

Proceso No 14602

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Aprobado acta No. 49

Magistrado Ponente:

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Bogotá, D. C., dos de mayo del dos mil dos.

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de primero de diciembre de 1997, mediante la cual el Tribunal Nacional condenó al procesado CESAR JULIO CARDONA HURTADO a la pena principal privativa de la libertad de 6 años de prisión, como coautor responsable de infringir la prohibición contenida en el artículo 33, inciso primero, de la ley 30 de 1986.

Hechos y actuación procesal.

El 7 de enero de 1995, un informante al servicio del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se presentó a las oficinas de la entidad en la ciudad de Manizales para comunicar que dos sujetos le habían propuesto colaborar en la venta de varios kilos de heroína. Con el fin de establecer la seriedad de la propuesta se acordó obtener de los vendedores muestras de la sustancia ofrecida en venta, que arrojaron resultado positivo para heroína. En vista de ello, se designó un agente de la institución para que hiciera las veces de comprador, y se pidió al informante concertar una nueva cita con los vendedores con el propósito de entrar en negociación.

El día siguiente (8 de enero) se cumplieron dos reuniones entre las partes, ambas en el bar "Palacio", ubicado en la carrera 19 con calle 20 de la ciudad, en cuyo desarrollo los vendedores, quienes fueron identificados después como Marino Carmona Valencia y César Julio Cardona Hurtado, manifestaron tener en su poder 2.800 gramos de heroína, que tasaron en 43 millones de pesos. Acordados los términos del negocio, Carmona Valencia condujo al agente encubierto hasta las residencias "Costa Azul", ubicadas en la carrera 19 No.23-11 de la ciudad, con el fin de enseñarle la sustancia, al cabo de lo cual se dio inicio al operativo policial correspondiente, siendo capturados los vendedores, y José Libardo Salazar Pérez, administrador de las residencias, quien hizo entrega a los investigadores de 2,688.8 gramos de una sustancia que al ser sometida a prueba de campo (aplicación de reactivos), arrojó resultado positivo para heroína (fls.5-10/1, 11-12/1 y 22/1).

En la diligencia de pesaje, identificación, y destrucción de los remanentes de la sustancia, se tomaron siete (7) muestras, correspondientes a sendos paquetes, para estudio de Medicina Legal, así: Muestra número uno (1) : paquete contentivo de 424.6 gramos de sustancia. Muestra número dos (2): paquete contentivo de 1.016 gramos. Muestra Número tres (3): paquete contentivo de 315.5 gramos. Muestra No.4: paquete contentivo de 2.5 gramos. Muestra No.5: paquete contentivo de 0.2 gramos. Muestra No.6: paquete contentivo de 929.9 gramos. Muestra No.7: paquete contentivo de 0.1 gramo (fls.22-23/1).

En indagatoria, José Libardo Salazar Pérez manifestó ser el propietario de la sustancia, y haberla encontrado abandonada en una de las habitaciones de la residencia (fls.33-35/1). Marino Carmona Valencia aceptó haber intervenido en el proceso de negociación, a instancia del anterior (fls.30-33/1). Y, César Julio Cardona Hurtado, afirmó haber estado presente en las conversaciones sostenidas con el supuesto comprador por casualidad, y ser ajeno, en consecuencia, a los hechos investigados (fls.24-27/1).

Del proceso hacen parte (además de otras pruebas), los testimonios de los Agentes del Departamento Administrativo de Seguridad que intervinieron en el operativo (fls.130, 132, 134, 135 vuelto, 147, 149, 150, 151/1); el testimonio bajo reserva de identidad del informante (fls.193/1); y los resultados del examen practicado por el Laboratorio de Estupefacientes del Instituto de Medicinal Legal, Regional Occidente, a las muestras remitidas, cuyas conclusiones fueron las siguientes: LAS MUESTRAS Nos.1, 2, 3, y 6 REPORTARON CLORURO DE CALCIO. LAS MUESTRAS Nos. 4, 5 y 7 REPORTARON POSITIVO PARA ESTUPEFACIENTE HEROINA -Diacetilmorfina- (fls.112 y 113/1).

En la fase del sumario los procesados Marino Carmona Valencia y José Libardo Salazar Pérez se acogieron a sentencia anticipada (fls.291 y 301/1), propiciando el rompimiento de la unidad procesal. Cerrada la investigación, se la calificó el 16 de enero de 1996 con resolución de acusación contra Cesar Julio Cardona Hurtado por infracción a la ley 30 de 1986, artículo 33, inciso primero (fls.328-336/1). Esta decisión fue apelada por el procesado, pero la Fiscalía, mediante decisión de 15 de marzo siguiente, declaró desierto el recurso por falta de sustentación (fls.341, 345/1). Ese último pronunciamiento causó formal ejecutoria el 15 de mayo de 1996 (fls.348, 353, 356, 358 y 358 vuelto).

Rituado el juicio, un Juzgado Regional de Medellín condenó al procesado a la pena principal privativa de la libertad de 6 años de prisión, como coautor responsable de infringir la prohibición contenida en el artículo 33, inciso primero, de la ley 30 de 1986 (fls.55-82/2). Apelado este fallo por el procesado y su defensor (fls.92,93 y 116/2), el Tribunal Nacional, mediante el suyo de primero de diciembre de 1997, que ahora es objeto del recurso de casación, lo confirmó en todas sus partes (fls.9-22/3).

La demanda:

Con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo segundo, el actor acusa la

sentencia impugnada de violar indirectamente la ley sustancial, por aplicación indebida de la ley 30 de 1986, a causa de un error de hecho en la apreciación de las pruebas, derivado de la falta de apreciación del dictamen pericial de Medicina Legal, donde se concluye que solo DOS GRAMOS PUNTO OCHO (2.8) de la sustancia incautada, correspondían a DIACETIL MORFINA.

Prueba de que su contenido fue “desechado por el a quo y OMITIDO POR EL AD QUEM”, es el siguiente aparte del fallo de segundo grado: “El a quo hizo bien EN NO TENER EN CUENTA EL DICTAMEN PERICIAL, por cuanto, las providencias judiciales deben fundamentarse al tenor del artículo 246 del Código de Procedimiento Penal, en pruebas legalmente producidas y tanto lo es éste, como todas las demás que se adujeron, y que confluyen a determinar que sí era heroína la sustancia decomisada; es que las pruebas deben apreciarse en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y exponiendo siempre razonadamente el mérito que se le asigne a cada una de ellas (artículo 254 ibídem) y ello, precisamente, fue lo que hizo el a quo, AL DESECHAR TAL MEDIO PROBATORIO, frente al resto del conjunto de elementos de juicio puestos a su consideración” (Las mayúsculas pertenecen al texto).

En el expediente junto con el dictamen pericial figuran testimonios, pero éstos no pueden prevalecer sobre la prueba técnica. Si cien testigos dicen que una sustancia es oro, y un análisis técnico dictamina que es plomo, técnicamente prevalecerá el dictamen pericial. Además, los testimonios recogidos corresponden a los detectives que intervinieron en el caso, y aunque también obra el del informante encubierto, jurídicamente no es testimonio porque “no se pudo ni se puede controvertir”.

Aparece también la prueba de campo. En este acto, el análisis preliminar de la sustancia fue negativo, por lo que hubo necesidad de utilizar otro reactivo, advirtiéndose que “PARA LLEGAR A LA PRUEBA CONCLUYENTE QUE NOS PERMITA DETERMINAR CIENTIFICAMENTE SI EL MATERIAL OBJETO DE LA PRUEBA DE ORIENTACION

EVIDENTEMENTE ES HEROINA SE TOMAN MUESTRAS PARA QUE SEAN ENVIADAS A MEDICINA LEGAL". Dicho funcionario dudó de los reactivos, sin embargo ni el Juez de primera instancia ni el de segunda dieron razón del desdén del dictamen claro y concluyente que se realizó en la ciudad de Pereira".

Como normas violadas relaciona los artículos 3º del Código Penal (TIPICIDAD); 33 de la ley 30 de 1986, que establece que si la cantidad de sustancia no excede de VEINTE GRAMOS DE DERIVADOS DE LA AMAPOLA, la pena será de uno a tres años; y 249, 254 y 445 del Código de Procedimiento Penal. Y agrega: ¿Porqué la omisión en la consideración del dictamen pericial viola los anteriores preceptos? Porque "el ad quem negó la existencia de que solo se habían incautado 2.8 gramos de estupefaciente, no obstante haberse incorporado al proceso el dictamen pericial que estableció este hecho. Se vulnera así el artículo 3º del Código Penal cuando establece la TIPICIDAD".

El artículo 445 ejusdem prevé, por su parte, que en las actuaciones penales toda duda debe resolverse en favor del sindicado. En el presente caso existió una prueba inicial de campo, y luego un dictamen concluyente de Medicina Legal en relación con la misma sustancia, que informa de la incautación de solo 2.8 gramos de estupefaciente. Por tanto, según el precepto universal citado, debe tenerse como definitivo el segundo dictamen, por favorabilidad.

En consecuencia, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada, y proceder de acuerdo con lo establecido en el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal.

Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal afirma que la argumentación que sustenta el ataque resulta antitécnica, porque el casacionista no logra identificar el error denunciado, y además de ello reconoce que el experticio del Instituto de Medicina Legal fue objeto de consideración en la sentencia, lo cual contradice el enunciado

del cargo, pues una cosa es ignorar el medio probatorio, y otra desecharlo por razones de credibilidad, convicción o legalidad.

Aparte de esto, debe tenerse en cuenta que no es la omisión en sí misma, sino la trascendencia del medio ignorado, lo que determina un fallo de sustitución. Cualquier pretensión que no encuadre en este derrotero metodológico está llamada al fracaso, y se convierte en una simple confrontación de criterios con el Juzgador. Por esto, y porque es claro que la prueba fue valorada en los fallos, como consta a folios 76 y 77 del cuaderno original 2, y 12 y 13 del cuaderno No.3, el cargo debe ser desestimado.

Solicita a la Corte, sin embargo, casar oficiosamente la sentencia impugnada con el fin de que se acoja como prueba de la materialidad del delito el peso determinado científicamente por Medicina Legal, y consecuentemente se adecúe la punibilidad a lo establecido en el artículo 17 de la ley 365 de 1997, norma que sanciona con mayor benignidad la conducta cuando la cantidad de la sustancia no supera los veinte (20) gramos de peso.

En apoyo de su pretensión argumenta que según los resultados del dictamen de Medicina Legal, Laboratorio de Estupefacientes, las muestras que arrojaron positivo para heroína (4, 5 y 7) corresponden a los paquetes 6, 7, y 9, cuyo peso total asciende solo a 2,417 gramos, y que el fallador no podía desconocer la fuerza contundente de esta prueba, para dar prelación a la de campo, que no ofrecía el mismo margen de seguridad.

Agrega que no se trata de especulaciones o discrepancias de criterios en torno a la credibilidad de una u otra prueba, sino de la inexplicable prescindencia o depreciación de un elemento de origen técnico, frente a una prueba de menor rigor, con trascendencia en la decisión impugnada, como quiera que los juzgadores dosificaron la pena bajo los parámetros del inciso primero del artículo 33 de la ley 30 de 1986, debiendo serlo con

arreglo al artículo 17 de la ley 365 de 1997, que adscribe prisión de 1 a 3 años, por ser la cantidad de sustancia menor de 20 gramos.

Se patentiza, entonces, una violación a la ley sustancial, en forma indirecta, producto de un error de hecho en la apreciación de las pruebas, derivado del desconocimiento de las reglas de la sana crítica, concretamente de un “falso juicio de identidad por distorsión reductiva del valor de un elemento probatorio (el dictamen pericial obrante a folios 112 y 113 precitado). Esto amerita que el fallo sea casado oficiosamente por la Corte, “bajo el criterio de que la real protección de garantías fundamentales, se liga indisolublemente al imperativo constitucionalizado de prevalencia del derecho sustancial de que trata el artículo 228 de nuestra Carta Política”.

SE CONSIDERA:

1. Respuesta al cargo:

No se requieren mayores esfuerzos para advertir que el error de hecho por falso juicio de existencia por omisión, que el casacionista plantea en relación con el dictamen pericial No.0016314 del Instituto de Medicina Legal, Laboratorio de Estupefacientes, Regional Occidente, donde se consignan los resultados de los análisis realizados a las muestras tomadas en la diligencia de identificación y pesaje de la sustancia decomisada, no existió, y que el ataque propuesto carece por tanto de fundamento.

El error de hecho por falso juicio de existencia por omisión se presenta cuando el juzgador, al apreciar la prueba, ignora un determinado medio que hace parte del proceso, es decir, cuando asume que no existe en el mismo, no obstante hallarse materialmente incorporado, y ser importante para la definición del asunto. Si la prueba es de alguna manera apreciada, o analizada por el juzgador, pero desestimada, podrá

afirmarse que el juzgador incurrió en falsos juicios de identidad, de raciocinio, de legalidad, o convicción, según cada caso, pero no en errores de existencia.

En el caso sub judice el actor afirma que los juzgadores ignoraron la pericia del Laboratorio de Estupefacientes de Medicina Legal donde se concluye que solo las muestras 4, 5 y 7 (tomadas de los paquetes marcados con igual número, cuyo peso total asciende a 2.), arrojaron resultado positivo para heroína, pero de la confrontación del contenido de los fallos de instancia se establece que la prueba en mención fue analizada por ellos, como lo acredita el siguiente aparte del fallo de segundo grado, que el propio demandante transcribe:

“El a quo hizo bien en no tener en cuenta el dictamen pericial, por cuanto, las providencias judiciales deben fundamentarse al tenor del artículo 246 del Código de Procedimiento Penal en pruebas legalmente producidas y tanto lo es éste, como todas las demás que se adujeron y que confluyen a determinar que si era heroína la sustancia decomisada; es que las prueban deben apreciarse en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y exponiendo siempre razonadamente el mérito que se le asigna a cada una de ellas (artículo 254 ibídem), y ello, precisamente, fue lo que hizo el a quo, al desechar tal medio probatorio, frente al resto del conjunto de elementos de juicio puestos a su consideración. De tal manera, queda claro que la materialidad de la infracción está demostrada con prueba que conduce a la certeza...” (pag.15 del fallo).

Esto deja sin piso el fundamento del cargo, y descarta, en consecuencia, la configuración del error denunciado, pues la pericia, como puede verse, fue objeto de análisis, y aunque sus conclusiones solo fueron acogidas en parte, ello no significa que hubiese sido ignorada. Por el contrario, indica que fue apreciada, y que su desestimación derivó no de un error de existencia, sino del resultado de un juicio valorativo que incluyó el análisis de otros elementos de prueba (pericias de campo, testimonios de las personas que intervinieron en el operativo, y confesión de dos de los implicados), de los que surgía que

el objeto material de la conducta se encontraba representado por 2.688.8 gramos de heroína, y no solo por 2.8 gramos, como venía siendo alegado por la defensa.

Ahora bien. Si el actor consideraba que esta apreciación contrariaba los postulados de la apreciación racional de la prueba, debió enderezar el ataque por la vía del error de hecho por falso raciocinio, y acreditar que los juzgadores, en ejercicio de dicha labor, desconocieron de manera manifiesta los postulados de la sana crítica, labor que desde luego no cumple. Y si lo pretendido era demostrar que la calidad de la sustancia en los delitos contra el narcotráfico solo puede ser establecida a través de la prueba técnica, debió plantear error de derecho por falso juicio de convicción, con señalamiento de las normas que así lo establecen, cometido que tampoco desarrolla, aunque el cargo, en dichos términos, carecería de vocación de éxito, puesto que en nuestro sistema procesal rige el principio de libertad probatoria (artículo 253 del Decreto 2700 de 1991 y 237 del actual estatuto).

Se desestima la censura.

1. Casación oficiosa:

En materia casacional, la competencia funcional de la Corte está limitada por el contenido de la demanda. A ella debe circunscribir su intervención, sin que le sea permitido tener en cuenta causales o cargos distintos de los alegados por quien tiene la condición de impugnante, acorde con lo previsto en los artículos 228 del Decreto 2700 de 1991 y 216 del actual estatuto. Este principio, llamado de limitación, solo admite dos excepciones: (1) cuando la sentencia ha sido dictada en un juicio viciado de nulidad, y (2) cuando atenta de manera ostensible contra las garantías fundamentales, en cuyos casos la Corte está facultada para casar la sentencia, y tomar la decisión que en derecho

corresponda.

La actividad de la Delegada en casación se rige por idéntica restricción. El contenido del concepto está limitado por el de la demanda (artículo 226 del Decreto 2700 de 1991 y 213 del Código actual), y a ello debe circunscribir su intervención, sin perjuicio, claro está, de que pueda opinar sobre tópicos distintos cuando advierta un vicio de nulidad, o la violación de una garantía fundamental. En consecuencia, no le está permitido formular nuevos cargos, reencauzar los propuestos, o sugerir pronunciamientos que ninguna relación guardan con las pretensiones de la demanda, ni convertirse, por tanto, en un impugnante más. Esta actividad, resulta ajena a sus funciones.

En el caso analizado, la Delegada solicita a la Corte casar oficiosamente la sentencia impugnada por errores de apreciación probatoria, concretamente por desconocimiento de las reglas de la sana crítica, pues considera que la prueba pericial de Medicina Legal debe prevalecer sobre la pericia preliminar (de campo) y las demás pruebas allegadas al proceso, y dosificar en consecuencia la pena con arreglo a lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 365 de 1997, por ser la cantidad de sustancia que los procesados pretendían comercializar, inferior a 20 gramos.

Esta propuesta no deja de causar perplejidad. Con total desbordamiento de las funciones que le compete cumplir en el trámite casacional, la Delegada decide presentar un nuevo cargo contra la sentencia recurrida, no alegado en la demanda, asumiendo, de esta manera, la condición de impugnante, y aunque en procura de darle legitimidad a sus pretensiones pretexta violación de una garantía fundamental, no lo demuestra, ni la Sala lo advierte, pues solo frente a lo que ha sido denominado por la doctrina constitucional “vía de hecho por defecto fáctico”, con incidencia directa en el sentido del fallo, podría eventualmente afirmarse una tal violación, pero es claro que esto no ocurrió en el presente caso.

Todo se reduce a una simple discrepancia de criterios en torno a la valoración que los juzgadores hicieron de la prueba, fundada en consideraciones indemostradas e inexactas, pues la Delegada, como se dejó visto, parte de dos supuestos: (1) que la prueba pericial tiene prelación sobre los demás medios, sin expresar los fundamentos legales de su afirmación; y (2) que la decisión se fundamentó exclusivamente en la prueba de campo, lo cual no resulta literalmente cierto, pues junto a ella fueron también tenidos en cuenta otros elementos de juicio, como las propias manifestaciones de los implicados Marino Carmona Valencia y José Libardo Salazar Pérez, quienes en ningún momento pusieron en duda la calidad de la sustancia. Por el contrario, aceptaron los hechos en la indagatoria y se declararon responsables de su comercialización (fls.30-33/1 y 33-35/1), e inclusive se acogieron a sentencia anticipada, actitudes que con seguridad no habrían adoptado si la sustancia no fuese de prohibido comercio, como con cierto es destacado por el Tribunal en la sentencia impugnada.

Tal manera de proceder además desconoce objetiva y manifiestamente la configuración del proceso, y la naturaleza y sentido que a la casación corresponde como juicio extraordinario contra la sentencia del Tribunal de segunda instancia, donde no resulta posible replantear el caso para juzgarlo de nuevo, ni volver sobre debates probatorios ya superados, sino establecer la corrección de la decisión del Tribunal frente al ordenamiento jurídico.

Se desatenderá, por tanto, la pretensión de la Delegada.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Devuélvase al Tribuna de origen CUMPLASE.

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CORDOBA POVEDA

HERMAN GALAN CASTELLANOS
GALVEZ ARGOTE

CARLOS A.

JORGE A. GOMEZ GALLEGO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

No hay firma

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

NILSON PINILLA PINILLA

No hay firma

Teresa Ruiz Nuñez

SECRETARIA