

Proceso No 26913

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Aprobado Acta No. 88

Magistrado Ponente:

Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA

Bogotá, D. C., seis de junio de dos mil siete.

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de Jorge Heberto Martínez Oquendo contra la sentencia dictada el 29 de junio de 2006 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, por el delito de tráfico de estupefacientes, gravado de conformidad con lo previsto en el artículo 384.3 ejusdem, por tratarse de cocaína en cantidad superior a cinco (5) kilos.

Hechos.

El 22 de marzo de 2003, alrededor de las 2:30 horas de la mañana, en la carretera que comunica a Buga y Riofrío, agentes de la Unidad Móvil de la Policía Judicial de Carreteras del Valle que se hallaban en un puesto de control, detuvieron y registraron el vehículo automóvil de placas VMJ979, en el que se movilizaban Alexander Calderón Narváez (conductor), Blanca Cecilia Alvarez Cortés (acompañante del conductor) y Jorge Heberto Martínez Oquendo (pasajero), hallando en su interior 14 paquetes contentivos al parecer de base de cocaína, camuflados de la siguiente manera: cuatro (4) paquetes en la interior de la puerta delantera derecha, dos (2) paquetes en el compartimiento del aire frente a la palanca de

cambios, un (1) paquete debajo del timón donde se halla el sistema eléctrico del encendido, y siete (7) paquetes en el interior de la llanta de repuesto<sup>1</sup>. La sustancia tenía un peso bruto aproximado de 7500 gramos.

El mismo día (marzo 22), la Policía de Carreteras hizo entrega de la sustancia a la Unidad de Reacción Inmediata de la Fiscalía de Buga y dejó a su disposición los detenidos y el vehículo. El Fiscal de turno requirió la presencia del técnico Víctor Hugo Márquez Alarcón para la realización de la diligencia de identificación preliminar, toma de muestras y destrucción de la sustancia, pero debido a la ausencia del representante del Ministerio Público decidió posponerla. Con el fin verificar el peso y la naturaleza de la sustancia de la cual hacía entrega la Policía de Carreteras, el técnico pesó los paquetes y tomó muestras al azar de dos de ellos para prueba de campo, obteniendo los siguientes resultados: Peso total: 7650 gramos. Naturaleza: positivo para cocaína y sus derivados<sup>2</sup>.

La diligencia de identificación preliminar, pesaje y toma de muestras se cumplió el 25 de marzo. En esta oportunidad, las muestras tomadas a los paquetes 2, 10 y 13 arrojaron resultado positivo para cocaína y las tomadas a los 11 restantes negativo. Estos resultados fueron confirmados por los laboratorios especializados, donde se estableció que los últimos contenían almidón. Los paquetes que dieron resultado positivo tenían peso neto de 549 gramos, 511 gramos y 506 gramos, respectivamente, para un total de 1566 gramos<sup>3</sup>.

A través de estudios técnicos comparativos de los registros fotográficos y fílmicos de la Policía de Carreteras, y de los testimonios de las personas que intervinieron en la incautación de la droga y la entrega de la misma en la Unidad de Reacción Inmediata de la Fiscalía el día de los hechos, se estableció que once paquetes (los que arrojaron resultado negativo), no correspondían a los originalmente incautados<sup>4</sup>.

Actuación procesal relevante.

1. La Fiscalía vinculó al proceso mediante indagatoria a Jorge Heberto Martínez Oquendo, Alexánder Calderón Narváez y Blanca Cecilia Alvarez Cortés, y mediante decisión de 25 de agosto de 2003 calificó el merito del sumario con resolución de acusación para los primeros por el delito de tráfico de estupefacientes, agravado de conformidad con lo previsto en el artículo 384.3 del Código Penal, por tratarse de cocaína en cantidad superior a 5 kilos, y preclusión de la investigación para la última. La Fiscalía Delegada ante el Tribunal confirmó la acusación mediante resolución de 2 de octubre de 2003.

2. Rituada la causa, el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Buga condenó a Jorge Heberto Martínez Oquendo y Alexánder Calderón Narváez a la pena principal de 192 meses de prisión y multa de 2000 salarios mínimos legales mensuales, e interdicción de derechos y funciones públicas durante 200 meses, como coautores responsables del delito imputado en la acusación. En decisión de segunda instancia, tomada en virtud de la apelación interpuesta por la defensa, el Tribunal confirmó la condena del primero y absolvió al segundo<sup>6</sup>. Contra la decisión confirmatoria, el defensor de Martínez Oquendo recurre en casación.

La demanda.

Tres cargos, uno por nulidad al amparo de la causal tercera de casación del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal (ley 600 de 2000), y dos por infracción directa e indirecta de la ley sustancial, al amparo de la causal primera, presenta el actor contra la sentencia impugnada.

Cargo primero: Nulidad por falta de competencia del Juez que conoció del proceso. Sostiene que los juzgadores dejaron de aplicar los artículos 73 y 77 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 29 de la Constitución Nacional, que establece que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistente al acto que se le imputa,

ante juez o tribunal competente, y con observancia de la plenitud de las formas propias del juicio.

Argumenta que en el caso que motiva el recurso “con la certeza de los 1566 gramos de base de cocaína incautados, la competencia en el juzgamiento corresponde a los jueces del circuito en lo penal”, pero que el procesado fue juzgado por un juez especializado, carente de competencia, “todo por la presunción infundada de la existencia de 7500 gramos de cocaína”. Y agrega:

“La incidencia del vicio de nulidad en el proceso es tal que la presunción antes establecida, llevó a mi defendido a ser juzgado por un juez que no es competente y a asumir penas mayores a las consagradas para la realidad penal que estaba viviendo, cual es la certeza de 1566 gramos de cocaína base, hecho que mi defendido puso de manifiesto y dejó plenamente claro cuando no se acogió a beneficio de sentencia anticipada por cuanto los cargos formulados por la Fiscalía no reflejaban el resultado de la experticia legal”.

Pide a la Corte casar la sentencia impugnada y declarar nula la actuación procesal a partir del cierre de la investigación.

Cargo Segundo: Violación “directa e indirecta” de la ley sustancial por errores en la apreciación de las pruebas, en cuanto los falladores de primera y segunda instancia se basan en la circunstancia de tener por establecido que la calidad y cantidad de la sustancia incautada corresponde a cocaína base con un peso de 7500 gramos, desconociendo la prueba pericial que estableció que la cantidad ascendía a 1566 gramos, correspondientes a los paquetes dos (2), diez (10) y trece(13).

El error derivó de tener como sustancia alucinógena la cantidad que contenían los otros once (11) paquetes, de los catorce (14) incautados, variando con ello no solo la competencia, que en la instrucción debía recaer en un Fiscal Delegado ante los Juzgados

Penales del Circuito, y en el juicio en un Juez de la misma categoría.

El Tribunal también incurrió en error al tener por fundamento las consideraciones del Juez, y dar por sentado que se cumplían las condiciones previstas en el artículo 384.3 del Código Penal, dejando de aplicar el artículo 29 de la Constitución Nacional, y quebrantando a partir de suposiciones el principio de certeza de la prueba, que la ley exige para condenar.

En el proceso ninguna persona desvirtúa el examen practicado por el laboratorio LABIESCI de Buga a la sustancia incautada, suscrito por la doctora NOHORA ZAPATA LOZADA y ratificado por el químico REINALDO GALEANO. Suponer, por tanto, una sustancia distinta a la dictaminada por los expertos y por el laboratorio especializado, “es negar el proceso y traer a él un elemento que no existe cual es once (11) paquetes con sustancia alucinógena distinta al almidón que establece la experticia científica y técnica”.

Por otro lado, es importante hacer énfasis en que en la actuación penal no existe prueba alguna “con nexo causal con mi prohijado que lo vincule con el supuesto ‘cambiao o trastocada’ a que aluden los falladores. Se trata de un error de hecho por falso juicio de identidad porque supone una conexión entre el hecho indicador con el hecho indicado: lo cual constituye un error de hecho porque el ad quem, al formar la decisión impugnada da por sentado el hecho indicador y le da un alcance probatorio que no tiene, otorgándole el valor de plena prueba, estableciendo con ello que todos y cada uno de los paquetes son cocaína base y presumiendo un promedio en gramos que no tiene ningún fundamento”.

Es por ello que la sentencia dictada contra el procesado “se debe casar, para en su lugar absolverlo de los cargos imputados y por los que fue condenado, pues se edificó su responsabilidad en un delito carente de la agravante que se le inculcó, para proferirle una sentencia acorde a la cantidad de 1566 gramos de base de cocaína a que aluden

los paquetes dos (2), diez (10) y trece (13).

Cargo tercero: Violación indirecta de la ley por aplicación indebida, como quiera que no se demostró en el proceso en forma plena e indiscutible la responsabilidad del procesado sobre la calidad y cantidad de la sustancia incautada, existiendo en el informativo, por el contrario, pruebas que la desvirtúan.

Afirma que el principio de presunción de inocencia empieza a desvirtuarse desde cuando surgen en contra del imputado elementos de juicio que comprometen su responsabilidad, y se completa con la certeza de los hechos investigados y de la participación del implicado en ellos. Para condenar, por tanto, se requiere certeza no solo del hecho, sino de la intervención del sujeto, como lo ordena el artículo 232 del C. de P. P., allanándose así el camino para la consagración del in dubio pro reo, que es precisamente la imposibilidad de plena certeza a la hora de dictar sentencia.

En el proceso se tiene plenamente establecido que tres paquetes arrojaron positivo para base de cocaína, en cantidad de 1566 gramos. Esto es lo único cierto y no admite discusión. También se tiene establecido que el resto de los paquetes no corresponden a sustancias prohibidas. Si se presume, por un momento, el supuesto cambiao de que hablan los juzgadores, entonces surge la pregunta ¿Qué nexo causal permite a los juzgadores atribuir a JORGE HEBERTO MARTINEZ OQUENDO dicho cambio, estando establecido que desde su captura la sustancia quedó al cuidado de los policías que conocieron del caso y después de los funcionarios judiciales?.

Técnicamente, en la actuación no está demostrado el cambiao, siendo un supuesto o presunción, carente de todo sustento real y legal. La aplicación indebida, por tanto, surge de los artículos 376.3 y 384 del Código Penal por cuanto al primero se le da una connotación agravante que no existe, y suponiendo que se presentó el cambio, no puede atribuirse certeramente al procesado.

El error del Tribunal consistió en confirmar una sentencia sin que existiera certeza probatoria para condenar, en franco desconocimiento del principio fundamental que exige plena prueba del delito y de la responsabilidad, violando la ley sustancial por indebida aplicación de los artículos 9° y 384 del Código Penal, 29 de la Constitución y 233 del Código de Procedimiento, toda vez que al presunto cambiazo se le dio plena entidad con capacidad 'legal' para incidir con 'certeza' en la condena proferida. Por último, sostiene:

“La presunción de que parte tanto el Juez para proferir sentencia condenatoria, como el Honorable Tribunal para ratificarla no es un medio de prueba, según lo establece el artículo 233 del estatuto procedimental penal; en cambio la inspección y la peritación que sí lo son, fueron relevados como tales al no dársele plena aplicación”.

Sustentado en estas consideraciones, pide a la Corte casar la sentencia y dosificar la pena “con fundamento en la certeza existente de los 1566 gramos de cocaína base”.

#### SE CONSIDERA:

El artículo 212 del estatuto procesal penal (ley 600 de 2000), al señalar los requisitos de fundamentación mínimos que debe contener la demanda de casación, relaciona, en su numeral 3°, la necesidad de que el actor enuncie la causal de casación que sirve de fundamento a la pretensión casacional, indique en concreto el cargo que presenta contra la sentencia impugnada, y consigne en forma clara y precisa los fundamentos fácticos, probatorios o jurídicos que sustentan la solicitud de infirmación del fallo.

Cuando lo planteado es un error in procedendo o de actividad, la censura debe presentarse dentro del ámbito de la causal tercera, y su demostración deberá comprender, cuando menos, los siguientes desarrollos: (i) señalamiento de la irregularidad, (ii) indicación del derecho o principio violado (juez natural, debido proceso o derecho de defensa), (iii) demostración de que la informalidad denunciada

afectó las garantías de los sujetos procesales o las bases fundamentales de la instrucción o juzgamiento, y (iv) determinación de la cobertura del vicio.

Y si lo propuesto es un error in iudicando o de juicio, por errores en la apreciación de la prueba (violación indirecta), su demostración implicará precisar los siguientes aspectos: (i) el error en el cual incurrió el juzgador (si de hecho por falso juicio de existencia, falso juicio de identidad o falso raciocinio, o de derecho por falso juicio de legalidad o falso juicio de convicción), (ii) la prueba sobre la cual recayó el error, (iii) su demostración, y (iv) la trascendencia del error en las conclusiones probatorias de los fallos.

En tratándose de nulidad por incompetencia, puede suceder que el error provenga de la violación inmediata de una norma de derecho procesal que asigna el conocimiento del asunto a un funcionario distinto, como cuando un caso por secuestro extorsivo, cuya tipicidad no se discute, es fallado por un Juez Penal Municipal. Pero también puede ocurrir que se origine en un error de apreciación probatoria, como cuando se omite tener en cuenta un registro civil de nacimiento que demuestra que el procesado es menor de 18 años; o cuando se desconocen las pruebas que establecen que la cuantía en un delito contra el patrimonio económico es distinta de la que los falladores declararon probada; o las que indican que la cantidad de sustancia en un delito de narcotráfico es diferente de la que registran los fallos.

En el primer supuesto (cuando la violación de la norma procesal que fija la competencia es inmediata), la demostración del vicio no requiere mayores desarrollos, en cuanto bastará dar a conocer el delito por el cual se procede y los contenidos de la norma que establece la competencia para conocer de ese delito, para que el ataque sea completo. Pero cuando se origina en la apreciación de la prueba, es deber del casacionista demostrar el error de apreciación probatoria cometido, como si se tratara de un ataque por violación indirecta de la ley, es decir, con señalamiento de los errores

de hecho o de derecho que llevaron al juzgador a la conclusión equivocada.

En el caso que se estudia, el actor plantea nulidad por incompetencia del juez que conoció del asunto, con el argumento de que la cantidad de cocaína incautada ascendía a 1566 kilogramos, y que las normas de competencia asignan el conocimiento de esta clase de asuntos a los Jueces Penales del Circuito, no a los Especializados, que solo conocen cuando la cantidad es superior a cinco (5) kilogramos.

El cargo, así propuesto, sería completo si los juzgadores, en la sentencia impugnada, hubieran aceptado la premisa a partir de la cual el casacionista construye el cargo: que la cantidad de sustancia ascendía a 1566 gramos. Pero la sentencia no se sustentó en este supuesto, sino en la premisa de que pesaba 7500 gramos, pues estimó, a partir de analizar la forma como la sustancia se hallaba camuflada dentro del vehículo, las manifestaciones de los policías que intervinieron en su incautación, los registros fílmicos y algunas peritaciones realizadas, que la sustancia había sido cambiada en buena parte, y que toda correspondía a cocaína base.

Frente a estas conclusiones fácticas de los fallos de instancia, el censor no tenía alternativa distinta de demostrar que las argumentaciones en que se apoyaban estas conclusiones eran equivocadas, lo cual, implicaba no solo referirse a ellas, sino precisar y demostrar el error de apreciación probatoria cometido (si de hecho por falso juicio de existencia, identidad o falso raciocinio; o de derecho por falso juicio de legalidad o convicción), para después sí, a partir de la demostración de la equivocación en el proceso de construcción de la premisa fáctica, desembocar en la afirmación de la incompetencia.

Este ejercicio argumentativo no lo realiza el actor. En el primer cargo, donde plantea la nulidad propiamente dicha, se limita a sostener que en el proceso solo existe certeza de la incautación de 1566 gramos, sin entrar en ningún otro tipo de consideraciones. Y en el

segundo, que podría tenerse como complemento del primero, se limita a sostener que los juzgadores debieron tener en cuenta el peso de los paquetes que arrojaron resultado positivo para cocaína base, por ser lo único cierto en el proceso, sin desarrollar el ataque, pues aunque sostiene que el Tribunal incurrió en un error al tener por fundamento de sus conclusiones sobre la cantidad de cocaína, los razonamientos del Juez, no dice cuáles fueron dichos razonamientos, ni demuestra los errores de hecho o de derecho que estos fundamentos contienen.

Buena parte del desarrollo del ataque, lo dedica a sostener que en el proceso no existe prueba alguna que vincule el procesado con el supuesto “cambiao o trastocada” de la sustancia incautada, argumentación que resulta ajena al tema objeto de discusión, porque las sentencias no le atribuyen al procesado la ejecución de esta conducta (el cambio), y porque el hecho de no haber participado en ella, o de no existir prueba que lo involucre en su realización, para nada modifica la realidad fáctica antecedente que originó la investigación y que los fallos declaran probada: que en el vehículo se hallaron camuflados 7500 gramos de cocaína base.

Aparte de esto, el actor, en esta alegación, sostiene que los juzgadores incurrieron en un error de hecho por falso juicio de identidad, al suponer una conexión inexistente entre el hecho indicador y el hecho indicado, planteamiento que no se aviene con la conceptualización del error que se denuncia, por no provenir de la distorsión del contenido material de una determinada prueba, sino con el de raciocinio, que se presenta cuando el juzgador desconoce las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas o en la obtención de inferencias lógicas, y que impone al actor el deber de demostrar su violación, lo cual, en el presente caso, no se intenta.

En el tercer cargo, el casacionista recaba en el mismo tema, al afirmar que técnicamente en la actuación no está demostrado el cambio, y que lo único cierto, que no admite discusión, es que tres paquetes arrojaron resultado positivo para base de cocaína, en

cantidad de 1566 gramos, y el resto resultado negativo para sustancias prohibidas, para concluir, que el cambiaso es un supuesto no demostrado, y que los juzgadores violaron los principios de presunción de inocencia y de certeza probatoria al proferir decisión de condena sin contar con la prueba de la materialidad del delito.

Nuevamente, el actor incurre en el error de negar las conclusiones de los juzgadores de instancia, sin tomarse el trabajo de demostrar lo afirmado, falencia argumentativa que en lógica se denomina petición de principio, que consiste en dar por cierto lo que se debe demostrar, y que en casación conduce necesariamente a la inadmisión del cargo, por ausencia de fundamentación, pues en esta sede, cuando se hace una afirmación contraria a las conclusiones de los fallos, debe demostrarse, en virtud de la presunción de acierto y legalidad que los ampara.

En síntesis, la demanda que se estudia no reúne las exigencias mínimas de forma y contenido requeridas para ser declarada en trámite. Por tanto se la inadmitirá y se ordenará devolver al proceso al Tribunal de origen, en razón de no advertirse violación de garantías fundamentales que la Sala esté en el deber de proteger de manera oficiosa.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE:

Inadmitir la demanda de casación presentada por el defensor de Jorge Heberto Martínez Oquendo.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

ALFREDO GOMEZ QUINTERO

SIGIFREDO        ESPINOSA PEREZ        ALVARO ORLANDO P. PINZON

MARINA        PULIDO        DE BARON        JORGE        L.  
QUINTERO MILANES

YESID        RAMIREZ BASTIDAS        JULIO        E.  
SOCHA SALAMANCA

MAURO        SOLARTE PORTILLA        JAVIER ZAPATA ORTIZ

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria

- 1 Folios 1-2 del cuaderno No.1.
- 2 Folios 49-52 y 53-55 ibídem.
- 3 Folios 25-26 y 224-227 ibídem.
- 4 Folios 56-57, 90, 210-212, 232-270 ibídem.
- 5 Folios 326-340, 358-366 ibídem.
- 6 Folios 41-51 y 96-105 del cuaderno original 2.