

Proceso No 18340

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado ponente

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

Aprobado acta No. 61

Bogotá D.C. diez (10) de agosto de dos mil cinco (2005)

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado RAFAEL ALBARRACÍN ROJAS contra la sentencia de diciembre 12 de 2000, por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, al desatar el grado jurisdiccional de consulta, revocó la proferida por el Juzgado 1° Penal del Circuito Especializado de Cundinamarca, mediante la cual lo había absuelto de los cargos imputados en la resolución de acusación y, en su defecto, lo condenó a la pena principal de 12 años de prisión, multa equivalente a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de los derechos y funciones públicas por un periodo de 10 años, como autor responsable de infringir el artículo 33 de la ley 30 de 1986, agravado por el numeral 3° del artículo 38 ibídem, modificado por el artículo 17 de la ley 365 de 1997.

HECHOS

En la sentencia impugnada, fueron presentados por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca de la siguiente manera:

“1°.- En este caso, se procede sobre el expediente reconstruido, en virtud del extravío del proceso principal, tramitado contra Eulises Sánchez, Rafael y Fabio Orlando Rojas Albarracín, frente al primero se produjo la ruptura de la unidad procesal y fue condenado en fallos de 20 de diciembre de 1999 y segunda instancia, del cual conoció esta Sala, el 13 de marzo de 2000.

2°.- En resolución de 28 de Abril de 1997, la Unidad de Narcotráfico de la Fiscalía Regional, ordenó la reconstrucción de la investigación, radicada bajo el número 29590, adelantada contra los mencionados por violación a la ley 30 de 1986, por hechos ocurridos el 14 de septiembre de 1996 consistentes en la aprehensión de las personas mencionadas, cuando transportaban en el camión de placas UR-0586 (cocaína, heroína y marihuana) camufladas en un cargamento de plátano, por lo cual, en resolución de la misma fecha se dispuso la apertura de la investigación.

Para llegar al operativo con estos resultados se debió a la resolución del 17 de mayo de 1996 (fl.69), la Fiscalía Regional - Unidad de Policía Judicial DIJIN, ordenó la interceptación de la líneas telefónicas Nos. 247.69.11 y 720.50.52 por existir elementos de juicio que permitían inferir, por este medio se comunicaban con organización delictiva dedicada al narcotráfico. En resolución No. 288 de 4 de julio de 1996 y 329 de Agosto 13, se prorrogó la orden de interceptación; en unas de ellas, hacen de interlocutores Eulises Sánchez y Rafael N, donde se acordaba la entrega para el 13 de Septiembre de 1996, en horas de la noche, en el peaje conocido como Albarracín, en la Carretera Central del Norte, vía Tunja - Bogotá, entre el Sisga y Villapinzón. En efecto, Albarracín Rojas, venía procedente de Arauca, vía Bucaramanga-Bogotá, y en el Peaje acordado fue sorprendido cuando se proponía entregar los bultos a Eulises Sánchez, quien lo esperaba en la camioneta conducida por él.

4°.- Operativo de la Policía, logrado en desarrollo de inteligencia, capturándolos en posesión de la mercancía y en situación de flagrancia de acuerdo al informe visible a los

folios 25 y 24, donde se precisa, en desarrollo de las investigaciones adelantadas y el control electrónico ordenado por la Fiscalía Regional a los abonados telefónicos y a sus prórrogas, se tuvo conocimiento por el analista de la línea 720.50.52, que un camión con destino a la ciudad de Bogotá, transportaba una carga de estupefacientes y en efecto, se logró comunicación entre Eulisis Sánchez y el conductor del camión Rafael N., donde coordinaban el sitio a donde saldría a recibirlo, Peaje ubicado en la Represa del Sisga y la población de Villapinzón, entre las 23 y 24 horas del día citado, por lo cual se montó el operativo en el sector, concretamente en el peaje Albarracín, donde había varios camiones parqueados al costado derecho de la vía, con sentido norte- sur, siendo las 24:15 se les informó por radio la presencia de una camioneta marca Bronco de color blanco, de placas ASJ-166, la cual al llegar al lado del camión marca Ford, de placas UR-0586, escuchó al conductor saludar al del camión, diciéndole que hubo Rafael y siguió la marcha, regresándose luego, donde estaba el camión y allí recibió de sus manos un paquete que depositó en el interior de la Camioneta, y al notar la presencia de las Unidades, quiso huir, siendo interceptado más adelante y encontrado en su poder uno de los paquetes y al revisar el Camión, conducido por Rafael Albarracín Rojas, se halló dentro de la carga camuflados, dos costales que en su interior contenían 8 paquetes con diferentes sustancias estupefacientes, (fls. 23 a 26). Ante la situación de captura en flagrancia se les privó de la libertad y se ordenó con fundamento en lo anotado, la apertura de la investigación, por la Fiscalía Regional, en mención de 14 de septiembre de 1996, (fls.- 2), se vinculó al procesado y se le definió la situación jurídica el 23 de septiembre de 1996, con medida de aseguramiento de DETENCIÓN PREVENTIVA SIN EXCARCELACIÓN, posteriormente, hubo peticiones de libertad que le fueron negadas, recursos y cuando se procedía a la calificación del proceso, éste se extravió debiendo ser reconstruido.”

ACTUACIÓN PROCESAL

Por lo hechos narrados precedentemente, una Fiscalía Regional de Bogotá D. C., profirió resolución de apertura de instrucción, ordenando, entre otras diligencias, la indagatoria

de EULISES SÁNCHEZ SÁNCHEZ (f. 5 c # 1), FABIO ORLANDO ALBARRACÍN ROJAS (f. 9 c # 1) y RAFAEL ALBARRACÍN ROJAS (f. 13, 147 y 297 c # 1), a quienes, mediante resolución del 23 de septiembre de 1996, se les resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de SÁNCHEZ SÁNCHEZ y ALBARRACÍN ROJAS, en tanto que, en relación con FABIO ORLANDO ALBARRACÍN se abstuvo de imponer la medida preventiva (f. 133 c # 1).

De acuerdo con el informe policivo (f. 23 c # 1), se estableció que la sustancia incautada, correspondía a 22.900 gramos de cocaína, 5.100 gramos de heroína y 530 gramos de marihuana.

Mediante resolución del 8 de mayo de 1997, se decretó el cierre parcial de la investigación en relación con el procesado EULISES SÁNCHEZ SÁNCHEZ, calificándose la actuación el 30 de julio de 1997, con resolución de acusación por infringir el artículo 33 de la ley 30 de 1986 (f. 267 c # 1). Así mismo, mediante resolución del 11 de septiembre de 1998, se clausuró la investigación en relación con los coprocesados RAFAEL ALBARRACÍN ROJAS y FABIO ORLANDO ALBARRACÍN ROJAS (f. 306 c # 1), calificándose el proceso el 25 de enero de 1999 (f. 335 c # 1) con resolución de acusación en contra de RAFAEL ALBARRACÍN ROJAS por infracción al artículo 33 de la ley 30 de 1986 y con preclusión de la investigación a favor de FABIO ORLANDO ALBARRACÍN ROJAS.

La fase de la causa correspondió al Juzgado 1° Penal del Circuito Especializado de Cundinamarca, el que luego de celebrar la diligencia de audiencia pública, profirió sentencia el 31 de agosto de 2000, absolviendo al procesado RAFAEL ALBARRACÍN ROJAS de los cargos imputados en la resolución de acusación, la que al ser consultada ante la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, el 12 de diciembre de 2000 fue revocada en su integridad, condenando al procesado ALBARRACÍN

ROJAS a la pena principal de 12 años de prisión, como autor responsable del delito previsto en el artículo 33 de la ley 30 de 1986 agravado, decisión que suscitó la inconformidad del defensor quien recurrió extraordinariamente en casación.

LA DEMANDA

Contra la sentencia de segundo grado, el defensor del procesado presenta dos cargos, que enuncia, el primero, con apoyo en la causal tercera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, vigente para la época de la sentencia y, el segundo cargo al amparo de la causal primera cuerpo segundo del citado artículo, “por graves errores en la apreciación probatoria.”

1.- Cargo Primero, causal tercera nulidad por falta de competencia del juzgador de segunda instancia.

Solicita la nulidad de la sentencia de segunda instancia, por haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad, por cuanto para la fecha en que fue proferida era incuestionable que el grado jurisdiccional de consulta no tenía operancia en los procesos que conocen los jueces especializados en primera instancia, por cuanto el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal, era aplicable a la justicia regional y tan pronto desapareció, dejó de tener vigencia el grado jurisdiccional de consulta.

Por consiguiente, resulta inaplicable en obedecimiento al principio de favorabilidad, más aún cuando el proceso corresponde a la justicia ordinaria. A juicio del recurrente, es clara la falta de competencia de la Sala Penal del Tribunal Superior, que debió abstenerse del grado jurisdiccional de consulta, como consecuencia de la consideración de la excepción de inconstitucionalidad del artículo 206 del Código de Procedimiento Penal, reformado parcialmente por el artículo 35 de la Ley 504 de 1999.

Considera, así mismo, que se debe razonar en “el sentido de que el artículo 29 de la ley

81/93, que subrogó el art. 206 del Código de Procedimiento Penal, fue a su turno modificado por la ley 504 de 1999, luego la H. Corte Constitucional puede perfectamente hacer un nuevo e integral estudio de constitucionalidad y como hasta el presente no lo a (sic) hecho, el administrador de justicia, puede aplicar la excepción de inconstitucionalidad.

2.- Segundo cargo, violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho de las conversaciones telefónicas interceptadas, las indagatorias de EULISES SÁNCHEZ, RAFAEL ALBARRACÍN ROJAS y ORLANDO ALBARRACÍN ROJAS

Sustenta la impugnación en graves errores en la apreciación probatoria de algunas pruebas, por indebida y errónea apreciación de otras. Asegura, por consiguiente, que la sentencia impugnada se basa fundamentalmente en el hecho de “que supuestamente instantes antes de la captura, mi defendido habría entregado al señor EULISES SÁNCHEZ un paquete que a la postre también habría contenido sustancia estupefaciente, y que de las conversaciones telefónicas sostenidas entre mi defendido y el citado EULISES SÁNCHEZ, se concluye que entre ellos hubo concertación, que había conocimiento previo y que tales conversaciones dataría de mucho tiempo atrás.”

Considera que el análisis del Tribunal resulta equivocado por cuanto son “apreciaciones eminentemente subjetivas”, como, por ejemplo, la información sobre el paquete que supuestamente entregó su defendido a EULISES SÁNCHEZ no tuvo posterior ratificación ni aceptación, por el contrario tal hecho fue negado enfáticamente por los sindicados y nunca se desvirtuó su dicho al respecto, además, sostiene que si todo obedecía a una concertación previa, “porque en ninguna de las conversaciones telefónicas se habló de esta entrega, como supuesta clave, carta o tarjeta de presentación. En conclusión tal prueba o hecho nunca fue probado en el proceso y menos aún de manera plena que pudiera conducir a la certeza total, libre de toda duda.”

Señala que las imputaciones en la sentencia impugnada, son falsas, a partir de las interceptaciones telefónicas, pues su defendido solo participó en una o dos conversaciones, todas el mismo día de los hechos, lo que conforme al criterio del Tribunal, indicaría que su defendido no integraba tal organización ni plan criminal. Igualmente, discrepa de la afirmación del ad-quem en el sentido que de las conversaciones telefónicas se deducía la concertación y conocimiento de vieja data; sin embargo, estima que de tales conversaciones, no existe ni se deduce familiaridad ni conocimiento alguno, por el contrario, advierte que su representado no pregunta por EULISES, ni por el amigo, ni por el compadre; pues, tan sólo de manera seca y fría pregunta por "DON EULICES" tratamiento frío y cortés para con quien no se conoce ni se le tiene confianza.

Precisa que si se leen con cuidado las transcripciones se debe concluir que nunca existió acuerdo previo y que su defendido era ignorante de la hora y sitio que le indicarían para la entrega de la encomienda.

Refiere, como prueba ignorada en la sentencia impugnada, la diligencia de indagatoria del señor EULISES SÁNCHEZ, quien manifiesta no conocer a RAFAEL, ni a su hermano FABIO ORLANDO y en la indagatoria de éste expresa no conocer a EULISES SÁNCHEZ. Estas manifestaciones no se contradicen con lo manifestado por RAFAEL ALBARRACÍN en la indagatoria y, constituyen prueba de la no responsabilidad de su defendido, pues su dicho nunca fue desvirtuado y, por el contrario, fue corroborado por diferentes pruebas, pues su representado siempre se mostró ajeno al contenido de la encomienda y desconocedor del hecho punible, como se encuentra probado.

Agrega que tampoco se tuvo en cuenta ni se apreció como indicio, el hecho de que cuando su defendido rindió indagatoria, relató desprevenidamente que efectuó llamada telefónica a EULISES SÁNCHEZ, indagando dónde recibiría éste la encomienda que le mandaron, cuando aún no sabía de la interceptación de la línea telefónica: considera que si su

representado fuera partícipe del hecho habría tratado de desviar la investigación y no habría mencionado la conversación telefónica con el destinatario de la encomienda, es decir, que era ajeno al delito.

Tampoco se apreció como su defendido en forma sincera y desprevenida, explicó la razón de su horario de viaje. Insiste, en consecuencia, que si se lee con cuidado la transcripción de la conversación telefónica con EULISES SÁNCHEZ se debe concluir que nunca existió acuerdo previo y que su defendido era ignorante de la hora y sitio que le indicarían para la entrega.

Así mismo, señala el recurrente que no se apreció “el indicio y prueba importante”, como es el hecho de que en la misma conversación telefónica de la que se deduce que su representado no conoce, ni tiene confianza alguna con EULISES SÁNCHEZ, como no lo conoce le pregunta desprevenidamente si le suministra las placas del camión, es decir, si RAFAEL ALBARRACÍN conociera a EULISES o sospechara que éste conocía su camión, no tenían por qué indicarle el número de sus placas. Refiere que EULISES SÁNCHEZ había efectuado y elaborado un plan al que era ajeno su defendido y por tal razón estaba informado del camión que conducía su representado, pero que éste ignoraba todo y por ello desprevenidamente le preguntó si le suministraba las placas del camión.

Asegura que tampoco fue apreciado en el fallo atacado, la misma conversación telefónica, pues es muy dicente como su defendido desarrolla un diálogo absolutamente desprevenido, natural, sin claves, como acostumbran quienes tienen conocimiento de un delito a cometer.

De otra parte, señala que tampoco fueron apreciadas las fotos en las que se observa que el alcaloide no se empacó en forma que pudiera suscitar la desconfianza de su defendido. La droga se ocultó en costales aparentando simple encomienda de plátanos

que constantemente transportan los camioneros para obtener ingresos extras y lógicamente sin exigir exhibición o comprobación de su contenido. Considera, entonces, que para juzgar a su representado se debe hacer desde su humilde condición y ubicarse en torno a su condición de camionero y lechero.

Sostiene que se interpreta erróneamente, presumiendo culpabilidad y con el fin de perjudicar a su defendido. Reitera que una prueba clara de su inocencia lo es que no procurara encubrir a nadie, ni entorpecer la investigación como ocurre con quienes son copartícipes en cualquier grado de un ilícito.

Por último destaca que la prueba reina de la ausencia de responsabilidad de ALBARRACÍN ROJAS y que no fue apreciada en el fallo impugnado, lo es, sin duda, que bajo juramento sindicó como responsable del ilícito a EULISES SÁNCHEZ y para nadie es un secreto que en las organizaciones impera la ley del silencio que implica no realizar delaciones ni delatar a sus jefes.

Solicita, en consecuencia, que por efectos de la casación del fallo atacado de aplicación a las previsiones de los artículos 228 y 229 del Código de Procedimiento Penal.

En escrito adicional a la demanda de casación, insiste en que se declare la nulidad de la actuación porque, a su juicio, el grado jurisdiccional de consulta, no puede tener operancia en los juzgados especializados de primera instancia, pues el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal, era aplicable a la denominada justicia regional.

CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO

El Ministerio Público sugiere no casar la sentencia impugnada, por las siguientes razones:

1.- En relación con el primer cargo, tras señalar las exigencias que implican la invocación de la causal tercera de casación, considera, que en el presente caso la

demanda no cumple los presupuestos, pues de manera vaga e imprecisa el demandante alega falta de competencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, por considerar que al desaparecer la justicia regional, también habría desaparecido el grado jurisdiccional de consulta. Además, porque si en el procedimiento ordinario no existe la consulta, por favorabilidad no podría aplicarse este instituto en este caso, puesto que ella constituye una excepción a la prohibición constitucional de la “reformatio in pejus” y al trámite ordinario. Adicionalmente, que a pesar de que el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal fue declarado exequible, es factible aplicar la excepción de inconstitucionalidad, en tanto que la Corte Constitucional no ha estudiado el artículo 35 de la ley 504.

Sostiene el Ministerio Público, que la sentencia acusada fue dictada el 12 de diciembre de 2000, en vigencia del artículo 206 del Código de Procedimiento Penal, cuyo texto fue declarado exequible mediante sentencia C-150 de abril 22 de 1993. Posteriormente, ante nueva demanda contra la modificación introducida por el artículo 29 de la ley 81 de 1993 fue declarada exequible mediante sentencia C-449 de septiembre 19 de 1996. Así mismo, con ocasión a la demanda formulada contra el artículo 35 de la ley 504 de 1999, la Corte Constitucional mediante sentencia C-392 de abril 6 de 2000, declaró ajustado a la Carta Política el inciso 3° del artículo 203 de la ley 600 de 2000.

De manera que si la Corte Constitucional, declaró exequible la creación de los jueces penales del circuito especializados, desde el 1 de julio de 1999, es indudable que también dejó a salvo el instituto de la consulta, en tanto que, además, ya lo había justificado en las sentencias referidas precedentemente, en las que se afirmó, entre otras cosas, que la consulta no viola el principio de igualdad porque los delitos a los que ella está dirigida requieren de mayor celo y cuidado del Estado, por tratarse de conductas que amenazan en mayor medida la estabilidad y armonía de la sociedad en general.

Por lo anterior, considera el Ministerio Público que a pesar de que la justicia regional

dejó de existir el 30 de junio de 1999, la declaratoria de constitucionalidad del artículo 206 del decreto 2700 de 1991, modificado por el artículo 29 de la ley 81 de 1993 y 35 de la ley 504 de 1999, para el 12 de diciembre de 2000, fecha en que se profirió la sentencia de segunda instancia, ya había hecho tránsito a cosa juzgada constitucional y en tal virtud el Tribunal Superior no podía aplicar la excepción de inconstitucionalidad, por consiguiente dicha Corporación era competente para conocer del grado jurisdiccional de consulta del fallo absolutorio, además, por la inexequibilidad de la Sala Especial de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá mediante sentencia C-392 de abril 6 de 2000; y, en su lugar, se dispuso que la competencia para conocer de la segunda instancia en los procesos de los juzgados penales del circuito especializados y de la revisión de las sentencias que dicten, bien podía asignarse por el Consejo Superior de la Judicatura al Tribunal que corresponda a la sede el juzgado penal del circuito especializado.

Advierte, que si bien el artículo 203 de la ley 600 de 2000, fue declarado inexecutable mediante sentencia C-760 de julio 18 de 2001, ello no tiene ninguna incidencia en este caso, en tanto que, para el 12 de diciembre de 2000 ya se había proferido la sentencia que ahora se discute y, por consiguiente, no habría lugar a la aplicación retroactiva de este fallo, no solo porque sus efectos están previstos hacia el futuro, sino porque la declaratoria de inexecutable se derivó exclusivamente por vicios de forma en el trámite del proyecto de ley y, no de la oposición de la consulta y la Carta Política.

En estas condiciones, el cargo no debe prosperar.

2.- En relación con la segunda censura, que soporta sobre la base de que el juzgador de segundo grado incurrió en error de hecho por falta de apreciación de algunas pruebas y por indebida apreciación de otras; sin embargo, en opinión del Ministerio Público, el cargo planteado no puede tener éxito porque ni formal ni materialmente le asiste razón al demandante.

Luego de recordar las diversas formas en que se puede impugnar una sentencia al amparo de la causal primera de casación, sostiene que el recurrente en este caso no cumplió los presupuestos técnicos y, en cambio, se dedicó a efectuar su propio análisis probatorio para oponerlo al del Tribunal, olvidando que la casación no está instituida para adelantar un nuevo debate probatorio, sino para verificar y corregir la existencia de yerros en la aplicación de la ley, a instancia del sujeto procesal que resulte perjudicado con el fallo de segunda instancia que llega protegido por la presunción de acierto y legalidad.

Al margen de las falencias técnicas, precisa el Ministerio Público que el Tribunal de Cundinamarca, que pese a que no mencionó puntualmente los apartes de las indagatorias que cita el demandante, si valoró adecuadamente el caudal probatorio en su conjunto de conformidad con las reglas de la sana crítica. Esclarecido el aspecto objetivo del delito, el Tribunal descartó que RAFAEL ALBARRACÍN hubiera actuado inculpablemente por haber incurrido en error de tipo. Al respecto analizó la manera como, a través de la interceptación telefónica, se pudo establecer que en la media noche del 13 de septiembre de 1996, en el peaje Albarracín, RAFAEL se reuniría con EULISES, razón por la que se dispuso el operativo policial que culminó con su captura momentos después que le entregara un paquete que contenía parte de la sustancia alucinógena incautada, encontrando el resto de la droga camuflada dentro de la carga de plátano que era transportada en el camión que conducía ALBARRACÍN.

Advierte, que luego de explicar el valor probatorio otorgado al informe de policía corroborado por los testimonios de los agentes investigadores que participaron en el rastreo electrónico de las llamadas telefónicas que condujeron a la captura en flagrancia de los implicados; al testimonio del oficial Fabio Alexander Rojas García y otros, quienes informan la manera como se produjo la aprehensión y, a los fonogramas contentivos de las llamadas telefónicas, todo ello realizado dentro del marco legal.

Tras transcribir apartes pertinentes de la sentencia de segunda instancia, señala que el demandante no desvirtuó esa inferencia lógica y simplemente se limitó a presentar otro punto de vista, a partir de la credibilidad que le merecieron las explicaciones ofrecidas por su cliente y las otras personas involucradas en estos hechos.

Finaliza la Delegada señalando que la conclusión del fallador debe conservar su legitimidad, en tanto ella se muestra congruente con las leyes de la ciencia, los principios de la lógica y las reglas de la experiencia y el sentido común.

Por lo anterior, precisa que el cargo no puede prosperar y solicita a la Corte no casar la sentencia acusada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

No se remite a dudas el fracaso de la demanda para socavar la sentencia impugnada, pues aparte de las fallas de técnica casacional que anota el Ministerio Público, se advierte la falta de razón en todos los cargos, como con acierto lo resalta la Procuraduría Delegada.

1.- Cargo Primero, causal tercera nulidad por falta de competencia del juzgador de segunda instancia.

En lo atinente al cargo primero, el reparo es insostenible, pues la causal tercera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal vigente para la época de los hechos, no es ajena al cumplimiento de las exigencias propias de la impugnación extraordinaria referidos a la formulación del cargo y su desarrollo, postura que ha sido concebida por la Sala en su función de magisterio al señalar, que es requisito ineludible para que pueda declararse la nulidad del proceso, que el demandante determine con claridad y precisión los motivos de invalidación, esto es, si se deriva de la falta de competencia, del menoscabo del debido proceso o del derecho de defensa y, simultáneamente, concretar

de manera lógica sus fundamentos, indicar el momento procesal a partir del cual se presenta el error enervante y la invocación de las causales descritas en el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal vigente para la fecha de los hechos (hoy 306 Ley 600 de 2000), en que apoya la postulación del cargo. Parejamente a la demostración de la trascendencia, debe acreditar que la conducta del recurrente no contribuyó a la producción del acto irregular, (salvo que se trate de ausencia de defensa técnica), ni que por una actuación posterior se convalidó aquella, según los numerales 2°, 3° y 4° del artículo 308 ibídem anterior, (hoy artículo 310 Ley 600 de 2000) o que sea evidente la violación de los derechos fundamentales.

De la lectura del cargo se desprende a primera vista, que el recurrente no realizó ningún esfuerzo dialéctico para demostrar la trascendencia de la irregularidad denunciada, pues tan sólo centra su protesta en la vulneración al debido proceso por falta de competencia de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, porque a su juicio, debió aplicar la excepción de inconstitucionalidad sobre el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal del decreto 2700 de 1991 vigente para la fecha del pronunciamiento, reformado, parcialmente, por el artículo 35 de la ley 504 de 1999.

Sin embargo, adviértase, que cuando se ordenó por parte del a-quo cumplir el grado jurisdiccional de consulta, dada la decisión absolutoria adoptada en la sentencia de instancia y, cuando la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, el 12 de diciembre de 2000, abordó el estudio del proceso para concluir en la idoneidad del conjunto probatorio para suplir las exigencias del entonces vigente artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, tenía plena competencia para hacerlo, teniendo en cuenta que ella se derivaba de la figura jurídica del grado jurisdiccional de consulta contemplado en el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal.

En efecto, el mencionado artículo del Decreto 2700 de 1991, preceptuaba: “En los

delitos de conocimiento de los fiscales y jueces regionales son consultables cuando no se interponga recurso alguno, la providencia mediante la cual se ordena la cesación de procedimiento, la preclusión de la investigación, la providencia que ordena la devolución a particulares de bienes del imputado o sindicado presuntamente provenientes de la ejecución del hecho punible o que sean objeto material del mismo y las sentencias que no sean anticipadas.” Redacción gramatical que fue modificada, parcialmente, por el inciso 3° del artículo 35 de la ley 504 de 1999 en el sentido de sustituir la expresión “Juez Regional” por “Juez Penal del Circuito Especializados”, que a la postre fue declarado exequible por la Corte Constitucional¹

Pero, previo a esta decisión, la Corte Constitucional se había pronunciado sobre la constitucionalidad del artículo 206 del decreto 2700 de 1991 con igual resultado, es decir, lo encontró ajustado a la Carta Política, razón por la cual lo declaró su exequibilidad.²

Posteriormente, a instancia de un ciudadano demandante, se pronunció la Corte Constitucional, sobre la exequibilidad del artículo 206 modificado por la ley 81 de 1993, en los siguientes términos:

“El artículo 206 del Decreto 2700 de 1991, fue objeto de demanda de inconstitucionalidad que fue resuelta mediante sentencia C-150 de abril 22 de 1993. (M.P. Dr. Fabio Morón Díaz). En esa oportunidad la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del mencionado artículo. No obstante lo anterior, la norma en comento fue posteriormente modificada por la ley 81 del 2 de noviembre de 1993. Aunque la reforma introducida por la nueva ley no es una reforma total del artículo, considera la Corte que en respeto de la unidad conceptual expresada en norma reformada, ella debe ser, de nuevo, íntegramente (sic) examinada por esta Corporación, sin que pueda aplicarse la cosa juzgada constitucional en el presente caso.”

“El artículo 206, en su redacción original contenida en el Decreto 2700 de 1991, decía lo siguiente”:

“ARTICULO 206. Providencias Consultables. En los delitos de conocimiento de los fiscales y jueces regionales, son consultables cuando no se interponga recurso alguno, el auto de cesación de procedimiento, el auto de preclusión de la investigación, la providencia que ordena la devolución a particulares de bienes presuntamente provenientes de la ejecución del hecho punible o que sean objeto material del mismo y las sentencias. También son consultables las sentencias absolutorias proferidas por cualquier juez cuando no haya habido parte civil reconocida dentro del proceso.”

“El nuevo texto del artículo, en el cual se subrayan las reformas introducidas por la ley 81 de 1993, reza de la siguiente manera:”

“Artículo 206. Providencias consultables. En los delitos de conocimiento de los fiscales y jueces regionales, son consultables cuando no se interponga recurso alguno, la providencia mediante la cual se ordena la cesación de procedimiento, la preclusión de la investigación, la providencia que ordena la devolución a particulares de bienes del imputado o sindicado presuntamente provenientes de la ejecución del hecho punible o que sea objeto material del mismo y las sentencias que no sean anticipadas.”(subrayado fuera del texto)”

“Así, las reformas introducidas se reducen a lo siguiente”:

“- La palabra “auto” fue remplazada por la palabra “providencia”.

“- Se añadió la expresión “del imputado o sindicado”, para referirse a los bienes cuya devolución puede ser ordenada mediante providencia consultable.”

“- De igual manera, se añadió la expresión “que no sean anticipadas”, para referirse

a las sentencias consultables.”

“- Finalmente, se suprimió la frase “También son consultables las sentencias absolutorias proferidas por cualquier juez cuando no haya habido parte civil reconocida dentro del proceso.”

“En cuanto al significado o relevancia de las anteriores modificaciones, puede advertirse que la primera de ellas no tiene un alcance significativo, por cuanto el término “providencia”, en materia procedimental, es un término genérico que abarca el concepto de “auto”. En relación con la inclusión de la expresión del “imputado o sindicado”, ello significa que se restringe por este concepto la posibilidad de consulta de providencias que ordenan la devolución de bienes, limitándola a los casos en tales bienes son del imputado. Y finalmente, las dos últimas modificaciones reseñadas se traducen en que en lo sucesivo sólo las sentencias proferidas por jueces regionales que no sea anticipadas serán consultables. De esta manera, aunque, como se dijo, la reforma no implica una variación de fondo de la regulación legal, sí limita el alcance de su aplicación, el cual ahora es más restringido puesto que varias providencias que eran consultables, ya no lo son. Por ello estima esta corporación que no es dable la aplicación del fenómeno de la cosa juzgada.”

“En relación con la norma original, tal y como fue incluida en el decreto 2700 de 1991, esta Corte en la aludida sentencia C-150 de 1993, sentó la siguiente jurisprudencia:”

“Estas consideraciones comprenden igualmente lo dispuesto por el artículo 206 del C. P. P. acusado, que establece el catálogo de las providencias consultables obligatoriamente en los delitos de conocimiento de los fiscales y jueces regionales; en efecto, este último artículo establece que son consultables obligatoriamente, siempre y cuando no se interponga recurso alguno en los procesos por dichos delitos, las

providencias que ordenan la cesación de procedimiento, la preclusión de la investigación, la devolución de bienes presuntamente provenientes de la ejecución del hecho punible, o el objeto material del mismo y las sentencias. Se trata de distinciones propias del procedimiento penal ante determinado tipo de delitos, que exigen mayor celo y cuidado del Estado, y que impone controles dentro de la Rama Judicial, para efectos de que ésta no sucumba ante la amenaza y la agresión probables y los cuales la experiencia ha destacado como de alto riesgo.”(Subrayado en el original) (M.P.Dr. Fabio Morón Díaz)”

“Ahora bien, el primer cargo esgrimido por el demandante aduce que la norma vulnera el principio de igualdad, dado que las mismas providencias indicadas en ella no resultan consultables cuando el juez que conoce la causa no es un juez regional.”

“Al respecto resulta pertinente reiterar la jurisprudencia sentada en el párrafo precedentemente transcrito (sic) de la sentencia C-150 de 1993, y también en otras varias en idéntico sentido, como por ejemplo la contenida en la sentencia C-212 de 1994, en donde se dijo:”

“No se viola el principio de igualdad cuando a hipótesis jurídicas distintas se señalan consecuencias diversas. Si se aceptara la tesis del demandante, no podría la ley efectuar ninguna categorización normativa por cuanto, al fin y al cabo, en uso de la discrecionalidad que le corresponde, debe apelar a cuantías, términos, características, calidades, requisitos y otras formas de clasificación de situaciones, con el objeto de dar a cada una de éstas un determinado trato. Es de su competencia hacerlo mientras no vulnere la Constitución.”(M.P.Dr. José Gregorio Hernández Galindo)”

“Evidentemente, los delitos que son de conocimiento de la jurisdicción regional, son distintos de otros tipos penales, lo cual , de por sí, amerita un tratamiento legal diferente en cuanto al procedimiento a seguir para su investigación y juzgamiento.”

“En relación con la especial naturaleza de los delitos que son juzgados por la justicia

regional, resulta pertinente recordar el origen de esta jurisdicción especial, y las razones que condujeron al legislador a adoptar una política criminal particular frente a ellos. Al respecto dijo la Corte:

“Los juzgados de orden público fueron creados mediante el Decreto Legislativo 1631 de 1987, uno de cuyos objetivos consistió en fortalecer los mecanismos jurisdiccionales del Estado instituidos para la efectiva y pronta investigación y sanción de los delitos.”

“Desde el momento en el cual entró a regir el nuevo Código de Procedimiento Penal, la jurisdicción de orden público se integró a la jurisdicción ordinaria y los jueces de orden público pasaron a denominarse jueces regionales, mientras que el antiguo Tribunal Superior de Orden Público se convirtió en el Tribunal Nacional por expresa disposición del artículo transitorio 5º del Código. La competencia de tales despachos no se modificó y se estableció que proseguirían conociendo “de los mismos hechos punibles que han venido conociendo hasta ahora, de acuerdo con los decretos que no impruebe la Comisión Especial para convertir normas expedidas en ejercicio de facultades de Estado de Sitio en legislación permanente”.

“Tales delitos que, como se observa, quedan sujetos al conocimiento de una jurisdicción especial y a trámites y procedimientos también especiales, son aquellos que mayor conmoción y más graves traumatismos han causado al orden público y a la convivencia social: terrorismo, narcotráfico, secuestros, extorsiones y homicidio de jueces y altos funcionarios, entre otros.”

“No es menester que la Corte se extienda en la descripción detallada de los inauditos procedimientos usados por la delincuencia organizada para obstruir la acción de la justicia y para amedrentar a investigadores y jueces no menos que a los eventuales testigos de su actividad ilícita. A nadie escapa el alto grado de intimidación y

destrucción a que se ha llegado, la magnitud de los actos criminales cometidos y la constante amenaza que el terrorismo representa para la vida e integridad de los asociados, para la pacífica convivencia y para los bienes públicos y privados, particularmente cuando recae sobre quienes tienen a su cargo la función judicial, que se ha visto entorpecida, acallada y chantajeada por la violencia.” Sentencia C-053 de 1993. (M.P. Doctor José Gregorio Hernández Galindo.)”

“Luego por lo que toca con la violación del derecho a la igualdad, una vez aclarada la distinta categoría de delitos que compete juzgar a la justicia regional, la acusación de inconstitucionalidad de la norma bajo examen será nuevamente considerada improcedente.”

“Sostiene también la demanda que la norma acusada lesiona la presunción constitucional de inocencia contenida en el artículo 29 de la Carta, pues permite que una persona declarada inocente permanezca detenida mientras se surte la consulta. Así, manifiesta el actor: “No es posible que a una persona que ha sido declarada absuelta por sentencia judicial y que se encuentre detenida se le siga manteniendo privada de su libertad mientras se surte la CONSULTA, porque esto implica no la privación de la libertad del PRESUNTO INOCENTE SINO DEL INOCENTE MISMO.” (Mayúsculas del actor)”

“Al respecto, estima esta Corporación que el demandante parte de un supuesto equivocado: en efecto, la persona no ha sido “declarada inocente”, puesto que la sentencia absolutoria, por no haber sido aún consultada, no ha hecho tránsito a cosa juzgada, y en este orden de ideas no es todavía una sentencia en firme, luego no ha declarado ninguna inocencia. Sobre el sindicado pesan aun graves indicios de responsabilidad con base en los cuales se decretan las medidas de aseguramiento.”

“Así las cosas, por este concepto tampoco encuentra la Corte motivo de inconstitucionalidad (sic).”

“Con un último argumento, ataca el demandante la norma impugnada manifestando que el artículo 31 de la Carta establece que es facultativo para el juez consultar o no consultar la sentencia, toda vez que el verbo rector de la frase constitucional es el verbo “poder”. En efecto la norma del artículo 31 a su tenor literal expresa: “Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.”

“No obstante que la lectura literal del artículo puede llevar a la interpretación que de él hace el demandante, la naturaleza propia de la consulta como segundo grado de jurisdicción, conduce a descartar tal conclusión. En efecto, la razón de ser de esta figura procesal estriba en el interés especial que en ciertos casos asiste al legislador de evitar errores judiciales. En materia procedimental penal dicho interés es aún más trascendente, toda vez que los errores judiciales pueden llevar a causar gravísimos perjuicios a personas inocentes. La consulta, al permitir que el superior jerárquico revise la decisión del juez de primera instancia para confirmarla o modificarla, en todo o en parte, se erige así como una garantía jurídica tanto para el sindicado como para el Estado, así como para todas las demás personas que intervienen en el proceso. Por garantizar los derechos de todos los anteriores, y no sólo del sindicado, su trámite es obligatorio y no es potestativo del juez decidir si le da curso o no. En los casos en que resulta procedente, tanto el a-quo como el ad-quem deben tramitarla. Lo anterior, por supuesto, debe entenderse dentro del contexto del carácter subsidiario de este grado de jurisdicción; es decir, la consulta debe surtirse cuando los titulares del recurso de apelación no han hecho uso de él. En el caso contrario, esto es cuando han interpuesto tal recurso, se cumple por esta vía con la misma finalidad de la consulta, por lo cual su trámite pierde su razón de ser.”

“Así las cosas, la naturaleza propia de esta figura procesal, conduce a considerar como improcedente este cargo de violación constitucional.”³

Finalmente, el artículo 203 de la ley 600 de 2000 que consagraba la consulta, fue

declarado inexecutable por la Corte Constitucional⁴, pronunciamiento emitido con posterioridad a la decisión de segunda instancia, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca.

Por lo anterior forzosamente debe arribarse a cuatro conclusiones: la primera, que el grado jurisdiccional de consulta se encontraba vigente para las fechas en que se profirieron las sentencias de instancia, razón por la cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, tenía plena competencia para decidir sin limitaciones sobre la providencia objeto de la consulta; la segunda, que habiéndose declarado executable el precepto que obligaba al juzgador de instancia ordenar el grado jurisdiccional de la consulta, el funcionario judicial bajo los parámetros del artículo 230 de la Carta Política debía cumplir los mandatos legales; tercera, que resultaba un imposible jurídico no aplicar el precepto al amparo del artículo 4° de la Carta Política, por excepción de inconstitucionalidad, porque la Corte Constitucional ya se había pronunciado en varias oportunidades en torno a la legalidad de la disposición, circunstancia que la hacía inamovible en el ordenamiento jurídico interno, pues en términos del artículo 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, las sentencias dictadas en ejercicio del control de constitucionalidad son de obligatorio cumplimiento y con efectos erga omnes; y, cuarta, es cierto la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 203 de la ley 600 de 2000 que consagraba el grado jurisdiccional de la consulta, también es verdad que la inexecutableidad del precepto se afianzó sobre aspectos formales, que no fueron observados en las discusiones llevadas a cabo en el Congreso de la República.

No podría pretenderse, entonces, que la Corte declare la nulidad de la sentencia de segunda instancia, pues para la época en que la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, profirió el fallo cuestionado, tenía plena competencia para ello y, hoy, se encuentra plenamente consolidada, no siendo aplicable, en este caso, el principio de favorabilidad con ocasión a su posterior inexecutableidad de la figura jurídica.

En consecuencia, el cargo no prospera.

2.- Segundo cargo, violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho de las conversaciones telefónicas interceptadas, las indagatorias de EULISES SÁNCHEZ, RAFAEL ALBARRACÍN ROJAS y ORLANDO ALBARRACÍN ROJAS

Como con acierto lo destaca el Ministerio Público, son innumerables las deficiencias de orden técnico que presenta la demanda con la que se sustenta el recurso extraordinario de casación, que impiden la vocación de éxito de la censura, a lo que se suma, la falta de razón en las argumentaciones expuestas por el demandante.

En efecto, tratándose de violación indirecta de la ley sustancial, la pretensión del actor debe orientarse a demostrar de qué manera los errores en la evaluación de las pruebas tuvieron trascendencia en la decisión adoptada, a tal punto que de no haberse incurrido en tales yerros sería otra la decisión y, como el censor estriba el cargo sobre el falso juicio de existencia, es pertinente recordar que este sentido de violación se presenta cuando el juzgador ignora, desconoce u omite la valoración de una prueba que obra de manera objetiva en el expediente (falta de apreciación de la prueba) o cuando supone o imagina un medio de convicción que no obra en el proceso, es decir, cuando reconoce como probado un hecho carente de demostración (falsa apreciación de la prueba).⁵

Bajo tales parámetros, es evidente, que no le asiste razón al recurrente cuando acusa al Tribunal de haber incurrido en falso juicio de existencia, al desconocer las conversaciones telefónicas interceptadas y las indagatorias de EULISES SÁNCHEZ, RAFAEL ALBARRACÍN ROJAS y ORLANDO ALBARRACÍN ROJAS, pues si bien es cierto el Tribunal no hizo mención expresa a los apartes de los medios de convicción referidos por el actor, también es verdad que la valoración efectuada por el ad-quem se hizo en conjunto y con sujeción a las reglas de la sana crítica, pues, en primer lugar y respecto de la conversación telefónica, la acreditó el Tribunal como actos preparatorios que

concibió en los siguientes términos: “contiene la concertación de la ilicitud, en aspectos como el lugar, fecha, hora, vehículos señales que se harían con una linterna, sitio donde se ubicarían, todo lo cual se concretó en la llamada que hizo Rafael a Eulises cuando ya venían por el camino”⁶

Otro tanto hizo en relación con los restantes medios probatorios, entre ellos, la indagatoria de RAFAEL ALBARRACÍN de la que refiere que no puede ser de recibo el argumento del procesado por considerarlo contradictorio, por cuanto en la primera indagatoria no suministró los datos de los estibadores o coterros, para posteriormente, en la segunda presentación, suministrar unos datos de la supuesta persona que cargó la sustancia, más si se tiene en cuenta que “pasó al conductor de la Camioneta un paquete que contenía una muestra”;⁷

Adviértase, entonces, cómo el Tribunal hace referencia al conjunto probatorio, sin que sea de rigor o se erija como yerro susceptible de reprocharse al amparo del error de hecho por falso juicio de existencia la falta de mención de cada una de las pruebas allegadas, pues no es suficiente que el funcionario judicial omita hacer referencia expresa a determinadas pruebas para predicar el éxito de la censura, si no que, ligado a ello, debe explicar de manera objetiva las consecuencias que pretendió reconocerle a tales medios de convicción; consideraciones que no se contemplan en el ejercicio argumentativo del censor, el cual se quedó en el enunciado, sin demostrar el compromiso de las mismas en la responsabilidad de RAFAEL ALBARRACÍN ROJAS.

En tales condiciones, la Sala no puede arribar a otra conclusión diferente a la de que el censor no demostró la trascendencia del cargo que reprocha al Tribunal, como tampoco le asiste razón en sus consideraciones de fondo, dado que, lo que se advierte es la descalificación de las inferencias extraídas por el fallador de todo el caudal probatorio, aproximándose de esta manera, en forma equivocada, en error de hecho por falso raciocinio, atendiendo que dicha afirmación constituye el juicio de valor sobreviniente que

realiza de las pruebas y que se presenta cuando en el proceso de evaluación de la prueba se vulneran las reglas aplicables del método de la persuasión racional (lógica, técnica, ciencia), distinto al falso juicio de existencia que por suposición alude el casacionista, que tampoco demostró.

Tal forma de entremezclar la argumentación, por sí sola releva a la Corte de abordar el estudio del cargo, máxime cuando a lo anterior se le adiciona la ausencia de demostración del falso juicio de existencia de las pruebas mencionadas y de indicar en qué medida tales medios probatorios produjeron efectos lesivos para el procesado.

Es palmario, entonces, que la censura se basa en la disparidad de criterio del impugnante con los juzgadores respecto a la valoración probatoria impartida a los medios de convicción incorporados en el plenario, ubicándose el demandante en abierta oposición en relación con la naturaleza del recurso extraordinario, pues tal aspecto no constituye por sí mismo ningún desatino demandable en casación, habida consideración de que dentro del método de la persuasión racional que regenta la apreciación de la prueba, prevalece el criterio expuesto por el juzgador, dado que, la sentencia está privilegiada por la doble presunción de acierto y legalidad.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Esta decisión queda en firme en el momento de suscribirse por los Magistrados que integran la Sala y contra ella no procede recurso alguno.

Atendidas las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada de fecha, origen y contenido consignados en esta

providencia.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

MARINA PULIDO DE BARÓN

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
TRUJILLO

EDGAR LOMBANA

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 CORTE CONSTITUCIONAL M. P. BARRERA CARBONELL, Antonio. Sentencia C-392 de abril 6 de 2000.

2 CORTE CONSTITUCIONAL M. P. Dr. MORÓN DÍAZ, Fabio. Sentencia, 150 de abril 22 de 1993

3 CORTE CONSTITUCIONAL M. P. Dr. NARANJO MESA, Vladimiro, Sentencia C-449 de 1999

4 CORTE CONSTITUCIONAL MM. PP. MONROY CABRA, Marco G. y CEPEDA ESPINOSA, Manuel J. Sentencia C-760 julio 18 de 2001

5 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA M. P. Dr. PÉREZ PINZÓN, Álvaro O. Auto 14535 Nov. 30 de

1999

6 SALA PENA TRIBUNAL SUPERIOR. Sentencia 2ª Instancia, diciembre 12 de 2000 página 12.

7 Ibídem.