

PERITO/ NARCOTRAFICO

Tesis:

La jurisprudencia de la Corte tiene establecido que si bien es cierto, el dictamen de Medicina Legal goza de preferencia para comprobar la materialidad de un atentado contra la Ley 30 de 1986, no lo es menos que este no es el único medio a través del cual pueda obtenerse una tal demostración.

PROCESO : 9664

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente :

Dr. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

Aprobado acta No. 135

Santafé de Bogotá, D.C. Septiembre dieciocho de mil novecientos noventa y seis.

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el abogado defensor del procesado LUIS FRANCISO ABRIL TAFUR, contra la sentencia del catorce (14) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994), mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, al confirmar la de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Palmira (Valle), condenó a su asistido a la pena principal de cuatro (4) años de prisión y multa de diez (10) salarios mínimos como autor

penalmente responsable del delito de VIOLACION A LA LEY 30 DE 1986, artículo 33, inciso I, Capítulo V.

HECHOS

Son resumidos por el Tribunal Superior de Cali así :

“ La Policía Aeroportuaria de esta ciudad en agosto 27 de 1991, a eso de las 10:30 horas, detuvieron (sic) en la Puerta No. 2 del Aeropuerto ALFONSO BONILLA ARAGON a LUIS FRANCISCO ABRIL TAFUR y ESPERANZA LUQUE RUSINQUE, por encontrarse en el equipaje del varon, estupefaciente de Cocaína.

“ Sobre la captura de estas dos personas hay que anotar que los Agentes AFRANIO SILVA CARLOSAMA, ERLY PATIÑO VARGAS, ANTONIO CAÑAVERAL BECERRA y PEDRO HERNANDEZ VALDERRAMA, en desarrollo de registro de los pasajeros del vuelo No. 960 de “AIRLINES” (sic) con destino MIAMI-NEWYORK, retuvieron a LUIS FRANCISCO ABRIL TAFUR por intentar sacar del país en sus dos maletas de viaje, sustancia que al ser examinada presentó coloración azulosa en señal positiva de estar en presencia de estupefaciente de cocaína.

“En el informe policivo los representantes del Orden consignaron que la aprehensión tuvo lugar por causa del comportamiento nervioso de ABRIL TAFUR, pues cuando se le demandó formalmente la revisión de sus pertenencias, alegó tener afán, comportamiento que se sumó al hecho sospechoso de que el peso de equipaje no correspondía con el de las prendas de vestir que llevaba en las dos maletas, por esa razón los uniformados procedieron a chuzar con una lezna las dos valijas, con la sorpresa de que al ser extraída

salió untada de material pulverulento que minutos más tarde se logró demostrar correspondía a sustancia sicotrópica. En cuanto a la mujer detenida (sic) la Policía estableció que ESPERANZA LUQUE RUSINQUE –es abogada de profesión y amante de ABRIL TAFUR– y que aquel día lo acompañaba, pues había ido a despedirlo ”.

ACTUACION PROCESAL

El entonces Juzgado Quince de Instrucción Criminal de Cali, escuchó en indagatoria a LUIS FRANCISCO ABRIL TAFUR y a ESPERANZA LUQUE RUSINQUE. Su situación jurídica fue definida por un Juzgado de Instrucción de Orden Público, imponiéndose medida de aseguramiento de detención preventiva al primero de los nombrados y absteniéndose de hacerlo a la segunda.

Por competencia asumió la dirección del proceso el otrora Juzgado 24 de Inscriminal de Palmira, despacho judicial que declaró la nulidad de la providencia por medio de la cual se había resuelto la situación jurídica de los imputados, pues, “ no sólo por la cantidad de sustancia incautada a LUIS FRANCISCO ABRIL TAFUR, sino también por la manera como se realizó su aprehensión material ” (fl. 211) correspondía a esta jurisdicción y no a la de Orden Público adoptar tal determinación ; decretó la detención preventiva de ABRIL TAFUR, cesó el procedimiento en favor de LUQUE RUSINQUE y fijó como procedimiento a seguir el abreviado.

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la misma ciudad, al avocar la etapa del juicio, dispuso que de conformidad con lo previsto por el inciso 2o. del artículo 9 de las normas transitorias del nuevo Código de Procedimiento Penal, las diligencias debían remitirse a la Fiscalía General de la Nación.

Perfeccionada la investigación , la Fiscalía 141 Seccional ordenó su clausura y por

providencia del 13 de abril de 1993, calificó su mérito acusando formalmente a ABRIL TAFUR como “autor de la conducta sancionada en el Capítulo V. DE LOS DELITOS de la Ley 30 de 1986 ”.

Refiere el Instructor que al momento de producirse la revisión de las maletas del procesado y efectuarles una perforación, se hallaron partículas de sustancia al parecer estupefaciente lo que motivó su traslado a las dependencias de la Policía Judicial en donde con la intervención de técnico en la materia, se detectó entre el forro de seda y el hule de las valijas (ver album fotográfico folios 67 a 71), sustancia de color gris que al aplicarle el reactivo correspondiente fue positiva para cocaína clorhidrato ; así mismo, destaca que el Jefe de la Unidad de Investigación de Orden Público en presencia del Ministerio Público, llevó a cabo diligencia de reconocimiento y pesaje de la sustancia incautada, remitió al Instituto de Medicina Legal las muestras respectivas produciéndose así el dictamen No. 05395 en el cual se advierte presencia de estupefaciente cocaína, conclusión idéntica a la cual llegó el laboratorio de la Dijin. Finalmente, reseña el dictamen obrante a folios 193-194, en el cual se hace la descripción de las dos maletas de color negro con doble fondo, se determina el peso bruto y neto de la sustancia, arrojando las muestras 1 y 2 : 1.232 y 553.5 gramos, respectivamente, y positivo para cocaína.

Nuevamente arribaron las diligencias al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Palmira a fin de adelantar la fase del juzgamiento y, agotada la audiencia pública, se produjo la sentencia en la cual se

tomaron las determinaciones arriba aludidas. Apelada esta decisión, el Tribunal Superior de Cali le impartió aprobación integral mediante la sentencia que es recurrida ahora en sede de casación por el defensor del procesado.

LA DEMANDA

Invoca el defensor la causal tercera de casación, pues estima:

“ ...LA SENTENCIA ACUSADA FUE DICTADA DENTRO DE UN PROCESO VICIADO DE NULIDAD POR DESCONOCIMIENTO DE LAS FORMAS PROPIAS DEL JUICIO. ES DECIR QUE SE TRATA DE UNO DE LOS LLAMADOS VICIOS IN PROCEDENDO, A TRAVES DEL CUAL SE HA MENOSCABADO LA ESTRUCTURA MISMA DE LA ACTUACION PROCESAL... ”.

Afirma que la sentencia de segundo grado “ desestima con notoria frialdad ” sus apreciaciones con “...argumentaciones que verdaderamente no conducen a la aplicación de normas sustantivas y adjetivas, puesto que por la ausencia de determinadas pruebas hacen que sin la certeza, y la convicción que se exige al momento de dictar sentencia se impone unas penas enlistadas en ciertas normas que por la ausencia de la prueba no es posible dicha aplicación...”.

Dice que por no existir en el proceso la prueba que constituye “el cuerpo del delito ” , esto es, la técnico-científica a través de la cual se conozca con exactitud la cantidad y peso neto del estupefaciente hallado en poder de su favorecido, no puede determinarse ni su responsabilidad ni la tasación de la pena.

Como normas violadas señala los artículos 33,78 y 79 de la Ley 30 de 1986 ; 11 del C.P. ; 1, 247 y 250 del C. de P.P. y 29 de la Constitución Nacional. Lo anterior “...en virtud a que el reproche lo he formulado por la causal 3a. en cuanto a que ese vicio In Procedendo menoscaba la estructura del proceso, pues es de anotar que las alegaciones de la existencia de motivos de nulidad, lo es por la omisión de pruebas que

se han debido practicar, circunstancia esta propia de la nulidad por violación de las normas propias del juicio o del derecho a la defensa ; pues vemos que esta omisión en la práctica de prueba no puedo alegarla como una violación indirecta de la ley sustancial sino como posible motivo de anulación del proceso, pues evidentemente no se lesiona con este motivo la ley que se aplicó para resolver el caso, sino que se trataría de uno de los llamados vicios in procedendo, a través de los cuales se ha menoscabado la estructura misma de la actuación procesal...”.

Del siguiente tenor se muestra el capítulo que denomina “conclusiones” : “ Con el mayor respeto solicito a la Honorable Corte Suprema de Justicia, case la sentencia que impugno en esta sede, y en su lugar ordene su revocatoria para que en su lugar se de aplicación al art. 445 del C.P.P. y en cumplimiento al art. 229 de la misma obra citada causal 1a., le ruego se sirva atendiendo que la nulidad solo afecta exclusivamente la sentencia impugnada casará (sic) el fallo y dictará el que deba reemplazarlo ”.

ALEGATO DE SUJETO PROCESAL NO RECURRENTE

El señor Procurador 66 en lo Judicial Asuntos Penales de la ciudad de Cali, solicita a esta Sala de Casación Penal la no prosperidad del cargo presentado.

Dice que no obstante enunciar el recurrente que acude a la causal tercera de casación, al entrar a desarrollar el cargo propuesto, “ a cada paso se duele de haberse omitido la practica (sic) de la prueba tendiente a demostrar la calidad y cantidad de la sustancia decomisada en poder de su patrocinado...”. Por tal motivo, concluye que el recurrente equivocó la escogencia de la causal a invocar, pues “a no dudarlo debió

acusar la sentencia, según sus argumentos con fundamento en la causal primera de este extraordinario recurso, por violación indirecta de la ley sustancial, situación esta que tiene suficientemente dilucidada la Jurisprudencia y la Doctrina”.

Además, se limita el libelista a enumerar como violadas una serie de normas sin precisar su transgresión o su relación entre ellas, refiriéndose a las mismas de una manera generalizada o global.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Primero Delegado en lo Penal es del criterio de desestimar la censura en razón de que no “resultan ciertos los supuestos en que el actor fundamenta la impugnación de la sentencia de segunda instancia”, ya que siendo básicamente dos los aspectos en los cuales se apoya la causal invocada, a saber, la inexistencia de prueba técnica que determine la cantidad de estupefaciente incautado al procesado, y, el no cumplimiento de los requisitos legales en el dictamen rendido por el químico Omar Alberto Durán, la información que sobre el particular ofrecen los autos, tiende a desmentir la acusación.

Del examen del expediente – agrega la Delegada – se observa que “en realidad existe doble prueba respecto del peso de la cocaína, por una parte la adelantada por el profesional Durán Vargas y, por otra, la confirmación efectuada por la Jefatura de la Unidad Investigativa, al cabo de la cual fuera destruída. Elementos probatorios que no presentan ningún tipo de irregularidad en su producción y aducción”

Seguidamente explica que la pericia efectuada por el precitado profesional cumple

con los parámetros establecidos por la ley para esta clase de actuaciones, pues, debidamente posesionado como auxiliar de la justicia, procedió a absolver el interrogatorio que le fuera propuesto ; y que la misma, así no provenga del Instituto de Medicina Legal, resulta plenamente válida tanto en cuanto es desarrollada por quien cumple con todos los requisitos y calidades legalmente exigidos.

Finaliza el Ministerio Público aludiendo a la impropiedad técnica en que incurre el censor al encauzar su reproche por la vía de la nulidad y ocuparse en su desarrollo conceptual de la demostración de supuestos errores de hecho y de derecho propios de la causal primera, por violación indirecta de la ley sustancial.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como bien lo ha puntualizado el señor Procurador Delegado en lo Penal, la demanda debe ser desestimada no sólo por las deficiencias de técnica de que adolece, sino, además, por no asistirle razón al casacionista en ninguno de sus reproches.

No puede tener vocación de prosperidad una demanda que adolece de notorias deficiencias técnicas en su presentación, pues de una parte aduce “ que al no haberse allegado la prueba legal e idónea para proferir la sentencia que es objeto del presente recurso extraordinario de casación ” se violaron una serie de normas sustanciales y procesales, las cuales cita sin determinar en qué consistió su transgresión y cuál la relación existente entre ellas, no permitiéndole a la Corte entender qué es lo pretendido con su libelo; y de otra, aunque advierte que por tratarse de un vicio in procedendo que menoscaba la estructura del proceso – razón por la cual formula la censura por la causal tercera y no por la primera – al ocuparse de su sustentación, no logra cumplir el cometido

como quiera que su ataque lo dirige a la demostración de fenómenos que tocan, justamente, con la vía que desestima.

En efecto, constituye error de hecho por falso juicio de existencia, sostener que el juzgador supuso una prueba no incorporada, léase, la relativa a la cantidad de sicotrópico ; y de derecho, por la hipótesis del falso juicio de legalidad, si lo que aduce es que el fallador consideró una prueba irregularmente aportada al proceso, esto es, la pericial que supuestamente se produjo sin el cumplimiento de los requisitos legales. Con todo, lo que persigue el casacionista so pretexto de la afectación de la estructura básica del proceso y del derecho de defensa, es revivir debates probatorios ya superados en las instancias y enfrentar a la sentencia de segundo grado su muy particular criterio, dando al traste con la doble presunción de acierto y legalidad con que está amparada.

Pero al margen de los vicios formales de la demanda, de la lectura de los infolios procesales, asoma palmar que las aseveraciones formuladas por el actor en punto a la falta de prueba que hubiera cuantificado la cocaína incautada, o a la supuesta ausencia de los requisitos legales en la producción del dictamen pericial, no se corresponden con la realidad en ellos advertida. Es que por haberse practicado y allegado en una avanzada etapa del sumario o por haberla llevado a efecto este y no aquel organismo del Estado, no puede considerarse inexistente o carente de validez un determinado medio probatorio obtenido con plena observancia del debido proceso.

En el caso presente resulta inocultable que el peso neto de la droga vino a establecerse por el químico forense mucho tiempo después de su incautación ; empero lo determinante es que en cuanto se produjo la aprehensión de quien consigo la portaba, se diagnosticó por la Policía Judicial y en presencia de un Agente del Ministerio

Público, su naturaleza de alcaloide, por lo que la explicable tardanza para establecer su cantidad exacta, debido a la dificultad que representó su desprendimiento de las paredes de las maletas donde se había mimetizado, en nada – se repite – afecta su existencia, pues finalmente el pesaje se llevó a cabo y a través suyo logró establecerse el aspecto cuantitativo (1.785.5 gr.).

Como quiera que el casacionista ha venido insistiendo en que por ser el Instituto de Medicina Legal la autoridad idónea y competente “ para determinar con claridad, en forma fehaciente y concreta de la determinación de qué clase de estupefaciente es, e igualmente será quien determina los aspectos cualitativos y cuantitativos ” , la pericia obrante a folios 193-194 carece de validez por no provenir de aquella Institución, es bueno recordarle que la jurisprudencia de la Corte tiene establecido que si bien es cierto, el dictamen de Medicina Legal goza de preferencia para comprobar la materialidad de un atentado contra la Ley 30 de 1986, no lo es menos que este no es el único medio a través del cual pueda obtenerse una tal demostración. Esta Sala de Casación Penal, aludiendo a la importancia del dictamen de Medicina Legal, en sentencia de mayo 5 de 1994, con ponencia del Dr. Gustavo Gómez Velásquez puntualizó :

“ ...Ciertamente que la pericia requerida y exigible del Instituto de Medicina Legal, sobre la naturaleza de la sustancia y pureza no obra en autos. Esta situación, contra lo que afirma la memorialista, no constituye un elemento de convicción de tan imprescindible verificación que, de no obrar en los autos, no sea factible proferir una sentencia de condena por conducta contemplada en la citada Ley 30/86. Ese medio probatorio, innegablemente, constituye una pieza fundamental y de notoria conveniencia, al punto de ser la prueba por excelencia para ciertos aspectos técnicos que el comentado comportamiento genera. Pero de ahí a reconocer que la comprobación de la materialidad del ilícito sólo (demostración excluyente) pueda hacerse a expensas del dictamen, comporta la aserción un mayúsculo desacierto. En efecto, dicha actividad científica tiene el carácter de demostración preferente, pero no única. Existen, por las varias circunstancias en que

puede desenvolverse una averiguación y por el principio de libertad probatoria, plurales factores que con sobrado mérito llegan a reemplazar la intervención o ausencia del Instituto de Medicina Legal, logrando llevar convencimiento al funcionario sobre los tópicos de los cuales se ocuparía esa entidad, entre los cuales importa advertir, no está el determinar la total cantidad de la sustancia, porque al referido organismo no suele enviarse el total de lo decomisado sino muestras de ese material...”.

Con todo, en el caso que se estudia, el análisis cualitativo de la droga también lo hizo el Instituto de Medicina Legal, cuyo laboratorio de estupefacientes, mediante los procedimientos de espectrofotometría y cromatografía en capa fina, concluyó que la sustancia incautada era “estupefaciente cocaína positivo” (fl.251). Ahora bien, si el análisis cuantitativo no es obra de esta oficina sino de la Policía Judicial es porque la Ley 30 de 1986 así lo determina, al señalar que compete a los autores del decomiso precisar su cantidad y peso (artículo 78), luego de lo cual el instructor debe tomar “una muestra” (no todo lo incautado) para remitirla al Instituto de Medicina Legal “a fin de que se haga una nueva peritación” (artículo 79) todo lo cual se cumplió aquí al pie de la letra.

Basta agregar a lo dicho, que escapa a todo buen sentido jurídico hacer depender la responsabilidad del procesado de la cantidad de sustancia hallada en su poder ; y si tal circunstancia incide en el quantum de la punibilidad, hay que convenir en que es asunto superado merced al resultado de la pericia técnica, que permitió la selección del tipo penal por el cual se le investigó y juzgó. De todas maneras, como anota la Procuraduría Delegada, ningún reproche puede hacerse a la producción y aducción de los elementos probatorios referidos a establecer que a ABRIL TAFUR a la hora de las 10:30 del 27 de agosto de 1991, en la puerta No. 2 del Aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón, se le capturó por llevar consigo clorhidrato de cocaína, comportamiento que se subsume dentro de la descripción normativa del artículo 33, inciso 1o. de la Ley 30 de 1986.

La demanda no prospera.

En mérito a 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

NO CASAR la sentencia impugnada.

COPIESE Y DEVUELVA

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
GALLEGO

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR
VELANDIA

NILSON PINILLA PINILLA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria

JORGE CORDOBA POVEDA

JORGE ANIBAL GOMEZ

DIDIMO PAEZ

JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

