



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Magistrado ponente

SP3518-2020

Radicación N° 48306

Aprobado en acta N° 195

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Decide la Corte el recurso de casación presentado en nombre de ALEXÁNDER ENRIQUE BUITRAGO MARTÍNEZ, contra la sentencia del 21 de abril de 2016 proferida en el Tribunal Superior de Cundinamarca, mediante la cual revocó la absolución dictada en favor de aquél en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Pacho, y en su lugar lo condenó como autor de los delitos de destinación ilícita de muebles o inmuebles y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

I. SÍNTESIS FÁCTICA Y PROCESAL

1. En el municipio de Villagómez (Cundinamarca), con base en orden de un fiscal seccional emitida con las formalidades de ley, el 3 de junio de 2014 funcionarios de la Policía Judicial, llevaron a cabo el allanamiento y registro de la vivienda ubicada en la carrera 3ª con calle 2ª de propiedad de ALEXÁNDER ENRIQUE BUITRAGO MARTÍNEZ, alias “TINTÍN”, a quien Gustavo Adolfo Duarte Bohórquez señalaba de dedicarse a la venta de marihuana (este ciudadano declaró que, fingiendo interés en adquirir una cantidad de ese alucinógeno, en efecto el 1º de junio de 2014 le compró \$50.000 del mismo —el cual pesó 82 gramos—), diligencia en la que hallaron escondidos en el cielo raso de una de las habitaciones del inmueble doscientos treinta y dos (232) gramos (peso neto) del referido estupefaciente.

En esa oportunidad no se obtuvo la captura de BUITRAGO MARTÍNEZ —pero sí la de dos familiares de éste—, quien se entregó a las autoridades unos días después¹.

2. El 4 de junio de 2014, ante un juez con función de control de garantías, se llevó a cabo la legalización del registro y allanamiento realizado a la vivienda de propiedad de BUITRAGO MARTÍNEZ, del material alucinógeno incautado, y de la captura de Jorge Enrique Buitrago Arévalo y José Ángel Aguilar Sánchez (progenitor y cuñado, respectivamente, del primero), contra quienes el fiscal del caso se abstuvo de formular imputación arguyendo

¹ Situación fáctica extractada de los registros procesales.

que no era clara su participación en los hechos objeto de investigación y por lo tanto solicitó su libertad².

Ese mismo día, a solicitud de la Fiscalía, el Juez Promiscuo Municipal de Villagómez, libró orden de captura contra BUITRAGO MARTÍNEZ³.

3. Dado que el 9 de junio siguiente ALEXÁNDER ENRIQUE BUITRAGO MARTÍNEZ se entregó en la Fiscalía Seccional de Pacho, al otro día (10 de junio de 2014), ante el Juez Promiscuo Municipal de Villagómez (Cundinamarca), se legalizó su captura y el ente investigador, con base en los sucesos del 1° de junio de 2014 (los referidos el ciudadano Duarte Bohórquez), le formuló imputación como presunto autor de los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (bajo los verbos rectores llevar consigo, almacenar y vender), y en relación con los del 3 del mismo mes (los descubiertos con el allanamiento y registro) por destinación ilícita de muebles o inmuebles (en las modalidades de almacenar y vender), definidos en los artículos 376 -inciso 2°- y 377 del Código Penal, respectivamente.

Frente a dichos cargos el imputado se allanó, y fue afectado con medida de aseguramiento privativa de la libertad en su domicilio⁴, la cual fue revocada parcialmente en segunda instancia por el Juez Promiscuo del Circuito de La Palma (Cundinamarca), quien dispuso que la misma debía cumplirla en establecimiento carcelario. Además, ese funcionario compulsó

² C. 1, fs. 11-13.

³ C. 3, fl. 14.

⁴ C. 3, fs. 20-24.

copias para investigar a ALEXÁNDER ENRIQUE BUITRAGO MARTÍNEZ por la comisión del ilícito de conservación de plantaciones, previsto en el artículo 375 de la Ley 599 de 2000⁵.

4. Al Juez Promiscuo del Circuito de Pacho (Cundinamarca) fue remitida la actuación para emitir sentencia con bases en el allanamiento a cargos⁶, empero, el 12 de septiembre de 2014 ese funcionario resolvió “*no impartir legalidad al allanamiento a cargos*” al considerar que todos los elementos materiales probatorios aportados por la vista fiscal eran ilícitos, dado que su recaudo había estado mediado por la actuación de un “*agente provocador*” (la de Gustavo Adolfo Duarte Bohórquez). Por tanto, ordenó la libertad inmediata de BUITRAGO MARTÍNEZ⁷.

5. La anterior determinación fue apelada por el delegado fiscal y revocada por el Tribunal Superior de Cundinamarca, con base en que el análisis en torno a la ilicitud de los medios de prueba debía realizarlo el fallador de primer grado al momento de emitir sentencia, con la advertencia de que tal decisión, aun tratándose de la modalidad anticipada, podía ser de carácter absolutorio en el evento de no reunirse los elementos probatorios mínimos acerca de la materialidad de las conductas punibles y la responsabilidad del procesado en los delitos por los que se produjo la aceptación de responsabilidad. Con sujeción a ello el ad-quem dispuso la “*validación del allanamiento a cargos*” del aquí implicado y ordenó devolver al juez de primera instancia “*para lo de su cargo*”⁸.

⁵ C. 2, fl. 13.

⁶ C. 3, fl. 126.

⁷ C. 3, fs. 155 y 156.

⁸ C. 4, fs. 13-25.

R. J. J.

6. Con fundamento en lo dispuesto por el Tribunal, el 4 de septiembre de 2015, la juez de conocimiento resolvió “*validar*” el allanamiento a cargos de ALEXÁNDER ENRIQUE BUITRAGO MARTÍNEZ. Sin embargo, emitió sentencia absolutoria, reiterando su criterio respecto de la ilicitud de las evidencias aportadas por la vista fiscal en la audiencia de imputación. Contra esta decisión el representante del ente acusador interpuso recurso de apelación⁹.

7. El 21 de abril de 2016, el Tribunal Superior de Cundinamarca resolvió la alzada, en el sentido de revocar la absolución y en su lugar condenar a ALEXÁNDER ENRIQUE BUITRAGO MARTÍNEZ como autor de los delitos de destinación ilícita de muebles o inmuebles y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, imponiéndole una pena de cincuenta y un (51) meses de prisión, multa por el equivalente a seiscientos sesenta y siete punto seiscientos sesenta y cinco (667.665) salarios mínimos legales mensuales vigentes y como accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal, le negó los subrogados penales y dispuso librar orden de captura en su contra¹⁰.

De acuerdo con el Tribunal, si bien Duarte Bohórquez fue el promotor de la consumación de la venta del estupefaciente ocurrida el 1° de junio de 2014 y, por tanto, la evidencia No. 1 que corresponde con la sustancia entregada por ALEXÁNDER ENRIQUE a Gustavo Adolfo es ilícita, lo cierto es que los demás

⁹ C. 3, fs. 260-264.

¹⁰ C. 5, fs. 9-45.

elementos materiales probatorios fueron obtenidos de un evento legal, como lo fue la diligencia de registro y allanamiento a la vivienda del implicado practicada el 3 del mismo mes y año, en virtud de los cuales se cumplió el estándar probatorio respecto de la materialidad y responsabilidad del procesado en las conductas punibles de destinación ilícita de muebles o inmuebles (en la modalidad almacenar) y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (también bajo el verbo rector almacenar).

8. Inconforme con esta decisión, la defensa recurrió en casación¹¹, cuya demanda una vez admitida superando los defectos formales¹², fue sustentada ante esta Sala.

II. LA DEMANDA

9. La recurrente formuló tres cargos principales orientados a la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías fundamentales del procesado y la unificación de la jurisprudencia, los cuales sustentó en los siguientes términos:

9.1. Al amparo de las causales primera y tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, en la primera queja, acusó al Tribunal de violar, simultáneamente, de forma directa e indirecta la ley sustancial, por un lado, al no aplicar la cláusula de exclusión dispuesta en el artículo 23 del Código de Procedimiento Penal, y por otro, al valorar los elementos

¹¹ C. 5, fs. 53-82.

¹² C. 6, fs. 5-6.

materiales probatorios aportados por el ente acusador, no obstante su ilicitud, dado que se obtuvieron a través de la actuación de un “*agente provocador*” que incitó la materialización de las conductas punibles endilgadas al imputado, vulnerándosele así sus derechos fundamentales.

9.2. En el segundo cargo, alegó el desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura y de las garantías debidas al implicado, pues el consentimiento dado por ALEXÁNDER ENRIQUE BUITRAGO MARTÍNEZ cuando se allanó a los cargos imputados estuvo viciado.

Afirmó que, al excluirse las evidencias debido a su ilicitud, la presunción de inocencia que cobija al procesado quedaba incólume, ante la ausencia de la evidencia mínima necesaria para inferir su autoría o participación en las conductas punibles endilgadas, así como, su tipicidad.

Por tanto, adujo que lo procedente es abrir nuevamente la respectiva investigación a fin de obtener, si es del caso, elementos probatorios con los cuales se demuestre la materialidad y responsabilidad penal del implicado.

9.3 En el último reproche, sostuvo que el Tribunal desconoció las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual fundó la sentencia condenatoria, pues, aunque el imputado se allanó a los cargos, lo cierto es que debían excluirse todos los elementos materiales probatorios como lo consideró la juez de primer grado.

9.4. Como pretensión común a las tres quejas, solicitó a la Corte “*casar el fallo recurrido y ... proferir sentencia de reemplazo, enmendando la contradicción evidenciada, y de esta manera confirmando el fallo de primera instancia*”¹³.

III. AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

10. La defensora consideró innecesario exponer argumentos adicionales a los contenidos en la demanda y solo reiteró su solicitud de que se case el fallo recurrido.

11. El Fiscal Delegado ante la Corte como premisa expresó su preocupación respecto del reconocimiento de las instancias de la figura del “*agente provocador*” en la actuación de Gustavo Adolfo Duarte Bohórquez.

Indicó que, en efecto, la falta de dominio del hecho por parte de Gustavo Adolfo, así como, el decaimiento del dolo de inducción y la evidente intención en orden de asegurar la incautación de la sustancia prohibida que este no implantó ni motivó a hacerlo, lo convierte en un sujeto inidóneo para ostentar esa calidad de “*agente provocador*” frente al procesado, quien no solo tenía el estupefaciente, sino adicionalmente, lo portaba y almacenada.

¹³ C. 5, fl. 82.

En relación al primer cargo de la demanda, manifestó que, contrario a lo señalado por la censora, no se otorgaron consecuencias extensivas al artículo 23 de la Ley 906 de 2004, relativo a la cláusula de exclusión de los medios de prueba obtenidos con violación de garantías fundamentales.

En su sentir, aunque se reconozca que Gustavo Adolfo Duarte Bohórquez actuó como “*agente provocador*”, la información que suministró no fue la única fuente de los elementos materiales probatorios aportados al proceso, pues los funcionarios de policía judicial verificaron la existencia de los acontecimientos que llegaron a su conocimiento a través del allanamiento y registro realizado al inmueble de propiedad del implicado, la declaración de uno de los uniformados que participó en esa diligencia y el informe policial a través del cual se solicitó la misma.

Además, aclaró que fue en razón del allanamiento y registro a la citada vivienda que se acreditó el almacenamiento del estupefaciente, se determinó su propietario y se incautó, sin que en modo alguno Gustavo Adolfo Duarte Bohórquez haya provocado tales eventos.

Por tanto, estimó que este cargo debe ser desestimado, máxime cuando fueron acertados los razonamientos del Tribunal relacionados con que algunos de los medios de convicción tuvieron una fuente independiente a la actuación del “*agente provocador*”.

En lo concerniente al segundo reproche, adujo que no se evidencia el desconocimiento del debido proceso, así como tampoco, de las garantías fundamentales del imputado, por cuanto su consentimiento en la aceptación de los cargos no estuvo viciado, pues todas las evidencias no son ilícitas.

Por último, señaló que no se presentó un error de derecho por falso juicio de legalidad, en tanto, el conocimiento sobre la propiedad del inmueble y del estupefaciente incautado al interior del mismo, no devino exclusivamente de la prueba originada por el ciudadano Duarte Bohórquez.

En consecuencia, solicitó no casar el fallo

12. El representante de la Procuraduría General de la Nación avaló la petición de la demandante y propuso como problema jurídico a resolver por la Sala, determinar si es válida la retractación en caso de aceptación de cargos cuando el recaudo probatorio está viciado de nulidad.

Así, afirmó que en el caso concreto la judicialización de ALEXÁNDER ENRIQUE BUITRAGO MARTÍNEZ se realizó teniendo como evidencia la originada por un “*agente provocador*”, situación que vulnera el derecho sustancial, por cuanto se desconocieron las normas que regulan la producción de la prueba, según los protocolos establecidos en el artículo 242 de la Ley 906 de 2004.

Insistió en que los elementos materiales probatorios recaudados son ilícitos, como quiera que el implicado fue instrumentalizado para inicialmente incitarlo, mantenerlo en

R. J. J.

error y finalmente llevarlo a cometer una conducta punible que no era objeto de investigación.

Como conclusión, estimó que, conforme a los artículos 23 y 455 de la Ley 906 de 2004, deben ser excluidos todos los elementos materiales probatorios aportados por la vista fiscal, dado que en su recaudo se vulneraron los derechos fundamentales del implicado.

IV. CONSIDERACIONES

13. Inicia la Corte por aclarar, de manera preliminar, que como la demanda presentada en nombre de ALEXÁNDER ENRIQUE BUITRAGO MARTÍNEZ fue declarada ajustada a derecho (desde un punto de vista formal), la Sala tiene el deber de resolver de fondo los temas jurídicos planteados en el escrito, en armonía con los fines de la casación de buscar la eficacia del derecho material, respetar las garantías de quienes intervinieron en la actuación, reparar los agravios inferidos a las partes y unificar la jurisprudencia, según el artículo 180 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal aplicable a este asunto.

Para ello, la Corte tendrá que desentrañar, en aras del eficaz desarrollo de la comunicación establecida, lo correcto de las aserciones empleadas por sus interlocutores, de modo que tomará cada postura desde la perspectiva más coherente y racional posible, sin perder de vista en el presente asunto que el fallo del Tribunal, en la medida en que revocó la absolución

R. J. J.

emitida por el juzgado de circuito, constituye la primera condena contra el acusado y, por lo tanto, a éste le asiste el derecho a hacer efectiva la garantía a la doble conformidad judicial, en los términos del Acto Legislativo 01 de 2018, y así se procederá en esta oportunidad por la Sala.

13.1. Así, entonces, observa la Sala que pese al desatino de la recurrente al plantear de manera simultánea en el primer cargo la violación directa e indirecta de la ley sustancial, la disertación allí ofrecida permite entender que lo esencial de la inconformidad es la alegación acerca del carácter “*ilegal*” que le atribuye a los elementos de conocimiento recaudados con base en el obrar de Duarte Bohórquez, el cual consistió en contactar a BUITRAGO MARTÍNEZ para comprarle sustancia estupefaciente (marihuana), suceso que luego expuso ante las autoridades competentes, las cuales dispusieron el allanamiento y registro del inmueble del segundo, con los resultados conocidos, actividad en la que, según la censora, el primero actuó como “*agente provocador*”, y que, en consecuencia, ello causa el decaimiento del entramado probatorio.

Con tal enfoque, es claro que si el yerro reposa en la validez de los medios de convicción valorados para concluir la acreditación de los elementos objetivos de las conductas punibles por las que se profirió condena con base en el allanamiento del procesado, la discusión no tiene sendero apropiado en la *violación directa*, pues son impertinentes en esta los debates fácticos y probatorios, ya que tales aspectos el censor debe reconocerlos como acertadamente decantados en el fallo, para concentrar su queja en una controversia

R. J. J.

eminentemente jurídica.

13.2. El segundo reparo está signado con la misma impronta, esto es que la recurrente parte de asegurar que los elementos de convicción presentados en la audiencia de imputación son “*ilegales*” por la razón precisada atrás, y colige que como el procesado desconocía esa circunstancia su consentimiento para allanarse a los cargos formulados estuvo viciado, y por lo tanto la solución sería la nulidad a partir del referido acto procesal.

13.3. Finalmente, en la tercera censura, la discusión propuesta se enfila por los lineamientos de la causal tercera de casación, esto es, la violación indirecta de la ley sustancial por desconocimiento de las reglas de producción y valoración de las pruebas, debido a que las que sustentan la condena son “*ilegales*” por la misma causa identificada en los dos reproches anteriores, lo cual conduciría a su exclusión y de contera a la demolición de la sentencia atacada, para que en su lugar la Corte emita la de sustitución “*confirmando el fallo de primera instancia*”, según lo deprecó la recurrente.

13.4. En síntesis, el primer problema jurídico subyacente a las quejas reside en establecer si los elementos de conocimiento presentados en la audiencia de imputación, con base en los cuales se produjo el allanamiento a cargos del procesado y en últimas se adoptó la sentencia de segunda instancia, deben ser excluidos.

Sólo si ello resulta esclarecido en forma positiva, el

R. J. J.

segundo punto a resolver consiste en determinar si esa exclusión ocasiona: bien la invalidez de lo actuado desde el allanamiento (o una retractación válida como lo sugirió el Ministerio Público) por un incidir o acarrear un consentimiento viciado del procesado; o si es procedente la emisión de un fallo absolutorio como lo consideró el juzgador de primer grado, y lo deprecia en los cargos primero y tercero la demandante.

14. De cara a lo anterior desde ya advierte la Corte que no hay lugar a la exclusión de los elementos probatorios que sustentan la sentencia condenatoria emitida en segunda instancia, por las siguientes razones:

14.1. Impera destacar, para depurar el debate de aspectos distractores, que como la sentencia condenatoria emitida en segunda instancia por los delitos de tráfico de estupefacientes en la modalidad de almacenar (C.P. art. 376) y destinación ilícita de inmueble también para almacenar (377 ibidem), lo fue con fundamentó en los resultados del allanamiento y registro practicado por autoridades de policía judicial el 3 de junio de 2014 en el inmueble de propiedad del acusado, resultan ajenos a la controversia los conceptos de “*agente provocador*”, aducido en la demanda, y el de “*agente encubierto*” al que tácitamente se refirió el Ministerio Público al sostener que la prueba recaudada no había acatado los “*protocolos del artículo 242 de la ley 906 de 2004*”.

Y ello es así porque con sujeción fidedigna al devenir fáctico, los resultados conseguidos a través de esa específica intervención (el allanamiento y registro) del órgano de investigación,

R. J. B.

no se materializaron en el contexto de una operación de inteligencia dirigida a infiltrar una organización criminal, en la que un agente encubierto (funcionario de policía o particular), con desconocido los límites de su misión hubiese tenido el dominio y control de las acciones típicas, para instrumentalizar mediante error (u otra forma de sugestión) al procesado en la realización de los respectivos tipos, frente a los cuales éste careciera de predisposición o, lo que es igual, de voluntad, conocimiento y comienzo de ejecución inequívoco de la conducta punible¹⁴.

14.2. Ahora bien, la jurisprudencia de la Sala ha puntualizado que el juicio acerca de la exclusión de evidencias, ordinariamente, se cumple en la audiencia preparatoria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 359 de la Ley 906 de 2004, sin perjuicio, obviamente, de que en posteriores estadios procesales deba resolverse sobre esa temática cuando el fallador advierte graves afectaciones de derechos fundamentales, de suerte que, en uno u otro evento, al momento de adoptar una decisión en tal sentido:

... las partes y el Juez deben tener suficiente claridad sobre lo siguiente: (i) las pruebas sobre las que recae el debate, tanto las que tienen relación directa con la violación de los derechos o garantías, como las derivadas de las mismas; (ii) cuál es el derecho o la garantía que se reputa violada; (iii) cuando el derecho o la garantía tenga varias facetas, debe especificarse a cuál de ellas se contrae el debate, como es el caso, por ejemplo, con el derecho a la intimidad, que abarca la domiciliaria, la personal, frente a las

¹⁴ Cfr. SCP SP 22 jun. 2005, rad. 19081.

*comunicaciones, etcétera; (iv) en qué consistió la violación, verbigracia, si se trasgredió la reserva judicial, la reserva legal o el principio de proporcionalidad; (v) debe establecerse el nexo de causalidad entre la violación del derecho o garantía y la evidencia, lo que se deriva sin duda alguna de lo dispuesto en los artículos 29 de la Constitución Política y el 23 de la Ley 906 de 2004 en el sentido de que la exclusión opera si la prueba fue obtenida **con** violación de las garantías fundamentales¹⁵.*

Desde tal perspectiva, para la Sala es claro que la demandante, respaldada por el Ministerio Público en su intervención, considera que la diligencia de allanamiento y registro y el resultado obtenido en esta, referido párrafos atrás, debe excluirse porque está vinculado o es consecuencia directa de la actuación previa desplegada por Gustavo Adolfo Duarte Bohórquez al concretar con BUITRAGO MARTINEZ la compra de una cierta cantidad de marihuana, hecho que luego aquél comentó a las autoridades de policía y que, para efectos demostrativos, fue plasmado en una entrevista y una declaración rendida ante funcionarios de policía judicial y el fiscal que asumió el conocimiento del caso.

Frente a lo anterior la Corte debe destacar que en la exposición de inconformidad de la parte impugnante no se precisó cuál fue la garantía fundamental de BUITRAGO MARTINEZ que resultó lesionada con el aludido obrar de Duarte Bohórquez, sino que todo el discurso está constituido por simples peticiones de principio acerca de la calidad de *agente provocador* atribuida al último, como en igual sentido lo

¹⁵ Cfr. AP948-2018, 7mar. 2018, rad. 51882.

R. J. J.

conceptuó en su parca intervención el delegado de la Procuraduría General de la Nación.

14.3. Pues bien, no obstante esa deficiencia argumentativa, es imperioso resaltar que en el presente asunto la censurada actuación del ciudadano Duarte Bohórquez no solo carece de los presupuestos del artículo 242 de la Ley 906 de 2004 como para evaluar su gestión desde la dinámica de una operación de infiltración, ni reúne materialmente las exigencias de un individuo que dolosamente actúa como instigador (agente provocador) de un tercero hacia una conducta punible que éste no tiene el propósito de cometer, sino que, esencialmente, el respectivo proceder no vulneró alguna garantía fundamental del procesado BUITRAGO MARTINEZ. En efecto:

(I) Gustavo Adolfo se comunicó telefónicamente con ALEXÁNDER ENRIQUE para establecer si él estaba a cargo del expendio de marihuana en Villagómez (Cundinamarca), y ante la respuesta afirmativa de éste le hizo creer que estaba interesado en comprar una determinada cantidad de esa sustancia.

(II) Esa situación fue comentada de inmediato por Gustavo Adolfo al comandante de la Estación de la Policía del municipio, Intendente Argiro de Jesús Jiménez Arboleda, con el fin de que las autoridades obraran según su competencia, pero ante lo manifestado por ese funcionario en el sentido de que los datos eran insuficientes, Duarte Bohórquez, solicitó a ALEXÁNDER ENRIQUE una muestra de la sustancia, lo cual fue pactado para el 31 de mayo de 2014, en un determinado lugar (una “gallera” de Villagómez), reunión que, aun cuando Gustavo Adolfo también

comunicó a las autoridades de Policía de Villagómez, no se concretó.

(III) Finalmente, Gustavo Adolfo, por su propia iniciativa, contactó de nuevo a BUITRAGO MARTINEZ, quien le explicó que había desistió de la reunión porque se percató de la presencia policial, y para no correr riesgos citó a Duarte Bohórquez a su residencia el 1° de junio de 2014, con el fin de vender y entregar el estupefaciente solicitado por aquél, como en efecto ocurrió, negoció que, una vez concretado, el último denunció, con el acompañamiento de a las autoridades de Policía de Villagómez, ante la Policía Judicial (SIJIN-UBIC) de Pacho (Cundinamarca).

14.4. Al analizar cada uno de esos tres momentos de la actuación de Gustavo Adolfo Duarte Bohórquez, es evidente, por una parte, que este obró bajo el deber legal impuesto a toda persona (Ley 906 de 2004, art. 67) de denunciar ante las autoridades los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio.

Luego, con sujeción al respectivo precepto el obrar del citado refulge legítimo, máxime cuando, de otro lado, el hecho de que ALEXÁNDER ENRIQUE haya reconocido ante Gustavo Adolfo que comerciaba con marihuana, que le haya propuesto una cita para entregarle una muestra de esa sustancia (lo cual no se concretó) y que finalmente le hubiese vendido cierta cantidad del estupefaciente, tampoco lesionó el derecho a la no autoincriminación (C. P. Art. 33) de BUITRAGO MARTINEZ, pues es palmario que una tal prerrogativa se activa únicamente frente a actuaciones de las autoridades en ejercicio de la actividad

R. J. B.

sancionatoria inherente al Estado¹⁶, y no respecto de particulares.

Tampoco advierte la Sala que mediante esos actos se irrogara lesión al derecho a la intimidad del procesado (C.P. art. 15 y Ley 906 de 2004, art. 14), dado que los sucesos puestos en conocimiento de las autoridades por Duarte Bohórquez no constituyen hechos protegidos o reservados bajo el ámbito de protección de esa garantía, la cual, de acuerdo con la Corte Constitucional, se traduce en:

... la esfera o espacio de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas que, al ser considerado un elemento esencial del ser, se concreta en el derecho a poder actuar libremente en la mencionada esfera o núcleo, en ejercicio de la libertad personal y familiar, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico.

... la intimidad corresponde al “área restringida inherente a toda persona o familia, que solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la ley”. Por lo anterior, el derecho a la intimidad hace referencia al ámbito personalísimo de cada individuo o familia, es decir, a aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que normalmente están sustraídos a la injerencia o al conocimiento de extraños.

... implica la facultad de exigir de los demás el respeto de un ámbito exclusivo que incumbe solamente al individuo, que es resguardo de sus posesiones privadas, de sus propios gustos y de aquellas conductas o actitudes personalísimas que no está dispuesto a exhibir, y en el que no caben legítimamente las intromisiones externas.

¹⁶ Cfr. CC. C-258 de 6 de abril de 2011.

... se proyecta en dos DIMENSIONES: (i) como secreto que impide la divulgación ilegítima de hechos o documentos privados, o (ii) como libertad, que se realiza en el derecho de toda persona a tomar las decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada.

... el derecho a la intimidad tiene un status negativo, o de defensa frente a cualquier invasión indebida de la esfera privada y a la vez un status positivo, o de control sobre las informaciones que afecten a la persona o la familia. Mediante este derecho se asegura a la persona y a su familia un reducto o espacio físico inexpugnable, en el que es posible encontrar el recogimiento necesario para proyectar libremente la personalidad, sin las intromisiones propias de la vida en sociedad.

... el derecho a la intimidad se caracteriza por su carácter de “disponible”, lo cual significa que el titular de esta prerrogativa, puede decidir hacer pública información que se encuentra dentro de esa esfera o ámbito objeto de protección. De esta manera, en aquellos casos en los cuales existe de por medio una aceptación expresa o tácita en dar a conocer informaciones o circunstancias que recaen en esta esfera íntima, podría aceptarse la intromisión de un tercero¹⁷.

En el asunto estudiado, al conversar vía telefónica BUITRAGO MARTINEZ con Duarte Bohórquez, y reconocer ante este su condición de expendedor de droga, ninguna expectativa razonable de intimidad tenía en desarrollo de esa acción, siendo necesario también resaltar que, en ultimas, fue aquél quien voluntariamente convidó a este a su domicilió para concretar la venta y entrega del alucinógeno, luego no puede pregonarse que Gustavo Adolfo ingresó arbitrariamente a un ámbito protegido por el derecho a la intimidad.

14.5. En conclusión, al no estar viciados por irregularidad

¹⁷ Cfr. CC. C-881 de 19 de noviembre de 2014.

alguna los aludidos elementos de conocimiento, tampoco lo están los generados a raíz de aquellos, a saber: la diligencia de registro y allanamiento efectuada en la residencia de propiedad BUITRAGO MARTINEZ, merced a la cual se obtuvo la incautación de doscientos treinta y dos (232) gramos de marihuana en el respectivo inmueble, ni los interrogatorios de Jorge Enrique Buitrago Arévalo y José Ángel Aguilar Sánchez, padre y cuñado del precitado, respectivamente, quienes bajo las formalidades legales para ese tipo de diligencias, confirmaron que el estupefaciente fue hallado en el inmueble por funcionarios de la Policía Judicial y que esa sustancia era de propiedad de ALEXÁNDER ENRIQUE.

14.6. Finalmente, la Sala debe destacar que, a pesar del desacierto del razonamiento del Tribunal, por considerar que Gustavo Adolfo actuó como *agente provocador* y por consiguiente excluir la evidencia relacionada con el acto de comercio de la marihuana, la Sala no modificará la sentencia de segunda instancia en ese sentido, en aras de no hacer más gravosa la situación de ALEXÁNDER ENRIQUE BUITRAGO MARTÍNEZ, dada su calidad de único impugnante.

15. Aspectos adicionales en aras de salvaguardar el principio de la doble conformidad

Queda claro que ninguna garantía judicial fue vulnerada en este asunto. ALEXÁNDER ENRIQUE BUITRAGO MARTÍNEZ en la audiencia de formulación de imputación aceptó los cargos endilgados de forma libre, consciente y voluntaria. Además, contó con la debida asistencia de su defensor.

R. J. J.

Igualmente, se cumplió con el estándar probatorio requerido para condenar, que para el caso concreto es el exigido en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, el cual se colma con la presentación de “*un mínimo de prueba*” acerca de los elementos estructurales del delito y la autoría o participación del implicado.

Con ese propósito, el delegado fiscal aportó al proceso las evidencias relacionadas con los motivos fundados que determinaron la diligencia de registro y allanamiento practicada en la vivienda del procesado, así como su solicitud por parte de funcionarios de policía judicial¹⁸, la orden emitida al respecto por la Fiscalía Seccional de Pacho (Cundinamarca)¹⁹, el informe sobre su realización²⁰ y las actas de incautación del estupefaciente hallado en el inmueble²¹ y de derechos de los capturados en esa diligencia.

También, se incorporaron los interrogatorios rendidos por Jorge Enrique Buitrago Arévalo y José Ángel Aguilar Sánchez, padre y cuñado del procesado²² y el resultado de la prueba de identificación preliminar homologada -PIPH- practicada a la sustancia incautada que arrojó positivo para marihuana²³.

Entonces, a partir de dichos elementos materiales probatorios se acreditó que ALEXÁNDER ENRIQUE BUITRAGO MARTÍNEZ se dedicaba a la venta de marihuana en el municipio

¹⁸ C. 3, fs. 114-116.

¹⁹ C. 3, fs. 94-96.

²⁰ C. 3, fs. 79-93.

²¹ C. 3, fs. 77 y 78.

²² C. 3, fs. 97-102.

²³ C. 3, fs. 62-76.

R. J. J.

de Villagómez (Cundinamarca), sustancia que de forma clandestina almacenaba en el inmueble de su propiedad, donde fueron hallados 232 gramos (peso neto) de marihuana, camuflados en el cielo raso de su habitación, al punto que, tanto su progenitor como su cuñado, en los interrogatorios que rindieron, señalaron que esa droga le pertenecía al aquí procesado.

En este orden, de acuerdo a las evidencias reseñadas, aunado a la manifestación del procesado de allanarse de los cargos, la Sala encuentra acreditada la materialidad y la responsabilidad de BUITRAGO MARTÍNEZ en los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y destinación ilícita de muebles o inmuebles, ambos bajo la modalidad regida por la expresión verbal almacenar, sin que en tal determinación encuentre la Corte vulneración al principio de *non bis in idem*, habida cuenta de que es perfectamente posible el concurso efectivo de esos comportamientos, como de antaño lo tiene establecido la jurisprudencia de esta Corporación:

Los artículos transcritos [24], si bien se identifican porque constituyen tipos compuestos, también es cierto que conservan su autonomía propia porque mientras que el objeto material en el primero está referido a las conductas alternativas relacionadas con la "droga que produzca dependencia", en el segundo la acción la orienta la DESTINACION DEL BIEN mueble o inmueble donde se realizan las conductas tocantes con la droga y que constituirían una forma de objeto material accesorio. Dicho de otro modo, en salvaguarda del principio de legalidad del delito y de las penas sólo puede considerarse autor en el último caso a quien realiza la conducta

²⁴ La cita se relaciona con los artículos 33 y 34 de la Ley 30 de 1986, cuyo tenor, en esencia, coincide con los artículos 376 y 377 de la Ley 599 de 2000, por los que en este asunto se materializó la condena.

*consistente en DESTINAR bien mueble o inmueble para los fines indicados, como quien suministra un vehículo o una bodega a ese propósito. Si con el sólo hecho de hacer tal destinación se incurre en ese punible, síguese consecuentemente que si el agente al propio tiempo realiza otro de los comportamientos que tocan con la droga que produce dependencia, se estará ante un concurso de delitos por constituir acciones individualmente consideradas como punibles.*²⁵

Adicionalmente, aunque la teoría de la defensa siempre se orientó a obtener la absolución del procesado alegando que los elementos materiales probatorios eran ilícitos, dado el razonamiento que al respecto realizó el juzgado de primera instancia, lo cierto es que el Tribunal no le dio la razón, y la Corte no encontró error alguno susceptible de corrección en la postura de los jueces de segundo grado.

Por tanto, la Sala concluye que el fallo condenatorio es ajustado a derecho, y en razón de ello, se confirmará el mismo de acuerdo con el principio de doble conformidad judicial.

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: NO CASAR la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca en contra

²⁵ Cfr. CSJ AP 29 nov. 1994, rad. 9974.

de ALEXÁNDER ENRIQUE BUITRAGO MARTÍNEZ como responsable de los delitos de destinación ilícita de muebles o inmuebles y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

SEGUNDO: Atendiendo el principio de doble conformidad judicial, **SE CONFIRMA** el fallo condenatorio dictado por primera vez en segunda instancia.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Notifiquese y cúmplase


PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Presidenta


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

Sala Casación

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria