

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

Luis Guillermo Salazar Otero

Aprobado Acta No. 378

Bogotá, D.C., trece (13) de noviembre de dos mil trece (2013)

ASUNTO:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de Dalmiro Márquez Altamiranda y Edwin Orlando Pinzón Mendoza, contra la sentencia del 19 de septiembre de 2007 por medio de la cual el Tribunal Superior de Barranquilla al revocar la absolución proferida en primera instancia, condenó a dichos acusados, a la pena principal de 16 años y 6 meses de prisión y multa por valor equivalente a 5.000 salarios mínimos mensuales legales como autores responsables del delito de tráfico de estupefacientes agravado.

HECHOS:

Dada la información anónima acerca de que en la residencia ubicada en la Urbanización Parque Residencial Country, sector 1, M4 pisos 1 y 2 de Cartagena se almacenaba una cantidad indeterminada de estupefacientes que ese día 7 de mayo de 2003 sería transportada a otro lugar, la Dirección Antinarcóticos, Grupo de Policía Judicial de Cartagena, autorizada por la Fiscalía Sexta Especializada de dicha ciudad, efectuó una

diligencia de allanamiento y registro al referido inmueble donde fueron incautados 2.469 gramos de heroína y aprehendida Lauren Mastrascusa Torrenegra.

Simultáneamente la Unidad Nacional Antinarcóticos e Interdicción Marítima con sede en Bogotá venía interceptando algunos abonados telefónicos de Cartagena en relación con los cuales se tenía conocimiento sobre el cruce de llamadas relacionadas con un posible tráfico de estupefacientes entre Villavicencio y esa ciudad, con destino final un país extranjero.

Así se detectaron conversaciones acerca de la droga incautada en la casa de la familia Mastrascusa y por labores de inteligencia se determinó quiénes eran los interlocutores que participaban en los hechos, entre éstos Dalmiro Márquez y Edwin Pinzón.

ACTUACIÓN PROCESAL:

1. Por los anteriores acontecimientos, el 8 de mayo se inició el correspondiente sumario y dentro de él fue escuchada en indagatoria la aprehendida a quien se le resolvió favorablemente la situación jurídica en resolución del 12 de mayo siguiente.

Avanzada la instrucción, el 9 de julio de dicho año se dispuso vincular a la misma, entre otros, a Edwin Orlando Pinzón Mendoza y Dalmiro Márquez Altamiranda quienes efectivamente fueron capturados y escuchados en injurada y luego sujetos a medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito agravado de tráfico de estupefacientes, según resolución del 25 de julio de 2003.

2. Con providencia del 9 de julio de 2004, aclarada con la del día 14 ulterior, se calificó el mérito del sumario con acusación en contra de los citados, por el punible en mención.

Contra tal determinación la defensa de Márquez Altamiranda interpuso recurso de apelación que la Fiscalía de segunda instancia decidió a través de resolución del 24 de

septiembre de 2004, para confirmar la impugnada.

3. Así ejecutoriada dicha calificación, prosiguió ante el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Cartagena la etapa de la causa, que concluyó en primera instancia con fallo del 30 de diciembre de 2005, por medio del cual los acusados fueron absueltos y consecuentemente excarcelados.

5. La sentencia anterior fue recurrida por el Ministerio Público; en tal virtud el Tribunal Superior de Barranquilla, con fundamento en los Acuerdos Nos. 4031 y 4118 de 2007 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, dictó la suya el 19 de septiembre de 2007 para revocar la impugnada y en su lugar condenar a Edwin Pinzón Mendoza y Dalmiro Márquez Altamiranda, entre otro, a la pena principal ya reseñada al hallarlos responsables de la comisión del punible de tráfico de estupefacientes agravado, decisión contra la cual los defensores de los prenombrados interpusieron recurso extraordinario de casación que sustentaron con los respectivos libelos.

LAS DEMANDAS:

1. La formulada en nombre de Dalmiro Márquez Altamiranda.

1.1. Primer cargo:

Con sustento en la causal primera de casación acusa el defensor la sentencia recurrida de infringir directamente la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 32.11 del Código Penal y aplicación indebida del precepto 286 del mismo ordenamiento.

Dado el concepto de error de tipo, dice el censor, si se miran la condición personal de su prohijado y las circunstancias en que actuó debe concluirse en su absolución “porque el fallador de segunda instancia no tuvo en cuenta su personalidad, su forma de vivir que es muy precaria y sin las comodidades o exageraciones que suelen tener

las personas que se dedican al narcotráfico; tampoco se tuvo en cuenta la conformación de su familia...; su profunda ingenuidad; su ignorancia en el hecho que se estaba cometiendo ...”.

Su cliente, como lo dijo en la indagatoria, actuó sin conocimiento de lo que estaba haciendo y sólo por congraciarse con su patrón participó en los hechos que se estaban fraguando, de los cuales vino a enterarse en la audiencia pública, siendo por consiguiente manipulado como un instrumento de colaboración o idiota útil y en esas condiciones, afirma, debe decirse que actuó sin conciencia de la ilicitud del hecho, convencido de que al actuar conforme con las órdenes de su jefe su conducta era atípica, toda vez que creyó que lo que le transportaba a éste era la insulina para su padre diabético y no una sustancia alcaloide.

A lo sumo, agrega, podría atribuírsele un error culposo por actuar incautamente al cumplir las órdenes de su patrono, mas como el delito imputado es eminentemente doloso, necesariamente queda exento de responsabilidad penal al estructurarse en su favor la invocada causal de inculpabilidad, a consecuencia de lo cual solicita se case parcialmente el fallo recurrido para que en su lugar se dicte uno absolutorio.

1.2. Segundo cargo.

Al amparo de la misma causal de casación acusa ahora el fallo impugnado de violar directamente la ley sustancial por error de hecho, derivado de un falso juicio de existencia al no haberse dado el valor probatorio que le corresponde a la indagatoria de su defendido, toda vez que en ese acto, dice, él niega las conversaciones interceptadas que se le atribuyen y sin embargo, en ausencia de un cotejo de voz, se les confiere a las mismas el valor de plena prueba no obstante enseñar la lógica que en tal evento aquellas debían desestimarse por no haber demostrado el Estado que correspondían al acusado, en cuyo favor solicita consecuentemente la absolución.

1.3. Tercer cargo.

Subsidiariamente y también con sustento en la causal primera, acusa el defensor la sentencia cuestionada de infringir en forma directa el artículo 30 del Código Penal por falta de aplicación, toda vez que la realidad procesal evidencia que Márquez Altamiranda admitió haber realizado algunas diligencias para su patrono, creyendo que eran lícitas, luego, agrega, no tenía dominio del hecho y en esas circunstancias era simplemente un cómplice.

Además, de que el juzgador omitió tal situación, tampoco tuvo en cuenta la personalidad del procesado, la naturaleza y modalidad del hecho que en equitativo análisis conducen a concluir que él no requiere tratamiento penitenciario, por eso demanda que en aplicación precisamente de la equidad se redosifique la sanción impuesta, en términos del citado precepto y consecuentemente se reconozca el subrogado penal de la condena de ejecución condicional porque, dada la anterior argumentación la pena quedaría en 8 años y 3 meses de prisión.

2. La presentada en nombre de Edwin Orlando Pinzón Mendoza.

2.1. Primer cargo.

Fundado en la causal tercera de casación acusa el demandante la sentencia recurrida de haber sido proferida en un asunto viciado de nulidad por afectación tanto del debido proceso, como del derecho de defensa.

En primer término, dice, el Ministerio Público que actuó en el juicio guardó silencio en su mayor parte y sin embargo recurrió en apelación el fallo absolutorio y logró su revocatoria sin ninguna oportunidad de defensa para el procesado.

El interés jurídico para recurrir, afirma, implica que no basta tener la condición de parte o

interviniente debidamente reconocida en la actuación, pues en escenarios como el acá planteado exige que el interesado se pronuncie a través de alegatos conclusivos previos a la decisión del a quo.

Siendo ello así, cuando el Ministerio Público, como sucedió en este caso, no expresó oportunamente su pretensión en el proceso a través de alegaciones de audiencia, perdió la oportunidad de impugnar a futuro cualquier decisión que le fuere adversa y en ese contexto cualquier decisión del ad quem resulta violatoria del debido proceso.

“La decisión de segunda instancia en tales condiciones, asevera, significó ni más ni menos que el procesado se quedara sin ninguna posibilidad de control sobre tal decisión, abiertamente desfavorable para sus intereses”.

En segundo lugar, sostiene, en el proceso no hubo solicitud de condena por parte de la Fiscalía ni del Ministerio Público, por tanto éste carecía de interés para recurrir la absolución y eso impedía a su turno cualquier pronunciamiento por parte del Tribunal.

“En la práctica sucedió, dice, que el representante del Ministerio Público no intervino en la oportunidad procesal que la ley previene para que haga valer los intereses que representa para luego impugnar esa decisión que fue revisada por el Tribunal, resultando ésta de única instancia, en la medida en que al procesado le negaron cualquier posibilidad de control sobre la misma, desconociéndose el debido proceso en su manifestación del derecho a la segunda instancia y de contradicción de las decisiones de la autoridad judicial como posibilidad material de acceso a la justicia... causando un perjuicio irremediable a su derecho a la defensa al haber resultado con una condena”.

Y si bien, añade, en el esquema de la Ley 600 es válido que el juez dicte sentencia de condena no obstante que la Fiscalía haya pedido absolución, no sucede lo mismo en la Ley 906 de 2004, por eso debería la Corte extender tales efectos a aquél por virtud del

principio de favorabilidad.

Solicita que a consecuencia de este reproche se declare la nulidad de la sentencia proferida por el ad quem.

2.2. Segundo cargo.

Subsidiariamente con sustento en el cuerpo segundo de la causal primera, denuncia el demandante la infracción indirecta de la ley por errores de hecho en la valoración probatoria.

2.2.1. En primer lugar se refiere a un falso juicio de existencia en tanto el juzgador supuso que las conversaciones telefónicas interceptadas tenían por interlocutores a Edwin Pinzón Mendoza y a Dalmiro Márquez Altamiranda, sin existir prueba de ello, luego mal podría considerarse al primero de los citados como coautor de un tráfico de estupefacientes sin elemento de convicción que así lo acredite.

También incurrió el sentenciador, sostiene, en equivocación al suponer la prueba de responsabilidad por el hecho de que el acusado haya formulado extemporáneamente solicitud de sentencia anticipada, de la cual finalmente desistió.

2.2.2. Incurrió el juzgador, según considera el libelista, también en falso juicio de identidad al dar por comprometida la responsabilidad del acusado en un tráfico de estupefacientes con base en unas conversaciones telefónicas interceptadas que en nada se refieren a dicho ilícito, distorsionando de esa manera su contenido.

A Edwin Pinzón, agrega, se le profirió sentencia de condena con fundamento en la apreciación de unas conversaciones telefónicas, una solicitud fallida de sentencia anticipada y el testimonio de la investigadora de Policía Judicial Belsy Jazmín Olejua, quien reportó esas comunicaciones y seguimientos a los procesados, pero en esa labor el

juzgador cometió los errores de hecho antes reseñados; consecuentemente el fallo queda sin soporte máxime que la declaración de la citada investigadora refiere información obtenida a partir de las grabaciones telefónicas cuestionadas y de unos seguimientos hechos a Edwin Pinzón que por sí solos no proyectan nada en torno a la ilicitud.

Solicita por tanto se case la sentencia impugnada y en su lugar se produzca una de carácter absolutorio a favor de su defendido como consecuencia de reconocerle la existencia de duda probatoria.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Sobre la demanda formulada en nombre de Dalmiro Márquez Altamiranda.

Primer cargo.

En opinión del Ministerio Público, como el demandante en esta primera censura propuso una violación directa de la ley sustancial, era de esperarse que sus razonamientos se dirigieran a demostrar que el ad quem plasmó en su providencia argumentos orientados a reconocer la causal de inculpabilidad reclamada, pero como en tal sentido el juzgador nada elucubró es apenas evidente que el planteamiento del censor resulta totalmente nuevo y en tales condiciones el cargo no tiene vocación de prosperidad.

Además, lejos de cuestionar el censor las posibles equivocaciones del fallador al analizar y resolver sobre la causal de culpabilidad supuestamente presentada, lo que hace es consignar una serie de consideraciones acerca de la personalidad del procesado y sus condiciones económicas y familiares para mostrarlo como una persona ingenua e ignorante de la cual se aprovecharon, en aras de demostrar que no tenía capacidad de conocer la antijuridicidad de su conducta.

Segundo cargo.

Más que exponer un problema de desconocimiento del medio probatorio, lo que propone en este reparo el censor, a juicio del Ministerio Público, es un interrogante sobre la credibilidad negada a la injurada del sindicato, lo cual no puede ser objeto de crítica en esta sede.

Por demás, nada acredita el libelista en torno a la trascendencia, toda vez que el ad quem se valió de otros medios de prueba para sustentar la responsabilidad del procesado, de modo que aun cuando se revalorare la indagatoria, los demás medios de convicción sostendrían la condena proferida.

Cuestiona también el defensor la validez de las transcripciones de las conversaciones telefónicas grabadas, porque no se tomaron pruebas de voz para las confrontaciones consiguientes, sin embargo, dice la Delegada, no escogió el camino de ataque adecuado, por eso tampoco esta censura puede tener éxito.

Tercer cargo.

En opinión del Ministerio Público carece de razón el demandante en la proposición de este reproche, habida cuenta que el Tribunal para responsabilizar a los acusados, excluyó en forma expresa la complicidad y afirmó, por el contrario, que todos actuaron en calidad de coautores.

En ese contexto, los planteamientos del libelista, agrega, corresponden más a un alegato de instancia en el que se propone una nueva valoración probatoria, lo cual se revela aun más cuando asume la tarea de analizar si el procesado requiere o no tratamiento penitenciario, contraviniendo por ende los requerimientos del cargo postulado.

Como en esas condiciones pretende el censor la variación de la situación del condenado, pero no satisface la obligación de demostrar el error que denuncia, el reparo no puede

prosperar.

Sobre la demanda formulada en nombre de Edwin Orlando Pinzón Mendoza.

Primer cargo.

La inconformidad del demandante en este reparo, afirma la Delegada, parte del desconocimiento que evidencia sobre la naturaleza de la intervención del Ministerio Público, toda vez que éste actúa como sujeto procesal en representación de la sociedad y en aras de la protección del orden jurídico y no como agente de un interés particular.

En este caso, agrega, el recurso de apelación no se presentó porque se le causara un perjuicio al Ministerio Público, sino porque la sentencia absolutoria en criterio del respectivo delegado, lesionaba el orden jurídico; así también lo entendió el ad quem.

Y si bien es cierto en las últimas etapas de la audiencia pública no asistió, no menos lo es que estuvo pendiente del desarrollo del juicio e intervino a favor de los acusados cuando lo consideró necesario. Sin embargo, esa inasistencia no le hace perder su condición de sujeto procesal y en tal calidad si observa alguna lesión al ordenamiento jurídico o a las garantías fundamentales, tiene toda la legitimidad para intervenir.

En cuanto al segundo aspecto en que se dice sustentar este cargo de nulidad, de acuerdo con el cual se vulneró el principio de la doble instancia en tanto el procesado no tuvo oportunidad de defenderse de la sentencia condenatoria, tal planteamiento resulta errado en la medida en que al interponerse la apelación se surtió un traslado a los no recurrentes para que expresaran sus opiniones frente a la impugnación y así en efecto lo hizo el defensor de Pinzón Mendoza, luego no se entiende de qué modo se habría quebrantado el derecho de defensa del procesado, mucho menos cuando la evidencia más clara de su respeto es la posibilidad que ha concretado en el ejercicio del recurso

extraordinario.

No ofrece en ese contexto el libelista ningún argumento adicional aparte de hacer referencia al esquema procesal de la Ley 906, sin detenerse a analizar que éste comporta unas características y una naturaleza sustancialmente diferente al de la Ley 600 que impide la equiparación de los institutos.

Ahora, en lo que hace a la trascendencia del yerro que supuestamente genera la nulidad y sus consecuencias prácticas, no especifica el casacionista a partir de qué momento debe decretarse la invalidez de lo actuado, ni cómo se corregiría la presunta irregularidad. Al parecer pretende que se adopte tan extremo remedio a partir de la sentencia de primera instancia para que no se le de oportunidad al Ministerio Público de apelar, lo cual no resulta lógico ni ajustado a las normas procesales.

El reproche, en concepto de la Delegada, no prospera.

Segundo cargo.

En este reparo, dice el Ministerio Público, el censor parece denunciar que las grabaciones de las conversaciones en que se fundó la sentencia no aparecen en el expediente, mas lo que se advierte en la providencia es que ésta se refiere a las transcripciones y no a aquellas.

Por demás, negar que existieron conversaciones entre los procesados que demostraban su conocimiento sobre el transporte y negociación de la droga resulta desacertado, ya que, como lo reseña el Tribunal, dichas transcripciones dan cuenta de los diferentes diálogos sostenidos por los acusados, que no son negados por ellos pero intentan darles una connotación diferente.

De otro lado, el Tribunal no está diciendo que existen grabaciones de conversaciones

sostenidas entre Dalmiro y Edwin, sino entre diversos procesados sobre el tema de la droga.

Y si del efecto que se dio a la solicitud de sentencia anticipada se trata, es evidente que en ello el juzgador no está suponiendo nada porque lo cierto es que dicha petición sí existe, diferente es que pueda haber algún error en la inferencia elaborada a partir de esa situación, pero al respecto el censor nada propuso.

Con todo, ese no es el único razonamiento de que el sentenciador se vale para emitir juicio de reproche contra Pinzón Mendoza, de ahí que resulte intrascendente.

Y en cuanto al aducido falso juicio de identidad, es claro que la sentencia cuestionada ofrece una explicación respecto a la utilización de un lenguaje cifrado por parte de los miembros de organizaciones delictivas, acotación que resulta suficiente para relevar cómo el error que se plantea no se produjo.

Las conversaciones, concluye la Delegada, fueron interpretadas en su justo contenido, de acuerdo al contexto en que se produjeron y según las labores de inteligencia adelantadas, las capturas realizadas e incautada la droga, luego es patente que es el libelista quien pretende darle un alcance diferente al medio probatorio.

Solicita por lo anterior el Ministerio Público no casar la sentencia objeto de impugnación.

CONSIDERACIONES:

1. En relación con la demanda formulada en nombre de Dalmiro Márquez Altamiranda.

1.1. Primer cargo:

Denuncia el censor la violación directa de la ley sustancial, pero inopinadamente se

refiere a la aplicación indebida del artículo 286 del Código Penal norma que en parte alguna de la sentencia aparece mencionada, mucho menos cuando ella se refiere al tipo penal de falsedad ideológica en documento público y este proceso trata de un tráfico de estupefacientes.

Empero, más allá de dicha falencia y otras de orden técnico que pudieran resaltarse, lo evidente es que persigue el reconocimiento de una eximente de responsabilidad a favor de Márquez Altamiranda porque en su sentir éste obró bajo error invencible respecto de la ilicitud de su conducta, según invoca el numeral 11 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, que se refiere al error de prohibición.

No obstante lo anterior expone una argumentación que hace relación al error de tipo, contenido en el numeral 10º de la misma norma y aunque en ese orden era de esperarse que su discurso acreditara que el juzgador a pesar de considerar la existencia de la eximente no le dio los efectos legales correspondientes en la parte resolutive o que se equivocó en la apreciación jurídica de algunos de los elementos que la componen, es lo claro que a nada de ello hace mención.

A cambio pretende sustentar su pretensión en que “el fallador de segunda instancia no tuvo en cuenta su personalidad, su forma de vivir que es muy precaria y sin las comodidades o exageraciones que suelen tener las personas que se dedican al narcotráfico; tampoco se tuvo en cuenta la conformación de su familia...; su profunda ingenuidad; su ignorancia en el hecho que se estaba cometiendo ...”, situaciones que ciertamente ningún yerro evidencian en el contexto de la vía de ataque escogida, cual fue la violación directa de la ley sustancial.

Ahora bien, aunque en el decurso procesal, que finalmente condujo a que la condena se prohiriera en segunda instancia, no expuso el Tribunal argumento alguno sobre eximentes de responsabilidad, entre otras cosas porque el tema se entendió zanjado desde la

acusación cuando expresamente la Fiscalía de segunda instancia lo dilucidó, la pretensión del casacionista podría haber encontrado alguna viabilidad si se demostrare qué pruebas que señalaban la configuración de la causal aducida fueron omitidas en su valoración, tarea que desde luego no asume el censor quien en lugar de ello se dedica a exponer su punto de vista acerca de que su cliente actuó sin conocimiento de lo que estaba haciendo, que sólo por congraciarse con su patrón participó en los hechos que se estaban fraguando, que por consiguiente fue manipulado como un instrumento de colaboración y actuó sin conciencia de la ilicitud del hecho, con lo cual además confunde el equívoco al que está haciendo alusión, por manera que ni siquiera logra establecer si lo que persigue es el reconocimiento de un error de tipo o uno de prohibición.

En esas condiciones es patente que el yerro denunciado resulta indemostrado y que por tanto el reproche carece de prosperidad.

1.2. Segundo cargo.

Aparte de la manifiesta incorrección técnica en que incurre el demandante al invocar por la vía directa una falencia de valoración probatoria, lo patente es que el error de hecho denunciado tampoco fue acreditado en manera alguna.

Se queja el censor porque no se haya valorado la indagatoria de su prohijado en tanto éste negó las conversaciones interceptadas que se le atribuyen, mas aunque el Tribunal no alude expresamente a la injurada del procesado es innegable que sí analiza la situación que por parte del demandante se echa de menos, como que en tal respecto sostuvo el ad quem:

“Si el cotejo de voz no se realizó y jamás se tacharon las transliteraciones deben presumirse como verdaderas, pues sobre ello no hubo un pronunciamiento ni por parte de los procesados ni por sus defensores, quienes jamás tacharon de falsas las interceptaciones teniendo la oportunidad de hacerlo...”.

Fueron esas las razones por las cuales, en contra de la pretensión defensiva, el juzgador no desechó las transcripciones de las conversaciones telefónicas, razones que por demás el casacionista no cuestiona por vía de alguna de las sendas de ataque legalmente dispuestas para el efecto en esta sede.

Menos acreditado aparece el supuesto yerro cuando se advierte que el procesado en su inicial versión niega cualquier conocimiento y comunicación con alguno de los demás procesados, pero en su ampliación ya admite conocer a Zapateiro así como haberse comunicado telefónicamente con el mismo, luego no es cierto en últimas, según lo sostiene el casacionista que el indagado haya negado la existencia de dichas conversaciones.

Por eso, la censura carece de prosperidad

1.3. Tercer cargo.

Tampoco este reparo subsidiario puede tener éxito toda vez que además de que no demuestra yerro alguno del sentenciador, no desvirtúa las consideraciones que la sentencia impugnada expuso en torno a la coautoría y a la exclusión de la complicidad; se trata simplemente de la exposición del personal criterio del demandante acerca de su visión subjetiva de la que entiende es la realidad procesal, pero sin demostrar de qué modo el ad quem erró al considerar que la intervención del procesado fue a título de coautor y no de cómplice.

Sostener simplemente que Márquez Altamiranda prestó apenas una tangencial colaboración en tanto admitió haber realizado algunas diligencias para su patrono Zapateiro, creyendo que eran lícitas y que por eso no tenía dominio del hecho, no revela ninguna falencia de índole jurídica en el juicio del fallador al inaplicar la norma invocada por el demandante.

“...en lo que respecta a la propiedad de la droga, dijo el Tribunal, no puede dejarse de lado que lo que existía era una coautoría y no una simple complicidad, pues se trataba de una red u organización encargada de enviar droga al exterior, lo cual se encuentra plenamente probado con la incautación de la droga y con las conversaciones sostenidas por los encartados, mostrando estos evidente preocupación al enterarse de la captura de la hija del señor Mastrascusa por encontrarse la sustancia alucinógena en la planta baja de su vivienda y no solo en ese instante, sino desde mucho antes de la incautación”, argumentos que no se desvirtúan con la simple afirmación del casacionista antes exhibida, sobre todo porque no se advierte que en los expuestos por el Tribunal se configure un error de índole jurídica que configure la alegada violación directa del precitado artículo 30.

Para rematar la indemostración del reparo elucubra el libelista, inconexamente además con la vía de ataque escogida, sobre la personalidad del procesado, la naturaleza y modalidad del hecho, para afirmar sin ilación alguna con la inicial propuesta que, en equitativo análisis aquél no requiere tratamiento penitenciario.

2. Acerca de la demanda presentada en nombre de Edwin Orlando Pinzón Mendoza.

2.1. Primer cargo.

2.1.1. El Ministerio Público en el esquema procesal diseñado en la Ley 600 de 2000 ostenta la condición de sujeto procesal, por eso en términos del artículo 122 de dicho ordenamiento “actuará dentro del proceso penal en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales, podrá intervenir en todas las etapas de la actuación, con plenas facultades de sujeto procesal...”.

Y si bien dentro de sus funciones especiales (Art. 125 id.), se halla la de “intervenir en la audiencia pública para coadyuvar la acusación formulada o solicitar sentencia absolutoria”, esto no significa, más allá de eventuales faltas disciplinarias, que su incumplimiento

inhiba su interés en la actuación subsiguiente, porque, se reitera, éste corresponde a la defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de las prerrogativas fundamentales.

En esa medida el interés del Ministerio Público, ni de ningún sujeto procesal, para recurrir la sentencia de primer grado se condiciona legalmente a que haya presentado alegaciones en determinado sentido durante la audiencia pública, diferente es vr.gr., que se exija la intervención del defensor, pero de todas maneras su posibilidad de interponer apelación no nace de aquella sino de la eventual afectación que se cause a los intereses por los que aboga.

Igual sucede con el Ministerio Público, su interés de impugnar nace precisamente a partir de la decisión misma si afecta el orden jurídico o garantías fundamentales y no del hecho de que haya o no formulado alegaciones porque una tal condición no la exige en parte alguna el ordenamiento.

Por eso ninguna irregularidad de lege lata comporta el hecho de que el Ministerio Público que no intervino en la audiencia pública haya recurrido la sentencia de primera instancia.

2.1.2. En la segunda parte de la censura plantea el casacionista su cuestionamiento basado en lo que reiterativamente considera el deber ser, omitiendo lo previsto en nuestro ordenamiento.

En esa medida se queja infundadamente porque su prohijado no haya tenido oportunidad de defenderse en las instancias ante el proferimiento de la condena en el Tribunal, vale decir como si lo deseable según su sentir fuera que contra la sentencia de segunda instancia se posibilitara otro recurso ordinario, lo cual obviamente no está previsto en la ley.

A cambio ésta tiene establecidos otros mecanismos como los alegatos del no recurrente, que efectivamente la defensa de Edwin Pinzón expuso en su momento y el recurso extraordinario del que igualmente ha hecho uso, luego en esas condiciones y en el marco de los preceptos legales, no de legeferenda, resulta absolutamente infundado por ese respecto alegar una violación al debido proceso o al derecho de defensa.

Ahora bien, la Fiscalía solicitó ante el a quo se dictara sentencia absolutoria, pero eso no puede connotar los efectos que el censor demanda por una eventual aplicación favorable de la Ley 906 de 2004, sencillamente porque, como lo resalta el Ministerio Público, se trata de institutos que dentro de los esquemas de aquella ley y la 600 de 2000 no admiten comparación, dada precisamente la naturaleza de uno y otro sistema.

La pretensión de nulidad carece por tanto de prosperidad.

2.2. Segundo cargo.

2.2.1. Da a entender el censor en principio que no existe prueba de las conversaciones telefónicas interceptadas y que en consecuencia la misma fue supuesta por el Tribunal, cuando evidentemente y según lo resalta el Ministerio Público, la condena se fundó en las transcripciones de dichas interlocuciones y no en las grabaciones mismas, por ende el casacionista cuestiona en esos términos un tema probatorio que finalmente el juzgador no examinó.

Ahora, si se trata en estricto rigor de las grabaciones de dichas conversaciones interceptadas a los acá acusados y a quienes en su momento se acogieron a sentencia anticipada, no obstante carecer la investigación de un cotejo de voces que hubiere permitido establecer que en efecto la de Pinzón Mendoza aparecía en esas llamadas telefónicas lo cierto es que, en defecto de aquél y dada la libertad probatoria que rige nuestro sistema de procesamiento penal, el juzgador arribó a esa conclusión a través de otros medios de convicción y principalmente por la confrontación que hizo de las

versiones dadas en indagatoria con el contenido de las transcripciones de aquellas.

Por tanto en esas condiciones mal podría afirmarse que supuso el ad quem la prueba acerca de que los interlocutores eran estos o aquellos procesados, máxime cuando lo que se aprecia de la ampliación de indagatoria ofrecida por Pinzón Mendoza es su conocimiento de Mastrascusa y Zapateiro y el hecho de que admitió la existencia de las diversas conversaciones, sólo que les dio una connotación distinta a la que les asignó el Tribunal a partir de considerarlas cruzadas en un lenguaje cifrado.

Además, en contra del cuestionamiento del defensor, en parte alguna el Tribunal afirma que se sostuvieran conversaciones entre Pinzón y Márquez, cuando ciertamente su argumentación es genérica en tanto asegura que “no existe duda de la participación en el ilícito no solo de aquellos que se acogieron a sentencia anticipada, sino también de quienes figuran aquí como procesados, pues las comunicaciones son claras, en las cuales participan los señores Antonio Zapateiro Burgos, Dalmiro Márquez Altamiranda y Edwin Pinzón Mendoza, estableciéndose el conocimiento que éstos tenían sobre la droga, el valor de ésta y sobre el lugar donde se encontraba”.

De otro lado, que el ad quem haya inferido responsabilidad del procesado Pinzón Mendoza por haber formulado solicitud de sentencia anticipada, que finalmente no se tramitó por su extemporaneidad y desistimiento, no evidencia un falso juicio de existencia, sino acaso un error de raciocinio al que obviamente el demandante no hizo alusión alguna y mucho menos demostró.

2.2.2. Incurrió el juzgador, considera finalmente el libelista, también en falso juicio de identidad al dar por comprometida la responsabilidad del acusado en un tráfico de estupefacientes con base en unas conversaciones telefónicas interceptadas que en nada se refieren a dicho ilícito, distorsionando, dice, de esa manera su contenido.

Mas el examen de la sentencia permite advertir que en ella se ofreció una explicación razonada al respecto y jurídicamente fundamentada en decisiones de constitucionalidad, inclusive, lo cual permite afirmar la inexistencia del yerro y a cambio sí la de una interpretación de dichas conversaciones desde la óptica del lenguaje cifrado que generalmente se utiliza en esta clase de delitos.

Por ejemplo, cuando Zapateiro afirma “en estos días si por ahí tenía una vaina ya lista y me la echaron abajo se cayó aquí mismo, aquí mismo en la ciudad se cayó tres de hache, aquí mismo se cayeron”, en ninguna tergiversación se incurre si al interpretar la expresión en el contexto de la conversación y de los hechos, se establece que con ella se refería a la incautación de los casi tres kilogramos de heroína objeto de este proceso.

Es patente por tanto que el yerro de identidad denunciado no se configuró.

3. En consecuencia, como no logran en esas condiciones derruir los censores la doble presunción de acierto y legalidad con que se ampara el fallo recurrido, la Corte no casará el fallo.

* * * * *

En mérito de lo expuesto 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.

Esta providencia no admite recurso alguno.

Cópiese, cúmplase, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
CASTRO CABALLERO

FERNANDO A.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
GONZÁLEZ MUÑOZ

MARÍA

DEL

ROSARIO

GUSTAVO E. MALO FERNÁNDEZ
CABRERA

EYDER PATIÑO

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria