo no se le compulsaron copias por falso testimonio y terminó condenándose al Procesado a pesar de que la versión rendida por él en juicio fue hasta más clara que la rendida el día de la captura cuando ya habían pasado algo más de nueve meses desde la ocurrencia de los acontecimientos lo que resulta imposible a menos que sea un virtuoso de la memoria, situación que aquí no se demostró.

Finalmente indica que este proceso es un falso positivo de la Fiscalía porque no existe congruencia entre la declaración inicial rendida por CUCHANGA CÁRDENAS, con la declaración siamesa que rindió con REDONDO DÍAZ y menos con la declaración final de él mismo. Aduce que es válido que en nueve meses cambien algunas cosas porque la memoria no puede recordarlo todo pero en este evento las tres versiones son totalmente diferentes y generadoras de duda frente a la responsabilidad del acusado la cual debe resolverle a su favor.

Con base en los anteriores argumentos, el recurrente solicita la revocatoria del fallo confutado, porque en su opinión las pruebas no fueron lo suficientemente contundentes como para proferir una sentencia de condena en contra del acriminado JULIÁN FERNANDO LONDOÑO GIRALDO, debido a que del contenido de las mismas no se vislumbraba ningún tipo de responsabilidad criminal que se pudiere endilgar en su contra.

**El Delegado Fiscal,** al intervenir como no recurrente, solicitó la confirmación del fallo confutado, para ello esgrimió que la Defensa erró al considerar que no logró probarse en juicio el verbo rector “transportar” imputado, porque en la sentencia se condenó el tráfico de estupefacientes pero en la modalidad de llevar consigo y no en la de transportar, por tanto dicho argumento al no ser objeto de la sentencia, se torna sofístico.

Muestra su preocupación y califica de temeraria la enunciación del Letrado para catalogar este asunto como un falso positivo sin mencionar siquiera los elementos de prueba para tal afirmación, es cierto que la defensa no está llamada a probar nada pero cuando se expone una teoría lo menos que se debe hacer es tratar de explicar cuáles son los motivos por los que esa ha de triunfar.

Arguye que no existe incongruencia en el presente evento porque la Fiscalía se comprometió a probar por lo menos la actualización del verbo el llevar consigo en la conducta, así lo manifestó tanto en el desarrollo del juicio como en los alegatos finales. Agrega que no se trata de pescar en río revuelto como dice la defensa sino de ajustar el comportamiento humano a un determinado reproche penal tal como ocurre en este caso donde con todos los elementos probatorios quedó establecido que JULIÁN FERNANDO LONDOÑO GIRALDO fue la persona que arrojó la sustancia incautada por tanto no existió ninguna duda probatoria.

Plantea que tampoco es cierto que se requería indispensablemente por parte de la Fiscalía una prueba lofoscópica para determinar si existían huellas en el bolso que contenía la cocaína y de ser así, a quién correspondían éstas, ya que dicha prueba bien pudo ofrecerla la defensa para descartar de manera tajante la participación de su representado en los hechos que fueron investigados.

Discrepa que la defensa quiera plantar una discusión con la afirmación que dio uno de los patrulleros cuando manifestó que observó que el parrillero de la moto que seguían arrojó sigilosamente la bolsa que contenía el estupefaciente, cuando al parecer del Letrado por el tamaño del bolso no podía observarse si se hacía de manera sigilosa o si simplemente fue arrojado o lanzado, situación que a juicio del Fiscal no amerita discusión pues el resultado de cualquiera de estas situaciones no es otro que el despojarse del elemento que lo comprometía penalmente.

Finalmente frente a las entrevistas rendidas por los policiales a las que llama gemelas o siamesas, arguye que si bien existe una gran similitud en ellas, la Juez valoró las declaraciones de dichos efectivos en audiencia de juicio que a su vez fue comparada con los demás elementos que fueron presentados en esa audiencia. Cuando la Jueza A quo manifestó que el PT. CUCHANGA CÁRDENAS habría mentido ante el Juez de garantías, lo hizo respecto de que no le creía cuando manifestó que CRISTIAN LEANDRO RIVERA ARIAS hubiere estado antes de ser capturado en otro establecimiento pero ello en nada incide en la responsabilidad de JULIÁN FERNANDO.

**La Defensa del señor Cristian Leandro Rivera Arias**, como no recurrente considera que a pesar de los juiciosos argumentos esgrimidos por la Juez A quo en la sentencia, en ella también se entrevé una vulneración al principio de congruencia por haberse condenado al señor LONDOÑO GIRALDO bajo un verbo rector diferente al que le fue imputado. Agrega que hubo una indebida valoración por parte de la falladora del testimonio del policial EBERTH CUCHANGA CÁRDENAS quien nunca dijo la verdad. Resalta que su intervención la hace como no recurrente y que se encuentra en firme la decisión sobre su representado.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- COMPETENCIA:**

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una Sentencia proferida por un Juzgado Penal del Circuito que hace parte de este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión Penal, según las voces del # 1º del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

**- PROBLEMA JURÍDICO:**

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura por parte de los apelantes, considera la Sala que se desprenden los siguientes problemas jurídicos:

¿Estuvo acertada la Jueza A quo al ordenar la devolución de la motocicleta de placas SRC 10, que fuera incautada el día 15 de octubre de 2012 a su propietario CRISTIAN LEANDRO RIVERA ARIAS, como consecuencia de la decisión absolutoria?

¿Tuvo ocurrencia una vulneración del principio de la congruencia respecto del sentenciado JULIÁN FERNANDO LONDOÑO GIRALDO, porque se declaró su responsabilidad criminal por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo, a pesar de haber sido acusado por la presunta comisión de ese reato pero en la modalidad de transportar?

¿En la actuación procesal se cumplían a cabalidad con todos los requisitos exigidos por los artículos 7º, inciso 4º, y 381, inciso 1º, C.P.P. para poder proferir una sentencia condenatoria o si por el contrario existían dudas probatorias que debieron repercutir en favor del Procesado acorde con el apotegma del *“in dubio pro reo”*, lo que ameritaba que en su favor se debió proferir un fallo absolutorio?

**- SOLUCIÓN:**

Teniendo en cuenta que son varios los problemas jurídicos planteados empezará esta Sala desarrollando el que tiene que ver con la alzada propuesta por el Ente acusador respecto de la orden de entrega definitiva de la motocicleta perteneciente al señor CRISTIAN LEANDRO RIVERA ARIAS, seguidamente la posible vulneración al principio de congruencia, para finalmente pronunciarse respecto si hubo o no una indebida valoración probatoria por parte de la jueza de primer nivel.

**1. De la entrega definitiva del rodante:**

De proemio advertirá esta Colegiatura que existen plausibles y potísimas razones con las cuales se puede llegar anticipadamente a concluir que es relativa la razón que le asiste al recurrente en su alzada.

Para desenvolver este entuerto debemos retrotraernos a lo acecido en la madrugada del 15 de octubre de 2012, cuando fueron detenidos los procesados JULIÁN FERNANDO LONDOÑO GIRALDO y CRISTIAN LEANDRO RIVERA ARIAS en el Barrio Lara Bonilla de Dosquebradas, por el delito de tráfico de estupefacientes, mientras se movilizaban en la motocicleta AX 100 marca Suzuki de placas SRC 10 cuyo poseedor resultó ser el procesado RIVERA ARIAS.

En desarrollo de las audiencias preliminares llevadas a cabo ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Dosquebradas, entre otras actuaciones se impartió legalidad a la incautación de dicho rodante, hasta ahí no habría actuación alguna qué reprocharle al Delegado de la Fiscalía, pues en ese momento se contaba con que la motocicleta había sido incautada por haber sido utilizada aparentemente como medio o instrumento para la comisión del ilícito y porque al menos la tenencia del rodante estaba en cabeza del entonces Procesado CRISTIAN LEANDRO, lo que válidamente hacía inferir que éste tenía alguna injerencia sobre la titularidad del mismo.

Hay que recordar que acorde con lo consignado en el artículo 100 C.P. y en el artículo 82 C.P.P. el comiso es una sanción de la cual serían susceptibles los bienes de propiedad del penalmente responsable que sean utilizados como instrumento para la comisión de un delito doloso o que provengan o sean fruto de la ejecución del reato, los cuales pasarían a poder del Estado o de la Entidad designada para tal fin, que en este caso sería la Fiscalía General de la Nación por intermedio del Fondo Especial para la Administración de Bienes.

Respecto de lo anterior, la Corte Constitucional se ha expresado de la siguiente manera:

*“En cuanto a la naturaleza y fines del comiso - o decomiso -, es preciso señalar que se trata de una medida que comporta la privación definitiva del dominio de un bien o de un derecho, padecida por su titular, y derivada de la vinculación del objeto con un hecho antijurídico, que puede ser un delito o una falta administrativa. La privación del derecho de dominio por parte de su titular origina el correlativo desplazamiento de la titularidad del bien o del derecho, al Estado…..”[[1]](#footnote-1).*

De manera que en un principio fue acertada la decisión de ordenar como medida cautelar la incautación del rodante en cuestión, pero sólo hasta esa etapa preliminar. Sin embargo, se desconocen las razones por las cuales el delegado fiscal tomó la determinación de dejar a disposición de la Dirección Nacional de estupefacientes y Unidad Especializada de Extinción de Dominio la motocicleta de la cual era tenedor el señor CRISTIAN LEANDRO RIVERA ARIAS, si en cuenta se tiene que: *i)* sobre el rodante operaba meramente la medida cautelar prevista en el art. 83 del C.P.P., a efectos de garantizar un posible comiso, *ii)* la procedencia del comiso a voces del art. 82 ibídem se limita a los bienes de propiedad de quien es declarado penalmente responsable, y *iii)* para el momento en que el Fiscal toma tal determinación no se había proferido aún sentencia.

En este momento procesal y habida consideración a la absolución proferida a favor del acusado RIVERA ARIAS, el Tribunal debe poner de presente varias situaciones relevantes:

La primera, que el comiso o decomiso y la extinción de dominio son figuras diferentes. Así se asegura en cuanto el decomiso, como ya se indicó, obra única y exclusivamente dentro el proceso penal, en tanto, el trámite de la acción de extinción de dominio de conformidad a lo consagrado en el artículo 18 de la Ley 1708 de 2014, es una acción autónoma e independiente de la penal. En consecuencia, las determinaciones y los efectos de cada una de ellas corren en forma separada.

La segunda, que en virtud de la absolución ya no es posible el comiso porque para su procedencia se exige ineludiblemente un fallo de condena; no obstante, otra suerte corre en este caso la acción de extinción de dominio promovida por iniciativa propia de la Fiscalía, sin que en su definición pueda tener injerencia alguna la judicatura.

Y tercero, que la Sala ignora en qué terminó esa acción de extinción de dominio, es decir, no se sabe si la misma prosperó o no. Y, siendo así, mal haría esta Corporación en tomar determinaciones a ese respecto, que, se repite, escapan al ámbito propio del proceso penal que nos concita.

Para rematar, a todo lo anterior se añaden estas otras consideraciones:

El bien no se encuentra a órdenes de los jueces sino de la Fiscalía General de la Nación; luego entonces, no hay ninguna determinación judicial qué tomar al respecto, ni era procedente que la funcionaria a quo ordenara la entrega inmediata del velomotor.

Es más, la referida motocicleta ni siquiera está a nombre de quien fuera procesado, señor CRISTIAN LEANDRO RIVERA, sino de la señora LUZ PIEDAD MORALES según consta a fl.133 de la carpeta que corresponde a la hoja final del dictamen grafológico, quien era y es por tanto en principio la única persona autorizada para hacer la susodicha reclamación.

Así las cosas, sin calificar si esa determinación asumida por el ente persecutor de adelantar una acción de extinción de dominio en forma independiente fue correcta, o quizá incorrecta por apresuramiento, dado que no corresponde a esta Corporación hacer un pronunciamiento de esa naturaleza, de todas formas debe quedar claro que al estar en curso esa acción de extinción de dominio y ser la competente para su definición la Fiscalía General de la Nación, sólo a ella corresponderá la determinación definitiva acerca de si hay lugar o no a la entrega del mencionado rodante.

La Sala se limitará por tanto en este providencia a señalar única y exclusivamente que en lo que al comiso o decomiso concierne éste no procede por existir un fallo absolutorio a favor del procesado RIVERA ARIAS, y en este específico sentido se confirmará parcialmente la determinación de la juzgadora de instancia, pero se aclarará la decisión de primer grado en el sentido que seguirá vigente la acción de extinción de dominio para que sea definida por la Fiscalía General de la Nación como en derecho corresponde, sin disponer su entrega inmediata en los términos en que lo había dispuesto el fallo de primer grado.

**2. De la presunta violación al Principio de Congruencia:**

Alega sobre este tópico el Dr. CÉSAR HELCÍAS HUERTAS VALENCIA, defensor público del señor JULIÁN FERNANDO LONDOÑO GIRALDO, que en la actuación se vulneró por parte del Ente Acusador el principio de congruencia porque a su representado se le formuló imputación por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes bajo el verbo rector “transportar”, pero terminó condenado bajo la inflexión verbal de “llevar consigo” la sustancia estupefaciente.

De la supuesta violación del principio de congruencia, sea lo primero enunciar que el susodicho es uno de los principios que rigen al proceso penal, el cual hace parte íntegra del cúmulo de garantías conocidas por el artículo 29 de la Carta como Debido Proceso. Dicho principio pregona la existencia de una especie de armonía, consonancia o correspondencia que debe haber entre la sentencia, los cargos proferidos o endilgados en la acusación y la petición efectuada por el Ente Fiscal en el juicio. Es de resaltar que acorde con el contenido del artículo 448 C.P.P. dicha correlación que ha de existir entre esos actos procesales debe presentarse dentro un contexto personal, fáctico y jurídico, del cual, solo el jurídico admite cierta ductilidad.

Sobre este principio y sus características, la Corte ha expuesto lo siguiente:

*“Esa norma, como de antaño lo ha sostenido la Corte, se refiere a la correspondencia personal (el acusado), fáctica (hechos) y jurídica (delitos), que debe existir entre la acusación y la sentencia; conformidad que, referida al debido proceso y a la garantía de defensa, se ajusta al principio de congruencia e implica que los jueces no pueden desconocer la acusación, pues se trata de un proceso adversarial que involucra, de un lado, al ente investigador y, del otro, al procesado y su defensor, en una relación contenciosa en cuyo desarrollo se debe materializar la igualdad de armas, e impone la necesidad de hacer valer en toda su extensión el principio de imparcialidad.*

*Es así, porque con la formulación de acusación se materializa la pretensión punitiva del Estado y, por consiguiente, se fijan los límites -fáctico y jurídico- dentro de los que puede desarrollarse la correspondiente acción, que se reflejan esencialmente en el principio de congruencia, mismo que procura la salvaguarda del derecho de defensa, evitando que al procesado se le sorprenda con una sentencia ajena a los cargos formulados de los cuales, por supuesto, no se defendió…”[[2]](#footnote-2).*

De lo expuesto se puede colegir que como consecuencia del principio de congruencia, la acusación, en sus ámbitos fácticos, jurídicos y personal, tendría un carácter vinculante para el Juzgador de instancia, por lo que se presentaría una vulneración de dicho principio cuando: a) el Juez de la Causa profiere una sentencia condenatoria que riñe o se encuentra manifiestamente divorciada de los hechos o de la calificación jurídica dada a los mismos en la acusación, o su equivalente, impetrada por parte de la Fiscalía General de la Nación; b) se desconozcan o ignoren especificas circunstancias de atenuación o de agravación punitivas que fueron consignadas en el pliego de cargos, o por el contrario se pregonen agravantes o atenuantes no enunciados en la acusación.

En tal sentido, la Corte ha expuesto lo siguiente:

*“Por ello, el juzgador al construir el correspondiente juicio de derecho puede llegar a transgredir el principio de congruencia, por acción o por omisión, ocurriendo en los siguientes eventos:*

*1. Por acción:*

*a) Cuando se condena por hechos o por delitos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación, de acusación, según el caso, o por otros que no fueron objeto de acuerdo entre la Fiscalía y el acusado.*

*b) Cuando se condena por un delito por el cual nunca se hizo mención fáctica ni jurídicamente en el acto de formulación de imputación, de la acusación, según el evento, o en el acuerdo celebrado entre la Fiscalía y el procesado.*

*c) Cuando se condena por delito atribuido en la audiencia de formulación de imputación, en la acusación, o el acordado entre la Fiscalía y el procesado, según el caso, pero se deduce, además, circunstancia, genérica o específica, de mayor punibilidad.*

*2. Por omisión:*

*Cuando en la sentencia se suprime una circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que fue reconocida en las audiencias de formulación de la imputación o de la acusación, según el caso, o que había sido acordada entre el Fiscal y el procesado…”[[3]](#footnote-3).*

Al aplicar al caso bajo estudio el marco conceptual expuesto en párrafos anteriores, observa la Sala que en el presente asunto no tuvo ocurrencia ningún tipo de vulneración del principio de la congruencia por la sencilla razón consistente en que la Fiscalía durante su intervención en el juicio, específicamente planteando su teoría del caso, de manera válida se comprometió a probar por lo menos la inflexión verbal de “llevar consigo” sustancia estupefaciente y posteriormente en los alegatos de conclusión pidió condena bajo esos términos para el señor JULIÁN FERNANDO LONDOÑO GIRALDO, lo cual, para la Sala, con tal petición, de ninguna manera se afectaba el núcleo normativo de la acusación, el cual puede ser maleado por la Fiscalía acorde con los avatares que se presenten en el juicio. A lo que se debe aunar

que el fallo es respetuoso de las premisas fácticas con las cuales fue edificada la acusación.

De igual forma, vale la pena resaltar que la petición deprecada por el Ente Acusador ataba a la Juzgadora de instancia si nos atenemos a lo dicho con antelación respecto del carácter vinculante de la acusación, la cual por regla general no puede ser desconocida por el Juez de la Causa.

Por lo tanto, se equivoca el recurrente en la tesis de su disenso, porque en el presente asunto la Jueza A quo fue respetuosa del principio de congruencia en atención a que el Fallo confutado desde el ámbito factico y jurídico es coherente con los cargos que en tales términos el Ente Acusador endilgó en este caso particular en contra del Procesado JULIÁN FERNANDO LONDOÑO GIRALDO.

Por lo tanto, considera la Sala que en el presente asunto no tuvo ocurrencia la irregularidad denunciada por el recurrente, y más por el contrario lo acontecido, reiteramos, es algo propio de los avatares que en algunas ocasiones surgen en el devenir de una actuación procesal.

Finalmente y como apunte de colofón, recomienda la Sala a la Jueza A quo, que en lo sucesivo cuando se hagan tales modulaciones por parte del Delegado Fiscal que impliquen una variación de la calificación jurídica, resalte tal variación y corra traslado a las partes para que éstos a su vez tengan la oportunidad, si así lo desean, de pronunciarse al respecto y de contera para evitar los entuertos que ahora se generan por supuestos sorprendimientos.

Ahora bien, se podría pensar que como consecuencia de lo acontecido se pudo viciar de nulidad la actuación procesal, lo cual para la Sala no es de recibo si se aplican los postulados del principio de la convalidación y de la transcendencia, en atención a que a las partes no se les vulneró el Derecho a la Defensa, porque la estrategia asumida por los Defensores del procesado radicó en procurar demostrar que el Procesado al haber sido víctima de un *“falso positivo”* urdido por los Policiales que lo capturaron, en ningún momento llevo a cabo comportamientos tendientes a transportar o llevar consigo el narcoalijo.

**3. Los cargos relacionados con los errores en los que incurrió la A quo en el fallo confutado al momento de la apreciación del acervo probatorio.**

Los reproches formulados por el recurrente en contra del fallo confutado, en su esencia giran en torno a establecer que en el presente asunto el acervo probatorio habido en el proceso y en especial los testimonios absueltos por los gendarmes EBERTH CUCHANGA CÁRDENAS y DUVÁN JOSÉ ARREDONDO carecían de la contundencia necesaria y suficiente como para poder edificar en contra del Procesado JULIÁN FERNANDO LONDOÑO GIRALDO un fallo de condena, como consecuencia de las imprecisiones y contradicciones en las que incurrieron cuando declararon en el juicio, aunado a que dichas versiones no coincidían con los narrado por ellos mismos en las entrevistas que rindieron ante el investigador de la Fiscalía el 15 de noviembre de 2012, que por su similitud califica de siamesas.

Se torna entonces necesario por parte de la Sala hacer un análisis del acervo probatorio, cuyos resultados serán confrontados tanto con lo decido por la jueza A quo en el fallo confutado, como por todo lo dicho por el apelante y el no recurrente, a fin de determinar si en efecto en el presente asunto el acervo probatorio cumplía o no con los requisitos exigidos por los artículos 7º y 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena.

Cuestiona la Defensa el valor suasorio de los testimonios de los policías EBERTH CUCHANGA CÁRDENAS y DUVÁN JOSÉ ARREDONDO, quienes según el decir de la Defensa incurrieron en una serie de contradicciones e imprecisiones en sus dichos. Para la Sala ello es completamente errado, porque los dichos de esos agentes de la Fuerza Pública son coincidentes y uniformes respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en virtud de la cual presenciaron el momento en el que el parrillero de la motocicleta, es decir el señor JULIÁN FERNANDO LONDOÑO GIRALDO, al percatarse de la presencia de los policiales arroja un paquete que llevaba en su poder y que resultó contener sustancia estupefaciente.

Para una mejor compresión de lo antes expuesto, bien vale la pena hacer una sinopsis de lo dicho por esos testigos:

El patrullero CUCHANGA CÁRDENAS en audiencia de juicio oral narró que el 15 de noviembre de 2012 a eso de las 03:00 horas mientras patrullaba en el sector de Frailes con su compañero REDONDO DÍAZ, observaron a dos personas que se movilizaban en una moto y que el parrillero de ella –JULIÁN FERNANDO LONDOÑO GIRALDO- al percatarse de la presencia de los gendarmes arrojó un paquete, motivo por el cual adelantaron el velocípedo e hicieron señal de pare a sus ocupantes, mientras su compañero de patrulla los requisaba, él se devolvió a recoger el paquete donde halló la sustancia estupefaciente, informando a su compañero sobre el contenido y ahí proceden a leerle los derechos del capturado.

Por su parte, el patrullero REDONDO DÍAZ narra en audiencia de juicio que mientras seguían a una motocicleta en el Barrio Lara Bonilla del sector Frailes ven como el parrillero del rodante, al percatarse de la presencia de los policías procedió a arrojar un paquete que cayó a una distancia aproximada de 13 o 14 metros, por tal motivo los alcanzan y solicitan una requisa; mientras él se encargaba de realizar dicha actividad, su compañero de patrulla el PT. CUCHANGA CÁRDENAS recoge el elemento percatándose que se trataba de una bolsa negra con un bolso en su interior y en él a su vez contenía unas papeletas con sustancia estupefaciente y por ese motivo son capturados.

Dichos testimonios al parecer de esta colegiatura, contrario a lo expresado por el Letrado recurrente, sí guardan una estrecha relación sobre el acontecer de los hechos que fueron objeto de investigación, mírese como hacen referencia de manera uniforme no sólo de las circunstancias modales sino de manera general al comportamiento desplegado con anterioridad por el procesado JULIÁN FERNANDO LONDOÑO GIRALDO, pues ambos refieren que a eso de las 02:00 horas de la mañana cuando realizaban el cierre a establecimientos nocturnos en ese sector, lo observaron intranquilo y pendiente de las actividades y lugares en que se encontraban los policías como queriendo huir del lugar, que también se abstuvieron de realizarle una requisa en ese momento porque había mucha gente en el sitio y ya la policía había sido víctima de varias asonadas en ese mismo sector. Fue alrededor de una hora después del cierre que observan pasar una motocicleta cuyos ocupantes no portaban chaleco reflectivo y deciden seguirla, y es cuando el parrillero, que resultó ser LONDOÑO GIRALDO, arroja el paquete, posteriormente son interceptados, y verificado el contenido de la bolsa, éste es capturado al igual que el conductor.

Para la Sala, al igual que la A quo, existen válidas razones para concederle credibilidad y veracidad al relato vertido en el juicio por parte de los gendarmes, y en especial el PT. REDONDO DÍAZ quien ofreció una narración clara y coherente de la manera en que tuvieron ocurrencia los hechos; tampoco afloraba del contenido de su relato algún motivo por el cual quisiera perjudicar al Procesado, o por lo menos es lo que se extrae de su versión en juicio, cuando asevera que con anterioridad no había tenido algún problema o procedimiento con el señor JULIÁN FERNANDO LONDOÑO GIRALDO.

A lo anterior se debe aunar el riguroso contrainterrogatorio al que fue sometido el policial REDONDO DÍAZ por parte del Defensor, el cual tuvo como propósito procurar que el testigo incurriera en errores, contradicciones e imprecisiones, y a pesar de existir algunas vacilaciones como por ejemplo la distancia exacta a la que había sido arrojado el paquete, o si tal despojo se produjo de manera rápida o sigilosa, o si el señor LONDOÑO GIRALDO lanzó el paquete en el mismo instante en que los vio o cuando los policiales ya los estaban alcanzando, válidamente se puede decir que el testigo salió bien librado, pues dichas imprecisiones no se pueden catalogar como graves en atención a que las mismas no destruyeron ni socavaron la columna vertebral de sus dichos.

No puede ser de recibo la discrepancia propuesta por el recurrente cuando refiere que lo absuelto por los policiales en el juicio es contrario a lo esgrimido por ellos en las entrevistas rendidas el 15 de noviembre de 2012 ante el investigador ESTEBAN DAVID CABRERA SACANAMBUY, porque atendiendo los principios de inmediación, contradicción, concentración y publicidad ha de tenerse en cuenta que el testimonio rendido por ellos en la audiencia de juicio oral es el que tiene valor probatorio y no lo que los testigos hayan dicho en una entrevista, la cual solo sirve como herramienta para refrescar memoria o para impugnar la credibilidad de los testigos. Ahora si lo que pretende el apelante es que con base en lo dicho por los testigos en la entrevista se les deba restar el poder suasorio de sus testimonios, consideramos que ello sería algo impertinente en atención a que la versión rendida por los testigos en el juicio en sus aspectos esenciales es más o menos afín a la que ellos dijeron en las entrevistas absueltas ante la policía judicial.

No desconoce la Sala que el hecho que el PT. CUCHANGA CÁRDENAS como bien lo concluyó la falladora de primer nivel, mintió ante la Jueza de Control de Garantías al manifestar bajo la gravedad de juramento que previamente a la captura había visto al procesado CRISTIAN LEANDRO RIVERA ARIAS acompañado de JULIÁN FERNANDO LONDOÑO GIRALDO movilizándose en una moto por el sector de los estanquillos, y que la razón de tal afirmación había sido para perfeccionar el procedimiento de captura de los dos procesados. Pero es anotar que la única consecuencia que podría generar ese acontecer es que no se le deba otorgar o conceder credibilidad a lo dicho por ese policial en tales términos, lo que no afectaría la credibilidad en lo que atañe con el procedimiento de captura del procesado. Es de recordar que en hipótesis como la aquí acontecida, cuando un testigo ofrece una versión que está integrada de mendacidades y de verdades, ello no quiere decir que de manera automática el testimonio perdería poder suasorio, porque el Juez válidamente puede escindir la declaración en dos partes: una a la cual se le cree y otra a la que no. Y ello es lo que acontece con el testimonio de EBERTH CUCHANGA CÁRDENAS, el cual se debe fragmentar en dos partes: Una a la que no se le debe creer, cuando asevera haber visto al procesado CRISTIAN LEANDRO RIVERA en compañía de JULIÁN FERNANDO LONDOÑO GIRALDO cuando se movilizaban en una motocicleta por el sector de los estanquillos; y otra a la que se le debe creer cuando narra sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar que condujeron a la captura del procesado y el hallazgo del *narcoalijo.*

Además de lo anterior, en la actuación también se contó con los dichos del PT. Redondo Díaz, PT. Jairo Caicedo Molano y el PT. ESTEBAN DAVID CABRERA SACANAMBUY, de quien valga decir recolectó la entrevista a los agentes captores el 15 de noviembre de 2012 y confirmó lo allí todo narrado. Y aunque poco mencionó al respecto el coprocesado CRISTIAN LEANDRO RIVERA ARIAS, sí afirmó que él reprochó en la estación de policía a su compañero JULIÁN FERNANDO que dijera la verdad, que mirara el problema en que lo había metido y éste le respondió que él no había tirado eso, pero posteriormente en la URI le manifestó que *“fresco, que yo de ésta lo saco”*, y que terminada la audiencia de control de garantías, le manifestó a sus padres que en una próxima audiencia lo sacaría de ese problema, situación que nunca ocurrió; de manera que fueron todas esas pruebas las que apreciadas en conjunto, llevaron a la falladora al convencimiento que el señor LONDOÑO GIRALDO era penalmente responsable de los hechos por los cuales estaba siendo investigado.

En igual sentido, se considera un yerro que la Defensa reproche la omisión por parte del Ente acusador de realizar una prueba lofoscópica en aras de determinar si las huellas plasmadas en el bolso que presuntamente fue arrojado por el señor JULIÁN FERNANDO LONDOÑO GIRALDO correspondían o no a éste, ya que si bien en cabeza del Estado y a través la Fiscalía recae la carga de la prueba en el proceso penal, no menos cierto es que también existe en cabeza del defensor la obligación de asumir una verdadera defensa técnica que para este punto específico lo invitaba a actuar de manera más diligente y participativa, tendiente a eliminar cualquier asomo de duda respecto de la inocencia de su patrocinado, de manera que mal haría el recurrente quedándose a la espera de las falencias en que incurriere el órgano persecutor para que de ahí dependa el resultado de la investigación, pues desde el mismo momento en que se percató que el Delegado Fiscal no había anunciado la práctica de dicha prueba, él sí pudo propender la realización de dicho estudio para allegarlo al juicio y de esa manera contrarrestar tajantemente la acusación realizada en contra de su patrocinado.

Es entonces por todas esas razones, que considera la Sala que contrario a lo aseverado por el recurrente, las pruebas habidas en el proceso si cumplían a cabalidad con todos los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir una sentencia condenatoria en contra del Procesado JULIÁN FERNANDO LONDOÑO GIRALDO.

Finalmente, respecto de la argumentación que realiza el Dr. Alexander Zapata Largo, Defensor del señor CRISTIAN LEANDRO RIVERA ARIAS en la cual advierte que la decisión frente a su patrocinado está en firme ya que frente a ella no se interpuso ningún recurso, pero que como no recurrente coadyuva la apelación presentada por su homólogo, habrá de recordársele que carece de interés para intervenir en tal condición, precisamente porque el recurso interpuesto versa sobre la responsabilidad penal o no del señor JULIÁN FERNANDO LONDOÑO GIRALDO mas no de su representado, que por lógica limita su posibilidad de intervención.

Por lo tanto, al no asistirle la razón a ninguna de las tesis de discrepancia propuestas por los recurrentes –Fiscalía en lo que tiene que ver con la entrega definitiva del vehículo, y Defensa respecto de la declaratoria de responsabilidad penal de JULIÁN FERNANDO LONDOÑO GIRALDO-, a la Sala no le queda otra opción diferente que la de confirmar lo decidido por la A quo en el fallo opugnado.

En mérito de todo lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Se confirma la sentencia proferida el veintinueve (29) de Agosto de 2.013 por parte del Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira, en la cual fue declarada la responsabilidad criminal del acusado JULIÁN FERNANDO LONDOÑO GIRALDO por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes.

**SEGUNDO:** Se confirma parcialmente la decisión adoptada por el Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira en el sentido de no acceder al comiso o decomiso de la motocicleta utilizada en la comisión del ilícito, pero SE ACLARA que ese rodante no será devuelto en forma inmediata al procesado CRISTIAN LEANDRO RIVERA ARIAS como lo anunció la juez a quo, sino que será la Fiscalía General de la Nación dentro de la acción de Extinción de Dominio quien tome una decisión definitiva a ese respecto, todo de conformidad con lo analizado en el cuerpo motivo de esta providencia.

**TERCERO:** Declarar que en contra del fallo de segunda instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de los términos de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Con el respeto acostumbrado a la Sala Mayoritaria, por medio del presente me permito aclarar mi voto sobre la abstención de la Sala de confirmar en su integridad el fallo opugnado, específicamente en el sentido de ordenar a cargo del Ente Acusador la entrega definitiva de la motocicleta de placa SRC 10 a su poseedor CRISTIAN LEANDRO RIVERA ARIAS.

Lo anterior por considerar que fue apresurada y totalmente desatinada la posición asumida por el Delegado Fiscal al dejar a disposición de la Dirección Nacional de estupefacientes y Unidad Especializada de Extinción de Dominio la motocicleta de la cual era poseedor el señor CRISTIAN LEANDRO RIVERA ARIAS, desconociendo que la figura del comiso consagrada en el art. 82 del C.P.P, procede única y exclusivamente sobre aquellos bienes que son propiedad[[4]](#footnote-4) de quien es declarado penalmente responsable y es precisamente lo que en este evento no ocurrió, pues cuando el Fiscal Delegado tomó tal determinación no se había culminado el proceso.

Y es que el error del Fiscal se ve aún más reflejado, cuando finiquitada la investigación adelantada por la Fiscalía 8 Seccional de Dosquebradas, por parte de la falladora de primer nivel se determinó que el señor RIVERA ARIAS sería absuelto de los cargos que le fueran endilgados como probable coautor de delito de tráfico de estupefacientes, situación que a todas luces hacía improcedente el comiso, por ello en mi sentir, acertadamente ordenó la entrega definitiva del rodante en cuestión.

Como era de esperarse, la Fiscalía manifestó que no podía materializar la entrega porque el vehículo ya no se encontraba en su poder y que tenía “conocimiento” que al parecer ya había sido devuelta a su propietario, situación que evidentemente tampoco ocurrió de ser así el Letrado no insistiría en la devolución, y es que no puede estar obligado el señor CRISTIAN LEANDRO a soportar más cargas de las que legalmente le corresponde asumir, luego, al ser absuelto de responsabilidad penal, lo correcto es que por parte de la Fiscalía, indistintamente de la unidad, se le garantizara la entrega definitiva del rodante que sin lugar a hesitación no debe continuar ligado a la presente investigación.

Con base en los argumentos anteriormente expuestos, dejo sentada mi aclaración de voto.

Fecha up supra

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado Ponente**

1. Corte Constitucional: Sentencia # C-782 del diez (10) de octubre de 2012. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del veinticuatro (24) de junio de 2015. Proceso # 41685. SP8034-2015. M.P. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del treinta (30) de mayo de 2007. Proceso # 26588. M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS. [↑](#footnote-ref-3)
4. En el presente asunto, podría válidamente inferirse que Cristian Leandro Rivera Arias tenía algún derecho de dominio sobre el rodante, según art. 762 del C.C. el cual consagra que el poseedor de un objeto, salvo prueba en contrario, se presume dueño del mismo. [↑](#footnote-ref-4)