

Proceso No 29005

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Aprobado acta N° 119

Bogotá, D. C., quince (15) de mayo de dos mil ocho (2008).

V I S T O S

Se pronuncia la Corte respecto a la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por el defensor de LUZ MARLÉN FAJARDO LETRADO y ALBERTO ORTIZ TORRES.

H E C H O S

El juzgador de segunda instancia los sintetizó de la siguiente manera:

“El 26 de febrero de 1.994 se presentó un ciudadano ante el fiscal regional 10A delegado ante el C.T.I de la ciudad de Bogotá y con fundamento en el artículo 293 de C.P.P. vigente para la época, rindió una declaración con reserva de identidad en la que puso en conocimiento de la justicia las actividades ilícitas de un grupo de personas que se dedicaban al tráfico de estupefacientes, particularmente, al envío de cocaína pura a los Estados Unidos y algunos países de Europa, indicando que el procedimiento para dicho

tráfico comenzaba en laboratorios ubicados en las localidades de La Vega y Fusagasugá (cund.) donde se cristalizaba la droga, la cual era trasladada luego a un inmueble de la ciudad de Bogotá donde se pulverizaba y mezclaba con una sustancia líquida llamada “cauchona” obteniendo dicho proceso una masa plástica con la cual confeccionaban maletas que sacaban del país personas que eran contratadas como “mulas”, o quienes se les enseñaba el procedimiento químico a seguir para recuperar el alcaloide una vez llegaran a su destino en el exterior, pagándoles entre 10 y 15 mil dólares por cada viaje en el cual llevaban entre 4 y 15 kilos de cocaína.

“Señaló además el testigo reservado que el inventor del procedimiento es un químico que responde al nombre de HÉCTOR y que para la fecha se hallaba residenciado en Holanda, pero que le enseñó la técnica de ocultar el alcaloide mezclándolo con la “cauchona” a LUZ MARLÉN FAJARDO y a su compañero ALBERTO ORTIZ quien son los encargados de realizar este proceso químico en el inmueble ubicado en la carrera 65 No. 64 - 28 de Bogotá teléfono 6133924, de mandar a hacer las maletas con la sustancia plástica obtenida del procedimiento y de conseguir las “mulas” para su transporte al exterior, las cuales son preparadas por otro individuo que responde al nombre de HENRY quien también consigue los contactos en el exterior.

“También mencionó el testigo oculto que la organización tenía un contacto en la Aerocivil que respondía al nombre de GUILLERMO RESTREPO y era la persona que facilitaba en el aeropuerto El Dorado la salida de las “mulas” por el Puente Aéreo, y que además existe una persona de raza negra, llamada EDILBERTO y residente en Cúcuta en una dirección que suministró, quien era un contacto de Marlen Fajardo y Alberto Ortiz para enviar cocaína a Venezuela.

“El denunciante según se supo cinco años después, resultó ser el señor LUIS EDUARDO FAJARDO LETRADO, hermano de Luz Marlen Fajardo, quien para el momento de presentarse ante el Fiscal Regional de Bogotá a informar la nueva modalidad delictiva de

envío de droga estupefaciente al exterior, aportó dos muestras de sustancias plásticas producto de la mezcla de alcaloide con la “cauchona”, las cuales fueron enviadas al instituto de medicina legal para su estudio correspondiente, el que reveló la presencia de cocaína en esos elementos.”

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Por los anteriores hechos, un Fiscal Especializado de Bogotá, el 27 de enero de 2003, profirió resolución de acusación contra Luz Marlén Fajardo Letrado y Alberto Ortiz Torres por las conductas punibles consagradas en los artículos 33 y 44 de la Ley 30 de 1986.

Apelada la anterior decisión, la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, el 8 de agosto de 2003, lo confirmó.

3. El expediente pasó al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Bogotá que, luego de tramitar el juicio, el 2 de enero de 2006, dictó sentencia de primera instancia en la que condenó a los acusados, así:

a) A Luz Marlén Fajardo Letrado a las penas principales de 102 meses de prisión y multa equivalente a 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción privativa de la libertad como coautora de las conductas punibles de concierto para delinquir y fabricación, tráfico y porte de estupefacientes;

b) Y, a Alberto Ortiz Torres a las penas principales de 114 meses de prisión y multa equivalente a 30 salarios mínimos legales mensuales y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción privativa de la libertad como coautor de las conductas punibles de concierto para delinquir y fabricación, tráfico y porte de estupefacientes.

3. Apelado el fallo por el defensor, el Tribunal Superior de San Gil, el 8 de junio de 2007, lo confirmó en su integridad.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor de los procesados, con base en la causal primar de casación, presenta dos cargos contra la sentencia del Tribunal, cuyos argumentos se sintetizan de la siguiente manera:

Primer cargo

El citado profesional del derecho, acusa al juzgador de segunda instancia de violar en forma indirecta la ley sustancial al incurrir en error de hecho por falso juicio de existencia, yerro que derivó en la falta de aplicación de los artículo 83, 84 y 86 del Código Penal, al igual que la aplicación indebida del artículo 397 del Código de Procedimiento Penal, puesto que en este asunto se extinguió la acción penal por razón de la prescripción.

Así mismo, manifiesta que el a quo determinó en su decisión que “infortunadamente no se pudo allegar evidencia que permita establecer que los volúmenes de sustancias traficadas, exportadas o almacenadas o manipulados por los implicados excedieron los guarismos establecidos por el artículo 38 numeral 3º de la ley 30 de 1986 o normas que la complementaron”, circunstancia que, en su concepto, no fue establecida en la resolución de acusación.

En estas condiciones, se pregunta el actor cuáles fueron las pruebas idóneas, claras y fehacientes que fundamentaron la afirmación establecida en la decisión recurrida respecto a que la cantidad de cocaína mencionada por el testigo de cargo superaba el tope de 100 gramos, “es decir, tácitamente le está endilgando a mi pupila que la cantidad de droga excede de 100 gramos de cocaína, de lo contrario estaría prescrita para este caso”.

De esta forma, advierte que la postura asumida por el Tribunal en el presente caso contraviene lo promulgado por la jurisprudencia constitucional, toda vez que estableció que para determinar la cantidad de la droga incautada resultaban procedentes diferentes medios de convicción, sin que en momento alguno los estableciera con el debido grado de certeza.

Por lo anterior, aduce que el artículo 376 de la Ley 599 del 2000 establece tres vías diferentes para realizar la respectiva dosificación punitiva, partiendo de la base de la cantidad de droga incautada, “sea el cual fuera el verbo rector”, a saber:

1. Para cocaína, si la cantidad es inferior a 100 gramos, la pena oscila de 4 a 6 años de prisión.
2. Si la cantidad supera los 100 gramos sin exceder a 200 gramos la pena es de 6 a 8 años de prisión.
3. Y si excede de los 200 gramos la pena es de 8 a 20 años.

En estos términos, manifiesta que de ser aceptada la tesis de los juzgadores de instancia, “estaríamos aceptando que la acción estaba prescrita cuando se calificó nuevamente el mérito del sumario”.

Sostiene que del análisis de la norma referida se puede afirmar en forma clara e inequívoca que efectivamente los numerales uno y dos “son más benévolos y por ende ya estaba prescrita la acción penal”, al superar el término de ocho años contados desde la aparición de la noticia criminis, situación que, en su criterio, evidencia que desde la época en la cual se calificó el mérito del sumario había surgido el fenómeno de prescripción de la acción penal, respecto a los dos numerales referidos, “al

haber transcurrido el tope máximo de la punibilidad del delito endilgado, para instruir.”

Así mismo, destaca que las pruebas de las interceptaciones telefónicas no ofrecen la posibilidad de establecer en forma inequívoca la composición de las sustancias, elementos o productos de los cuales hicieron alusión los interlocutores “ni muchos menos en que cantidad”.

Por otro lado, considera que el único responsable de la muestra de coca es el mismo denunciante, toda vez que, en su criterio, “lo único que se evidencia es toda una negligencia por parte de la fiscalía que después de nueve largos años pretenda llamar a juicio a mi defendida con unas pruebas que no nos dan una mediana certeza de compromiso delictivo, a pesar de estar prescrita la acción tal como se anotó”.

De igual forma, argumenta que del análisis del acopio probatorio es dable concluir en forma clara, eficaz y fehaciente que su representada nunca perfeccionó alguno de los verbos rectores del tráfico de estupefacientes, “y si por el contrario no me explico con qué finalidad el instructor omitiese los siguientes interrogantes y que comprometen al testigo con reserva de identidad, tales, como:

“- Que especificara dónde, cuándo, cómo y por intermedio de quién obtuvo la sustancia de estupefacientes que aportara la fiscalía.

“- Establecer el peso de la sustancia aportada, ya que la cantidad que aportó es menor a cien gramos de cocaína aproximadamente conforme se deduce.

“- Las circunstancias modales, temporales y espaciales en que se desenvolvía la famosa red de narcotraficantes.”

Por lo anterior, estima que resultan evidentes ciertos aspectos que comprometen la responsabilidad del testigo con reserva de identidad, los cuales, en concepto del censor,

no fueron objeto de valoración por parte de el ente instructor, “ya que la denuncia no lo exoneraba cuando aparece portando una sustancia ilícita y más cuando al parecer conoce unos hechos que bien pudiere ser uno de los participantes o muy posiblemente estaba encubriendo a los reales autores”.

Respecto a la trascendencia del error denunciado, aduce que ésta se traduce en la negativa de la declaratoria de prescripción de la acción penal, fenómeno que, en su criterio, se encuentra configurado a partir del 22 de enero del 2002, en virtud del principio de favorabilidad, sin que, a su juicio, la existencia del concurso modifique tal conclusión, puesto que cada delito prescribe de manera independiente, al tenor de lo reglado por el último inciso del artículo 84 de la Ley 599 del 2000.

Segundo cargo

Por último, el citado profesional del derecho, acusa al Tribunal de violar en forma indirecta la ley sustancial al incurrir en error de hecho en la valoración probatoria, conforme los siguientes lineamientos:

Cuestiona el hecho que durante la totalidad del proceso no se hubiera realizado la incautación de un sólo gramo de cocaína o de “cauchona”, razón por la cual, censura que los juzgadores de instancia, luego de transcurridos 14 años de la ocurrencia de la conducta punible endilgada a sus definidos, hubieran dictado sentencia condenatoria fundamentada en el dicho de un testigo a quien le fue reservada su identidad, bajo el supuesto “que el dictamen realizado por expertos en esta materia de Medicina Legal, efectivamente encontraron cocaína en tales trozos de Cauchona que aportara dicho exponente”.

En estas condiciones, afirma que la anterior aseveración no se encuentra acorde con la realidad, toda vez que en ningún momento se justificó que la denominada “cauchona” hubiese sido elaborada por sus representados, ni se comprobó la existencia

de las fábricas a las cuales hizo mención el testigo de cargo, sino que, por el contrario, se logró establecer “que allí vivieron en alguna época mis defendidos, pero no que en estos lugares efectuaban y realizaban combinación, mezclas o fabricaciones de cocaína y cauchona lo cual nunca se ha demostrado en el presente proceso ...”.

De igual forma, reitera que posterior a dicha denuncia no se produjo durante los 12 años siguientes ninguna incautación que corroborara el dicho del testigo.

Así mismo, cuestiona los fundamentos mediante los cuales los juzgadores de instancia arribaron a la conclusión que las personas que entablaron diálogo con la señora Marlén Letrado eran narcotraficantes.

Al respecto, dice el censor:

“Las reglas de la experiencia, no sólo deben valorarse en lo desfavorable al procesado sino al igual en lo favorable, véase como una persona que se considera jefe de una organización criminal como lo señala el funcionario judicial, ni siquiera tiene en cuenta que es la propietaria de un beeper que cancela en 7 cuotas mensuales de \$34.800.00., la regla de experiencia nos enseña que personas de estos calibres, en momento alguno efectúan compras a plazo como la señalada, lo que lleva a concluir si de ella solo dependiéramos que no es esta jefe de tales designios criminales, si no una simple y desprevenida usuaria de tales elementos”.

Por otro lado, sostiene que resulta evidente la violación del debido proceso y del derecho de defensa, puesto que la denuncia realizada por el citado testigo no puede ser el fundamento para agravar la situación de sus asistidos, en la medida que su identidad no se encontraba revelada.

De esta forma, manifiesta que posterior a la revelación de su identidad, el testigo de cargo realizó una segunda declaración en la cual no sólo se retractó de lo inicialmente

expuesto, sino que también “señaló la verdadera situación en la que sucedieron los hechos”.

Así mismo, asevera que en la sentencia impugnada desconoció lo preceptuado por el artículo 247 del Decreto 2700, en la medida que el legislador determinó que no se podrá dictar sentencia condenatoria cuyo único fundamento consista en uno o varios testimonios de personas cuya identidad su hubiera reservado, razón por la cual, estima que “no puede servir de base el testimonio dado bajo reserva por el testigo, por expreso mandato legal”, toda vez que, en su criterio, dicho medio de convicción no fue corroborado respecto al escaso material probatorio allegado al diligenciamiento, el cual, en ningún momento evidencia “conducta criminal alguna que viole el estatuto represor penal por parte de mis defendidos”.

En estas condiciones, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y, en su lugar, dictar fallo absolutorio a favor de sus defendidos.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Recuérdesse que el recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario, es decir, que fue estatuido para denunciar errores de derecho o de procedimiento cometidos en la sentencia o en el proceso, según el evento.

Por manera que el ataque al fallo debe fundarse de acuerdo con las taxativas causales consagradas para dicho efecto y de acuerdo con los presupuestos de lógica y debida fundamentación, esto es, que compete al casacionista que enseñe a la Corte la clase de vicio y su incidencia con la parte dispositiva del fallo.

De otro lado, cuando el reproche se funda por los senderos de la causal primera de casación por la vía de la violación indirecta de la norma sustancial, se parte que la infracción de la ley es de manera mediata, es decir, como consecuencia de la errada

apreciación de la prueba.

Por manera que el casacionista debe indicar la clase del error en la actividad probatoria, si de hecho o de derecho, y el falso juicio que lo determinó, esto es, si de existencia, identidad, raciocinio, legalidad o convicción; y cómo dicho vicio incidió en la parte dispositiva del fallo, ejercicio en el cual se debe tener en cuenta los demás medios de convicción sustento del juicio de responsabilidad.

Y, por último, demostrar a la Sala cómo el error de apreciación condujo al juzgador a que seleccionara una norma que no era la llamada a gobernar el asunto o, a excluir otra que resolvía el objeto del debate jurídico.

2. En tales condiciones, observa la Corte que ninguno de los cargos postulados por el casacionista reúnen los presupuestos de claridad y precisión, motivo por el cual se impone la indamisión del libelo.

En lo atinente al primer cargo que el casacionista funda por la vía de la causal primera de casación por error de hecho por falso juicio de existencia, la Corte advierte que el actor se aparta de dicho enunciado, en tanto que de manera flagrante pasa a cuestionar la credibilidad que el juzgador le otorgó a los plurales medios de convicción sobre los cuales concluyó sobre la cantidad de droga que los acusados comercializaban.

En efecto, el actor en vez de demostrar cuáles fueron los medios de prueba omitidos o supuestos en la actividad probatoria, argumenta que de los datos que obran en el trámite no se advierte la cantidad de droga que los acusados manejaron dentro de la organización criminal.

Así mismo, como si la casación fuera una tercera instancia, se pregunta que sobre qué medio de convicción el juzgador concluyó en la cantidad de droga, cuando, en su criterio, en el expediente no hay prueba que conduzca al grado de conocimiento de certeza.

De la misma manera, con la tesis consistente en que a los acusados se les seleccione el inciso más favorable del artículo 376 de la Ley 599 de 2000, en procura de obtener la extinción de la acción penal por razón de la prescripción, acota el demandante que en este asunto no se respetó el postulado de favorabilidad, máxime cuando de las interceptaciones telefónicas tampoco se infiere la cantidad de droga.

A continuación y sin guardar coherencia argumentativa pasa a cuestionar el testimonio rendido bajo reserva de identidad, puesto que el investigador en el acto de apreciación no tuvo en cuenta varios de los reparos que se permite relacionar.

Así las cosas, surge con claridad meridiana que el actor no demostró el invocado error de hecho por falso juicio de existencia sino que presenta personales conclusiones probatorias en cuanto al mérito dado a los medios de conclusión, disparidad de criterios que no es susceptible de ser demandada en casación.

Frente a dicho planteamiento, vale destacar que de acuerdo con el sistema de apreciación probatoria que rige nuestro ordenamiento jurídico penal, el juzgador goza de libertad para justipreciar los elementos de juicio sólo limitado por los postulados que informan la sana crítica, esto es, por las reglas de la lógica, el principio de la ciencia y las máximas de la experiencia, cuya vulneración sí se puede atacar a través de este medio de impugnación por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial por falso raciocinio, evento aquí no ocurrió.

De otro lado, recuérdese que la sentencia llega precedida a esta sede por la doble presunción de acierto y legalidad, es decir, que los hechos y las pruebas declaradas como probadas en el fallo tienen sustento en la actividad probatoria desplegada en el proceso, y que la norma sustancial escogida por el juzgador era la llamada a gobernar el asunto, presunción que compete al casacionista desvirtuar con base en las causales de casación y demostrar su trascendencia frente a las conclusiones adoptadas en la providencia.

En lo atinente al segundo cargo que el censor postula por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho cometido al estimarse la unidad probatoria, tampoco cumple con el presupuesto de claridad y precisión, puesto que, además de no señalar el falso juicio de que lo determinó, su fundamentación la centra en criticar la conclusión probatoria del juzgador en torno a la cantidad de droga que los acusados comercializaban.

De la misma manera, sin guardar logicidad con el enunciado y vulnerando el principio de autonomía que rige la casación, según el cual, al interior de un mismo cargo no se pueden mezclar ataques correspondientes a causales distintas, en la medida en que cada una tiene características y reglas técnicas de demostración diferentes y producen diversas consecuencia jurídicas, manifiesta que en el trámite se vulneró el derecho de defensa y el debido proceso, argumento que ha debido de postular, respetando el principio de prioridad, por la vía de la causal tercera de casación.

De otro lado, si el actor consideraba que en el fallo del Tribunal se fundó, de manera exclusiva, en un testimonio rendido bajo reserva de identidad, ha debido postular la censura por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho por falso juicio de convicción, demostrando la ocurrencia del vicio y su trascendencia, máxime cuando asevera que en la ampliación del testimonio se conoció su identidad y que el mismo no fue corroborado con otros elementos de juicio.

De ahí que ninguno de los argumentos presentados por el casacionista logran evidenciar la existencia de los errores en la apreciación de la prueba y su trascendencia frente a las conclusiones del fallo impugnado, en tanto que sus argumentos sólo muestran una inconformidad en cuanto al mérito dado a la unidad de prueba, planteamiento que, como se advirtió, no constituye yerro para ser demandado ante esta sede.

En estas condiciones, no se admitirá la demanda.

Por último, se advierte que del estudio del proceso no se vislumbra violación de derechos fundamentales o garantías de los sujetos procesales que determine el ejercicio de la facultad oficiosa de índole legal que al respecto le asiste a la Sala en punto de asegurar su salvaguarda.

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

R E S U E L V E

Inadmitir la demanda de casación presentada por el defensor de LUZ MARLEN FAJARDO LETRADO y ALBERTO ORTIZ TORRES, por lo anotado en la motivación de este proveído.

En consecuencia, se DECLARA DESIERTO el recurso.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ
QUINTERO

ALFREDO GÓMEZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUÍZ NUÑEZ

Secretaria