

Proceso Nº 11415

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

MARIO MANTILLA NOUGUÉS

Aprobado Acta No.117(Jl.11/00)

Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de julio de dos mil (2000).

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de ROBERTO ORTIZ UMAÑA contra la sentencia de agosto 28 de 1995, por medio de la cual el Tribunal Nacional lo condenó a 8 años de prisión por infracción a los artículos 33 y 38 de la Ley 30 de 1986.

#### ANTECEDENTES

1.- El 5 de noviembre de 1993 Roberto Ortiz Umaña contrató al conductor William Mauricio Sossa Matiz para transportar en un camión una máquina de rayos láser hasta el Aeropuerto El Dorado en esta ciudad y así aproximadamente a las 5 de la tarde llegaron a la bodega de la “Aerolínea Tampa”.

En ese momento tres agentes de Policía revisaron la carga y encontraron dentro de la máquina, camuflados en tres cajas metálicas, 32 kilos de cocaína y 125.5 gramos de heroína, motivo por el cual los mencionados ciudadanos fueron capturados ahí mismo.

2.-La Fiscalía abrió investigación (fl.5) y recibió los testimonios de los agentes Jesús

Ovidio Hernández Mendieta, Carlos Julio Meneses Pérez y Rigoberto Martínez Gómez (fls. 6, 9 y 12), quienes ratificaron el respectivo informe (fl.1) y agregaron que William Mauricio dijo que se le había pagado \$25.000.00 por el acarreo, mientras que Ortiz Umaña manifestó que le estaba haciendo un favor a un amigo, consistente en transportar la mencionada carga al Aeropuerto para remitir la misma a Miami (EE.UU).

3.- Indagados los imputados, William Mauricio sostuvo (fl.15) que fue contratado para transportar la referida carga, cuyo contenido él desconocía; por su parte Ortiz Umaña manifestó que el favor de enviarla lo hacía a “Luis Rodríguez”, de quien cree vive en una finca en Subachoque y es persona a la que el indagado le ha hecho varios servicios. Añade Ortiz Umaña que “Luis Rodríguez” le fue presentado por el señor Miguel Angel, a quien había conocido con anterioridad” (fl.22).

Entre las varias evidencias aportadas al expediente se encuentra la “prueba de campo” (fl.45) y el peritaje (fl.74), luego de lo cual se dictó auto de detención contra Ortiz Umaña, absteniéndose la Fiscalía de hacerlo con respecto al otro sindicado (fl.58).

4.- Cerrada la investigación (fl.129) el ente acusador profirió con resolución de acusación contra Ortiz Umaña por infracción al artículo 33 de la Ley 30 de 1986 y precluyó con relación a William Mauricio Sossa (fl.153).

Apelada la referida resolución, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional la confirmó mediante la suya de julio 14 de 1994 (fl.25-2), imputando la agravante del artículo 38-3 de la referida Ley 30 por la cantidad de droga incautada.

5.- El Juzgado Regional abrió el juicio a pruebas, se pidieron y practicaron algunas, citó para sentencia y el 23 de mayo de 1995 dictó sentencia (fl.265), por medio de la cual el acusado fue condenado a la pena principal de 8 años y 6 meses de prisión.

Tal fallo fue apelado por la defensa, y el Tribunal, por medio del suyo objeto del recurso

de casación, rebajó a 8 años de prisión la vista pena, confirmándolo en lo demás (fl.3-3).

## LA DEMANDA

### Primer Cargo:

De conformidad con el artículo 220-3 del Código de Procedimiento Penal el casacionista plantea la nulidad por violación al debido proceso y al derecho de defensa (art.304-2 y 3 ibídem), afirma que debe decretarse a partir del auto de noviembre 24 de 1994, para que se notifique “en forma personal al detenido Roberto Ortiz Umaña el auto de apertura a pruebas” (fl.37-3).

Dice que en el mencionado auto el Juzgado Regional decretó la nulidad por la falta de notificación del auto de apertura a pruebas, decisión que fue compartida por la segunda instancia, pero que, no obstante “el ad quem erróneamente estimó que la notificación personal que aparece a folios 184 vuelto se hizo en legal forma al procesado, lo cual no es cierto...” (fl.41), ya que la decisión que invalidaba parte de la actuación debió notificarse “en forma personal al procesado detenido y al fiscal, para luego proceder a notificar por estado, y una vez en firme esta providencia, proceder a notificar la apertura a pruebas en forma legal y personalmente al procesado, al fiscal y a los demás sujetos procesales” (fl.42). Reitera que el auto que abrió el juicio a pruebas “no podía notificarse hasta tanto no se encontrara en firme el que decretó la nulidad” (fl.43).

Considera que como la nulidad invocada “aún no ha sido subsanada” (fl.43) la Corte debe casar el fallo y decidir de conformidad, “Al no notificársele en debida y legal forma la providencia de apertura a pruebas -prosigue el censor a fl.45-, no pudo controvertir las ya existentes en el plenario, y al negarse casi en su totalidad las pedidas por el defensor, quedando solamente una que no se pudo realizar, el procesado quedó huérfano de posibilidades para acreditar aún más su inocencia, su falta de capacidad delictiva, y controvertir lo existente. Si se tiene el manuscrito en cuenta, se observa indubitavelmente

la incidencia de la nulidad en el derecho de defensa, y ya está demostrada a cabalidad la violación flagrante al debido proceso”.

Pide que la nulidad se decrete “a partir de la notificación por estado, inclusive, fechada el 19 de agosto de 1994, mediante el cual se abrió a pruebas el juicio, y se ordene su notificación en legal forma” (fl.45).

Cargo Segundo:

Al amparo del numeral 1º del citado artículo 220, el demandante acusa la sentencia “de ser violatoria indirectamente de la ley sustancial por error manifiesto formado por un juicio inexacto y una apreciación equivocada de los medios de prueba que sirvieron de sustento al fallo condenatorio” (fl.47), medio de prueba que hace consistir en “el mismo informe de captura” y en las declaraciones de los policiales que aprendieron al acusado, “sin que ninguno de tales medios de prueba indique siquiera someramente el ánimo de transportar a sabiendas las sustancias que se encontraban camufladas o escondidas en una máquina de rayos láser, sin que fuera posible para el procesado o cualquiera otro, a simple vista saber su real contenido” (fl.cit).

Insiste en que el procesado no admitió que supiera el contenido “de la máquina láser” y que además, al ser capturado no mostró nerviosismo, razones todas para que no sea dable inferir “el a sabienda” (fl.49), por lo cual debe afirmar que el sentenciador “no hace otra cosa que consagrar la responsabilidad objetiva del procesado, proscrita por el artículo 5º del Código Penal” (fl.50).

Luego señala el censor que el Tribunal “no tuvo en cuenta”.

\* Que el procesado “se hallaba simplemente esperando a Luis Rodríguez”, sin que hubiera

hecho documentación alguna para sacar del país la carga;

\* Que la droga se hallaba tan escondida que no era posible enterarse de su presencia a simple vista;

\* Que “Sossa”, Leopoldo Alvarez y Gonzalo Edilson “declaran haber visto a quien acompaña al procesado y conducía un campero, el cual siguió de cerca al camión” (fl.51).

- Que los capturados “realizaron un retrato hablado de Luis Rodríguez, en cuyos rasgos (sic) coinciden en gran parte” (fl.cit).

Añade que ¿”no es acaso posible, que el mismo que se hizo llamar Luis Rodríguez usara al procesado como señuelo para así poder distraer a la Policía y pasar un cargamento mayor” ? (fl.52).

Manifiesta el demandante que “no se trata, Honorables Magistrados, de imponer el criterio del defensor sobre el del juzgador, sino que no existe medio de prueba alguna que indique en forma indudable, ni siquiera probable, que Ortiz sabía lo que llevaba en su interior la máquina que transportaba...” (fl.53).

En este cargo solicita entonces que se absuelva al procesado.

## CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

Cargo Primero:

Con respeto a la nulidad el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal empieza por

decir que “está llamada a toda plenitud al fracaso” (fl.10), ya que de acuerdo con una “visión finalista”, no “formalista” de las nulidades, en este caso el haber notificado el mismo día (29 de noviembre de 1994) el auto que abrió a pruebas y el que decretó la nulidad, por carencia de notificación de éste, no entraña agravio alguno al debido proceso ni al derecho de defensa, y a lo sumo puede “etiquetarse como una irregularidad formal”(fl.11).

Opina entonces que este cargo no debe prosperar.

Cargo Segundo:

Aquí dice la Delegada que el censor no identifica la clase de error que esgrime y que, en general, “antes que centrarse con rigor de técnica en el análisis y demostración puntal de un pretendido falso juicio de identidad relativo a los indicios y de cara a la inferencia lógica de responsabilidad penal, lo que hizo fue perderse dentro de cursivas de análisis y criterios personalísimos al estilo de alegato de instancia, contrarios a los de falladores de instancia los que gozan de doble presunción de acierto y legalidad” (fl.14 y 15).

Luego hace unas consideraciones acerca de la manera de atacar los indicios en sede de casación para, concluir que “Lo cierto es que el censor en punto de inferencia lógica, no demostró que ésta se hubiese atropellado por el fallador de segunda instancia en los sentidos anteriormente tratados esto es de las suposiciones conjeturales o de los absurdos irracionales frente a las reglas de experiencia o violentado las vías de la reflexión y el raciocinio” (fl.18).

Pide entonces la Delegada no casar el fallo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

### Primer Cargo:

1.- De acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Política, toda persona tiene derecho a un debido proceso y las nulidades se pueden presentar en cierto evento. A esta conclusión se llega después de examinar cada situación, buscando una solución consecuente con los fines del proceso penal y la legislación vigente. Se desprende lo anterior de los principios que rigen la nulidad.

Para el éxito de la impugnación en estos eventos, se debe identificar el acto procesal irregularmente cumplido, demostrar la omisión de lo exigido jurídicamente conforme a disposiciones que lo establecen, y la incidencia de ello en el proceso o la sentencia, con efectos en las garantías constitucionales y legales reconocidas a favor del procesado, o en la estructura del proceso, siempre y cuando no puedan ser subsanadas. Estas condiciones están ausentes en el sub judice, razón por la cual el cargo no puede prosperar.

2.- En la causal tercera de casación, si el cargo es por violación al debido proceso se debe establecer el error in procedendo, su transcendencia en las garantías fundamentales o en la estructura básica del procedimiento, indicando el momento desde el cual hay que invalidar el proceso. Si el derecho que se considera conculcado es el de defensa es necesario precisar la actuación que lo lesiona y la norma transgredida, demostrando la incidencia de dicha violación en la garantía constitucional referida.

La nulidad reclamada con fundamento en varios motivos no es posible proponerla en igualdad de condiciones bajo un mismo cargo. Es deber del demandante seleccionar el que funge un mayor alcance de invalidación y los restantes tendrá que plantearlos como subsidiarios, utilizando el mismo orden que la Corte debe seguir cuando asume su examen de fondo en la sentencia, dado que el principio de limitación que rige el recurso le

impide variar la propuesta del censor.

Estas reglas de técnica que a diario la Corte reitera en sus decisiones fueron ignoradas por el casacionista, dado que planteó en el cargo examinado violación al debido proceso (por notificarse simultáneamente la providencia que decretó una nulidad y la que ordenó abrir la causa a pruebas) y desconocimiento del derecho de defensa (al impedírsele demostrar su inocencia a través de la contradicción de las pruebas obrantes en el plenario y negarse la “casi” totalidad de las peticiones por el defensor).

3.- De otra parte, de la simple reseña de lo ocurrido se constata que no existió la nulidad que aduce el casacionista. En efecto:

-Mediante auto de agosto 5 de 1994 (fl.184) el Juzgado Regional abrió el juicio a pruebas y no lo notificó personalmente al procesado detenido Ortiz Umaña, cuestión que ameritó decretar la nulidad con auto de fecha noviembre 23 de 1994 (fl.195), “a partir, inclusive, de la notificación por estado de fecha agosto 19 del presente año” (fl.197), ordenándose en el punto 2º de la parte resolutive que “en firme esta decisión, procédanse (sic) a efectuar las notificaciones omitidas en (sic) relación con el auto por medio del cual se ordenó la apertura del juicio a pruebas” (fl.198).

Esa “Segunda orden” no se cumplió, el referido auto de apertura a pruebas y la mencionada providencia de nulidad se notificaron simultáneamente, es decir el 29 de noviembre de 1994 (fls.184 y 198 vto.).

Pero ese “mero desconocimiento de la forma” no comporta vulneración alguna al debido proceso ni al derecho de defensa, dado que una vez se dio el respectivo traslado del artículo 446 del C de P.P. (fl.204), el acusado solicitó pruebas (fl.207) y el Juzgado por medio de auto de enero 27 de 1995 (fl.211) resolvió practicar unas y negar otras, lo cual incluso hizo de cara a la petición que el defensor del procesado había hecho en memorial presentado la primera vez que se corrió traslado para análogo efecto (fl.186),



oportunidad ésta que quedó inválida posteriormente en virtud de la referida nulidad.

Es bien sabido que no toda inobservancia de las formas procesales genera nulidad, tienen esa idoneidad las inobservancias graves o sustanciales, que, por lo tanto, desconozcan la estructura básica del proceso o atenten con igual repercusión contra las garantías de los sujetos procesales.

Aquí no se está en presencia de ninguna de las mencionadas hipótesis. Se repite, no se ve a quién pudo afectar esa “simultaneidad” en las notificaciones, pues de lo que se trataba (de ahí la decisión de nulidad) era que el procesado se enterara personalmente (ya que estaba privado de la libertad) del derecho que tenía de pedir pruebas en el juicio, cosa que, como se vio, cumplióse a cabalidad, más aún el interesado ejerció oportunamente el derecho, como consta en la petición de pruebas que elevó el procesado en la causa y a la cual se hizo referencia en el acápite anterior. En otras palabras, se observó el mandato contenido en el numeral primero del artículo 308 del C. de P.P., por cuanto que el acto agotó la finalidad, manteniendo incólume el derecho de defensa.

4.- En las circunstancias anteriores no evidencia la Sala ninguna irregularidad que pueda viciar el proceso y, por tanto, tal como lo solicita el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, no se casará la sentencia con base en el cargo examinado, pues entre otras cosas, un análisis integral de la actuación procesal no conduce a la declaratoria de nulidad.

#### Segundo Cargo:

1.- El propósito de quien acude a la casación no puede ser otro que demostrar la existencia de un error de juicio o de actividad que vicie de ilegalidad el fallo. En armonía con esto, para que la Corte pueda pronunciarse de fondo es necesario que el libelista, cumpliendo los requisitos legales (formales y sustanciales) y técnicos, cuestione la validez legal de la sentencia a través de una argumentación, lógica y coherente.

2.- El cargo presentado por el defensor de ROBERTO ORTIZ UMAÑA en este caso, no permite a la Sala hacer un pronunciamiento de fondo, dado que la Corte se quedó sin conocer aquello que para el censor constituye un error en la sentencia de segunda instancia. Sus aseveraciones de rasgo enunciativo y genérico hacen incomprensible el propósito de aquél a la luz de los postulados que regulan la casación. Invoca la violación de la ley sustancial sin precisar en mínimo grado el error en la evaluación probatoria, el motivo por el que hace la censura (yerros manifiestos de género -de derecho o de hecho - o especie- falso juicio de convicción, legalidad, identidad, raciocinio o existencia-), de manera que desde ese punto de vista la formulación del reparo es incompleto.

3.- La casación es un recurso extraordinario y en manera alguna una tercera instancia. En sede casacional no es posible auspiciar un criterio opuesto a la naturaleza de la impugnación y, menos desconocer el principio de “limitación” expresamente consagrado en el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, según el cual a la Corte le está vedado “ir más allá” de lo expresamente alegado por el casacionista (con las excepciones allí mismo previstas), completando o corrigiendo lo alegado por éste.

En este caso el censor se limita a afirmar que del informe policial y de la ratificación del mismo no era dable deducir el dolo del procesado (saber y querer transportar estupefacientes), pasando por alto las razonadas consideraciones del sentenciador referentes a que la “explicación” de Ortiz Umaña resultó tan inverosímil que necesariamente condujo a tener demostrada dicha culpabilidad, pues el nombre de “Luis Rodríguez”, al cual acudió posteriormente, no logró personificarse no obstante los esfuerzos respectivos de la justicia, cosa que también ocurrió con la supuesta persona (Miguel Angel) que le presentó a aquél.

También consideró el fallador la “tranquilidad” que exhibió el procesado cuando fue sorprendido por la Policía en posesión de la droga prohibida, tranquilidad que el censor

asume con un alcance probatorio diferente para afirmar la ausencia de dolo, poniendo de presente que su inconformidad se reduce a una simple disparidad de criterios con el fallador mas no a un error trascendente con base en la causal invocada.

4.- Ignoró el demandante los principios que deben seguirse cuando la violación de la ley sustancial se hace con base en la prueba indiciaria, pues en tales casos el hecho indicador, por ingresar al proceso a través de un medio de prueba, contra él se puede alegar error de hecho o de derecho, mientras que si la inconformidad se plantea contra la operación mental sólo es válido aducir falso raciocinio, debiéndose añadir que resulta inocuo reprochar a esta última si se ha cuestionado la fuente de aquél. Al no concretarse en este caso en la demanda el ataque, esto es, si los cuestionamientos se formulan a la fuente del indicio o a la inferencia, se incurrió en el desacierto de impugnar simultáneamente el hecho indicante y la operación mental, impidiendo de esta manera a la Corporación hacer un estudio de fondo al reparo formulado.

5.- Si lo anterior lo juntamos, se obtiene que las reglas relativas a la enunciación de la causal en forma clara y precisa en sus fundamentos, fueron abiertamente ignoradas por el demandante, lo que obliga a la Sala a desestimar el cargo, como lo sugirió el señor Procurador Delegado, por incumplimiento de los requisitos exigidos por la ley.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**R E S U E L V E :**

NO CASAR el fallo recurrido, desestimando la demanda presentada por el defensor de ROBERTO ORTIZ UMAÑA. En firme, devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese y Cúmplase.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

MARIO MANTILLA NOUGUÉS

ALVARO O. PEREZ PINZON

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria

JORGE E. CORDOBA POVEDA

JORGE A. GOMEZ GALLEGO

CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

NILSON PINILLA PINILLA