

Proceso nº 34232

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta No. 21.

Bogotá, D.C., primero de febrero de dos mil doce.

VISTOS

Decide la Sala los recursos de casación interpuestos por el defensor de ERNESTO JAVIER FORERO VILLAMIZAR y el Procurador 17 Judicial en lo Penal II, contra el fallo del 18 de septiembre de 2009, dictado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, por cuyo medio se confirmó la sentencia del 5 de marzo de 2009 proferida por el Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad, mediante la cual condenó al procesado en cita por los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y concierto para delinquir con fines de narcotráfico.

ANTECEDENTES

Según lo que se declaró probado en el fallo impugnado, en el mes de marzo de 2004, funcionarios investigadores de la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional solicitaron a la Fiscalía General de la Nación la interceptación de varios

abonados telefónicos e iniciaron las labores investigativas pertinentes para descubrir la existencia de una organización delictiva dedicada al tráfico de estupefacientes hacia el exterior, utilizando maletas de doble fondo y correos humanos, de lo cual se tuvo conocimiento a través de una llamada anónima.

Esas labores de inteligencia, que no sólo comprendieron la interceptación de los abonados telefónicos, sino también seguimientos y vigilancias, permitieron identificar a los sujetos Paul Duby Onuha, Orlando Sánchez Arias, Mihalache Bogdan Andrei, Dumitro Necchifor, Donal Emilio Pinzón Montoya, Pedro Pablo Rico Mira, Germán Hugo Salazar Castañeda -alias "El Gato"-, César Yesid Rojas Márquez -alias "El Mono"- y ERNESTO JAVIER FORERO VILLAMIZAR -alias "El Doctor"-, como integrantes de la organización criminal, situación que se corroboró a través de distintas incautaciones de sustancia estupefaciente, realizadas, las primeras, el 24 de enero de 2006 en el Aeropuerto El Dorado de Bogotá, de 105 y 63 capsulas de cocaína a los ciudadanos rumanos Mihalache Bogdan Andrei y Dumitru Necchifor, respectivamente, con un peso total de 1660 gramos; y la segunda, el 18 de febrero de 2006, en el sector de Chapinero, de 1990,9 gramos de la misma sustancia, a Donal Emilio Pinzón Montoya.

De acuerdo con el testimonio de la suboficial que dirigió la investigación policial, la participación de FORERO VILLAMIZAR se detectó en el año 2005, a raíz de las comunicaciones que el mismo sostuvo con Germán Hugo Salazar Castañeda, quien dentro de la red lideraba varios brazos de la organización criminal, uno de ellos, el que conformaba con el mencionado procesado, aclarando que los rumanos capturados pertenecían a otro brazo de la organización criminal, de la que no hacía parte FORERO VILLAMIZAR.

Se destaca que en la presente actuación sólo se juzga el comportamiento del mencionado FORERO VILLAMIZAR, pues los restantes involucrados se acogieron al trámite de sentencia anticipada, generándose el rompimiento de la unidad procesal.

Con base en los informes policivos respectivos, el Fiscal Uno Especializado de la Unidad Nacional de Narcotráfico e Interdicción Marina, UNAIM, ordenó la apertura de instrucción el 26 de mayo de 2006, a la cual se vinculó, entre otros, a ERNESTO JAVIER FORERO VILLAMIZAR, a quien se le escuchó en indagatoria el 9 de junio de 2006, siendo resuelta su situación jurídica el 20 siguiente, con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin excarcelación, como posible coautor de los delitos de concierto para delinquir con fines de narcotráfico y tráfico de estupefacientes.

Mediante resolución del 19 de enero de 2007 se calificó el mérito del sumario acusando al procesado como posible autor responsable de los mismos delitos señalados en el punto anterior, decisión que causó ejecutoria el 15 de marzo de 2007, fecha en la cual se admitió el desistimiento del recurso de apelación que había interpuesto su defensor contra la decisión acusatoria.

El conocimiento del juicio estuvo a cargo del Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de Bogotá, despacho que luego de los trámites pertinentes, dictó sentencia de primera instancia el 5 de marzo de 2009, condenando al procesado ERNESTO JAVIER FORERO VILLAMIZAR a las penas principales de 82 meses de prisión y multa de 2050 salarios mínimos legales mensuales vigentes y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, como coautor responsable de los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y concierto para delinquir con fines de narcotráfico. Al condenado se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Inconformes con tal determinación, tanto el Procurador Delegado como el defensor del procesado interpusieron recurso de apelación, el cual fue desatado por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que mediante sentencia del 18 de septiembre de 2009, la confirmó íntegramente.

Contra la decisión de segunda instancia, los mismos sujetos procesales presentaron recurso de casación, cuyas demandas fueron admitidas por el Magistrado Ponente en auto del 10 de junio de 2010, dándose el correspondiente traslado al Procurador Delegado para al Casación Penal, cuyo concepto se recibió en el Despacho respectivo el 1º de diciembre 2011.

LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

1. La presentada por el defensor de ERNESTO JAVIER FORERO VILLAMIZAR.

Al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, el defensor formula dos cargos, cuya fundamentación se resume en los siguientes términos:

Primer cargo

Acusa al fallador de haber incurrido en error de hecho por falso juicio de existencia, que condujo a la indebida aplicación de los artículos 6, 9, 10 y 376 del Código Penal y 7 del Código de Procedimiento Penal, al condenarse al procesado ERNESTO JAVIER FORERO VILLAMIZAR por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, cuando debió absolversele por carencia de objeto material, que genera la atipicidad de la conducta.

En orden a fundamentar el cargo, refiere que el fallador valoró pruebas que no existen en el proceso, pues no aparecen relacionadas en la solicitud probatoria que hizo la Fiscalía en la etapa de juzgamiento, no fueron decretadas y practicadas en la misma, como tampoco fueron relacionadas en la resolución de acusación, en el capítulo respectivo.

Esas pruebas, dice, están constituidas por el informe de policía judicial sobre la captura en

flagrancia del señor Donal Emilio Pinzón Montoya; el acta de incautación de la sustancia estupefaciente; el registro de cadena de custodia de dicha sustancia; y el correspondiente peritaje que determina la naturaleza y peso neto de la sustancia incautada.

Después de destacar los apartes pertinentes de los fallos de primera y segunda instancia en los que se hizo alusión al tema acreditado con tales elementos de juicio, a saber, la captura de Donal Emilio Pinzón Montoya en posesión de la droga que le fue incautada, su naturaleza y peso, reitera que los sentenciadores dieron por probado tal hecho con base en elementos de juicio que nunca se incorporaron legalmente al proceso, incurriendo en el error de hecho que denuncia.

Por lo tanto, ante la inexistencia de prueba que respalde la acreditación de ese hecho, las conclusiones del fallador quedan respaldadas por meras suposiciones, especialmente las que sustentan la existencia del objeto material del delito.

De otro lado, advierte que el Tribunal condenó a FORERO VILLAMIZAR por la conducta señalada en el inciso 3º del artículo 376 del Código Penal, aduciendo que la droga incautada arrojó un peso de 1600 gramos, cuando está acreditado que esa cantidad no le fue decomisada a Donal Pinzón, sino a los ciudadanos rumanos, con los cuales el procesado no tuvo relación alguna, aspecto que a pesar de reconocerse en el fallo, no se tuvo en cuenta al dosificar la pena impuesta.

Según el defensor, la condena por el delito de tráfico de estupefacientes, se base en el conocimiento privado de los falladores, lo cual es inadmisibles para sustentar una condena, como se sostiene por la jurisprudencia constitucional, en la sentencia C-595 de 1998.

El error es trascendente, pues de no haber ocurrido los falladores habrían concluido en la ausencia del objeto material del delito de tráfico de estupefacientes y, por ese camino, en

la atipicidad de la conducta.

Pide, en consecuencia, que se case el fallo impugnado, y en su lugar se profiera uno de reemplazo absolviendo al procesado FORERO VILLAMIZAR del cargo por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Segundo cargo

Acusa al fallador de haber incurrido en un error de hecho por falso raciocinio, que condujo a la indebida aplicación de los artículos 376, 340 y 31 del Código Penal y a la falta de aplicación del artículo 7 del Código de Procedimiento Penal.

En orden a fundamentar el cargo, esgrime que los sentenciadores basaron la decisión de condena en el dictamen pericial de voces, en cuya valoración incurrieron en un falso raciocinio.

Después de transcribir los apartes pertinentes de la sentencia en los cuales se hace alusión a ese medio de convicción y el contenido del dictamen mismo, advierte que en el presente caso, originalmente, a folios 160 a 170 del cuaderno No. 7, la perito de la DIJIN emitió concepto para determinar “si las grabaciones son aptas para cotejo de voz”, estableciendo cuáles eran los segmentos útiles de habla de los casetes 1 y 2 del celular 3103252115 y del casete 1 del celular 3123019842, sobre los cuales luego emitió el dictamen pericial de voces.

Dice que en ese primer concepto, al establecer los segmentos útiles, la perito descartó los otros segmentos por no ser útiles. No obstante ello, fueron tomados en cuenta para realizar el cotejo de voces, como lo acredita con un cuadro comparativo de las muestras que se tomaron en cuenta para cada concepto.

Agrega que aunque la perito ofreció unas explicaciones para justificar el error, al

momento de valorar el dictamen pericial de voces el Tribunal no tuvo en cuenta la contradicción argumentativa de tales explicaciones, apartándose del principio científico que rige la “evaluación cualitativa de la muestra de voz”, que según el concepto de un experto en la materia, “consiste en que el examen preliminar a nivel auditivo y espectrográfico se establece para determinar si las muestras contienen calidad suficiente que permita una comparación útil entre las mismas”, pues en este caso se origina una duda en la calidad de las muestras sobre las cuales se realizó el cotejo para determinar la correspondencia de voz.

Agrega que el juzgador también trasgredió el principio de lógica de no contradicción, según el cual si hay dos juicios de los cuales uno afirma y otro niega la misma cosa, no es posible que ambos sean verdaderos.

En este caso, es contradictorio que la perito sostenga que para el cotejo seleccionó la mejor muestra, cuando en el primer concepto, sobre la misma, había dicho que no era utilizable para cotejo de voz. También es contradictoria su afirmación inicial en el sentido de que al hacer el análisis pericial de voces, volvió a revisar el audio que es considerado apto y que de él se seleccionaron segmentos aptos para cotejo, algunos de los cuales se ampliaron, cuando es evidente que se trata de los mismos segmentos que en el concepto del 29 de diciembre de 2009, se desecharon para tales fines, generando confusión.

Según el censor, las razones de la perito no son suficientes para explicar tales contradicciones, pues las mismas no se observan científicas, sino subjetivas y acomodadas a los intereses alejados de la justicia y la verdad, encaminadas a demostrar “de manera maquiavélica” la responsabilidad penal del procesado.

Aunado a lo anterior, dice, la perito no garantizó las condiciones acústicas para la calidad del cotejo, cuando en el mismo dictamen se aclara que las dos grabaciones, dudosa e

indubitada, deben permitir la interpretación de los componentes diferenciadores, que se interpreta como un “deber ser” de dicha circunstancia, pero no da certeza de que las grabaciones reúnen las condiciones acústicas para el cotejo en su calidad.

En relación con la norma de evaluación “grabaciones originales”, que rige el análisis de identificación de voces, tampoco se cumplió, pues aunque la perito consignó que los casetes 1 y 3 eran originales, no hizo lo propio con el casete 2, que contiene el mayor número de vocablos, entre ellos los que hablan de un cheque por valor de \$6.100.000.

Según el censor, si el Tribunal hubiese tenido en cuenta el incumplimiento de esas normas de evaluación, no habría concluido en la certeza de la coautoría y responsabilidad de su representado, pues los demás elementos de juicio analizados fundan su fuerza probatoria en ese dictamen pericial de voces, generándose una duda que habría conducido a la absolución.

Alega que el dictamen pericial no puede ser sustituido por la declaración que rindió Johana Liliana Rueda, pues la testigo habla es del informe No. 0837/DIRAN- AREIN- GRUJU- PROHE del 25 de mayo de 2006, que resume el seguimiento donde se interceptaron varias líneas telefónicas, de celulares y fijos, y las transliteraciones de varias llamadas, informe que por sí sólo nada dice sobre la responsabilidad de su defendido.

En ese contexto, dice, para arribar a la certeza de responsabilidad de su defendido es necesario contar con el dictamen pericial de voces a través del cual se establezca que las llamadas sí corresponden a las que hizo o recibo FORERO VILLAMIZAR, aspecto frente al cual existe duda.

Según el defensor, tales reflexiones conducen a la falta de certeza sobre la responsabilidad del procesado, ya que no se sabe si el mismo concertó con otras

personas para el tráfico de estupefacientes, pues cuando se habla del cheque de \$6.100.000 a nombre de ERNESTO FORERO, se toma como fuente la declaración de Johana Rueda, pero el casete de donde se tomó esa transliteración no es original ni cotejable, por lo que esa manifestación queda “sin sentido probatorio”.

Pide, en consecuencia, que se case el fallo impugnado, para que, en su lugar, se profiera uno de reemplazo, absolviendo al médico ERNESTO JAVIER FORERO VILLAMIZAR.

2. Demanda del Procurador 17 Judicial en lo Penal II

Primer cargo

Al amparo de la causal tercera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, acusa la nulidad de la sentencia condenatoria por falta de motivación, que condujo a la indebida aplicación de los artículos 376, 340 y 31 del Código Penal y a la falta de aplicación de los artículos 8, 9, 13, 16, 170 y 204, inciso final, del Código de Procedimiento Penal, y 29 de la Carta Política.

En orden a sustentar el cargo, refiere que de la simple lectura de la sentencia de primera instancia, se advierte de manera manifiesta que su contenido es ininteligible, generando una motivación incompleta y deficiente, vicio que al ser confirmado en segunda instancia, se traslada a ese fallo.

Dice que de las críticas aducidas por el Tribunal a la sentencia de primera instancia, se determina la falta de motivación, pues no se trata, como lo advierte ese fallador, de un simple problema de redacción, sino de errores de estructura argumentativa y sustento jurídico, por lo que no puede decirse que cumple con la expectativa razonable de una adecuada motivación.

Después de hacer algunas citas jurisprudenciales emanadas de esta Corte, concreta que el vicio en este caso se genera por motivación incompleta o deficiente, pues la

sentencia de primera instancia no contiene un juicio de derecho serio, es decir, no explica los motivos que tuvo para dar solución jurídica a la cuestión del debate y los motivos que lo condujeron a seleccionar una determinada norma jurídica.

Es así como, para argumentar la existencia de los hechos delictivos, la sentencia redacta de manera entremezclada la transcripción de algunas conversaciones y lo que se cree pueden ser las conclusiones del juzgador, haciendo apenas una referencia tangencial de orden probatorio, y ninguna jurídica, como dice demostrarlo con los apartes que cita de la misma.

Agrega que en lo que tiene que ver con el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, la sentencia cuestionada tampoco describe de manera expresa el verbo rector por el cual se condena al procesado, sino que requiere realizar una “inferencia mental” para concluir que se trata del verbo “suministrar”.

Y cuando trata de la responsabilidad del procesado, el juzgador sólo tiene en cuenta el dictamen pericial de reconocimiento de voces, partiendo de la simple consideración de que el perito es un experto, sin que ninguno de los razonamientos “inintendibles” se orientaran a acreditar esa responsabilidad.

Frente al concierto para delinquir, dice, el A-quo omite señalar las razones fácticas y jurídicas que sustentan su decisión, lo cual genera una inmensa deficiencia de motivación del fallo de primera instancia.

Aunado a ello, como lo reconoció el mismo Tribunal al dosificar la pena, el Juzgado encuadró la conducta en el inciso 3º del artículo 376 del Código Penal, sin explicar las razones fácticas y jurídicas de tal determinación.

Advierte que el Tribunal, en lugar de anular el fallo impugnado, decide reemplazar al juzgador de primera instancia, para dictar el fallo de segunda con una motivación

adecuada, variando el verbo rector de “suministrar” por el de “financiar”, proceder con el cual se violó el derecho a la doble instancia de los intervinientes procesales, ejerciendo de paso una competencia que no le correspondía.

Pide, en consecuencia, que se case la sentencia impugnada para que se decrete la nulidad de todo lo actuado a partir del fallo de primera instancia, que debe dictarse con la debida motivación.

Segundo cargo

Al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, acusa la sentencia de ser violatoria por vía indirecta de la ley sustancial por error de hecho derivado de un falso raciocinio, lo que condujo a la aplicación indebida de los artículos 376, 340 y 31 del Código Penal, y a la falta de aplicación de los artículos 7 y 232 del Código de Procedimiento Penal y 29 de la Carta Política.

En orden a fundamentar el cargo, esgrime que el Tribunal basa su fallo, principalmente, en el dictamen pericial de voces, de fecha 13 de junio de 2007, suscrito por la Fonoaudióloga Perito en Acústica Forense de la DIJIN, doctora Judith Valencia Torres, aclarado por la misma en la audiencia pública.

Sin embargo, dice, la inferencia realizada por el Juzgador a partir de ese dictamen contradice los principios de la ciencia que rigen los métodos de investigación científica, especialmente el “principio científico del muestreo” o del “error muestral”.

Según el Ministerio Público, la muestra del material dubitado para estudio, tomada por la perito, es de las llamadas “no probabilística” en las que “el investigador procede a ciegas, pues no puede tener idea del error que puede estar introduciendo en sus apreciaciones”. Por el contrario, en “las probabilísticas”, la característica fundamental es que todo elemento tiene una determinada probabilidad de integrar la

muestra, y esa probabilidad puede ser calculada matemáticamente con precisión.

En el presente caso, esa probabilidad de las muestras del material de estudio dubitado no pudo ser calculado con precisión, porque la perito Valencia Torres desconoce el número exacto del universo de las grabaciones realizadas durante todo el proceso penal o, por lo menos, no se estableció tal circunstancia en su dictamen.

Recuerda que el universo de las grabaciones en este evento, estuvo integrado por 10 casetes marca Sony, únicos que recibió la perito, de los cuales extrajo 3 al azar como muestras para realizar el respectivo audio. No obstante, la especialista no podía saber si la Policía Judicial mantenía bajo su custodia otros casetes, por lo que sus resultados no pueden proyectarse, con fiabilidad, a ese universo. Por lo mismo, tampoco es posible calcular “el error muestral del resultado obtenido”.

Después de transcribir apartes de lo que señaló la perito sobre el margen de error, deduce que la única certeza que la misma puede ofrecer, “es que su dictamen busca reducir el margen de error de su resultado”, es decir, que nunca se tendrá plena convicción de que la voz del material dubitado corresponda a la del procesado ERNESTO JAVIER FORERO VILLAMIZAR, lo cual genera una inmensa duda que debe resolverse a favor del procesado.

Advierte que a pesar de la inexactitud, la perito nunca calculó el error que podía cometer, no estableció el porcentaje de riesgo, de acuerdo con los datos concretos disponibles.

Recuerda que una de las técnicas forenses para la identificación por medio de la voz, es el uso del espectrógrafo, cuya función consiste en registrar en forma de espectrogramas las características de la voz. Y aunque en el presente caso se utilizó un “Analizador de Voz CSL 4400”, de todas maneras el método de identificación por medio de la voz, requiere el cumplimiento de los principios científicos básicos universales para que su resultado posea un alto nivel de objetividad y confiabilidad.

Como en el dictamen pericial de este caso desconoció el principio del muestreo, al mismo no se le puede asignar el valor probatorio que erradamente le atribuyó el Tribunal, menos para originar certeza sobre la autoría y responsabilidad del procesado FORERO VILLAMIZAR.

Sostiene que el Tribunal, haciendo una mezcla entre lo que entiende por regla de la experiencia y principio científico, estableció que “la parte puede determinar cómo se conforma el universo”, desconociendo el principio del muestreo y de manera especial del “error muestral”, que de haber sido atendidos por el juzgador, no le habrían permitido otorgar al dictamen de voces el valor probatorio que le asignó, primero, porque no cumple con el aseguramiento de calidad aplicado, según el artículo 257 del Código de Procedimiento Penal y, segundo, porque ello conlleva a una “deficiencia en la fundamentación técnico-científica”, como lo es la falta de técnica del muestreo al proferirse el dictamen.

En tales condiciones, concluye, el dictamen pericial de voces no consigue demostrar la responsabilidad del procesado y el vacío no puede ser suplido con la declaración de la perito Johana Liliana Rueda, por las razones arriba señaladas.

Pide, en consecuencia, que se case la sentencia para que en su lugar se profiera fallo de reemplazo, absolviendo al procesado FORERO VILLAMIZAR.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. Sobre la demanda a nombre del procesado ERNESTO JAVIER FORERO VILLAMIZAR

Primer cargo

Para el Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal el cargo por error de hecho a consecuencia de un falso juicio de existencia en la modalidad de suposición probatoria,

no está llamado a prosperar porque, en primer lugar, los aspectos destacados por el censor, si bien fueron mencionados por los juzgadores de instancia de manera tangencial, lo cierto es que no formaron parte trascendente de la determinación adoptada, al punto que la situación de Donal Emilio Pinzón Montoya ni siquiera fue tomada en cuenta para establecer la cantidad de sustancia incautada.

En segundo lugar, encuentra que el censor dejó de lado consideraciones relativas a que las investigaciones de los funcionarios de policía judicial daban cuenta de la existencia de una organización delictiva con división de trabajo dedicada al tráfico de estupefacientes, y no de una sola persona, de donde resulta irrelevante el hecho de que algunos de los integrantes de la empresa criminal hubieran sido capturados en posesión de determinada cantidad de sustancia narcótica, pues si bien tal aspecto era de importancia para endilgar a la totalidad de sus miembros una causal específica de agravación, su ausencia en manera alguna impide atribuir participación al aquí procesado en calidad de financista de las actividades ilícitas, como lo determinó el Tribunal.

Además, es incuestionable que a pesar de que excluyera de las sentencias de instancia las referencias tangenciales a la captura de Donal Emilio Pinzón Montoya, la ponderación y confrontación de su contenido en conjunto con todo el acervo probatorio, no alcanzaría a infundir en la actuación un aporte que condujera a deducciones lógico jurídicas diametralmente distintas de las plasmadas en el fallo censurado.

Segundo cargo

El Procurador Delegado no encuentra razón al libelista cuando atribuye al fallador yerros en el proceso intelectual del examen de las pruebas.

Ello porque, desde el punto de vista criminalístico, el dictamen pericial sobre reconocimiento de voz cumple con el propósito de demostrar la identidad de una persona, en razón a que con fundamento en ese estudio se pueden distinguir diversos

elementos, tales como el tono, la intensidad, el timbre, el ritmo, la melodía, entre otros, lo que permite efectuar cotejos con gran probabilidad de aciertos, siempre que el análisis se realice de manera científica mediante la utilización de sofisticados implementos que involucran la disponibilidad de equipos y de software específicos, lo que hace que el estudio de la voz sea objetivo.

Por eso, advierte, en el curso de la audiencia pública, la perito se encargó de dilucidar las diversas inquietudes de los sujetos procesales, explicando los motivos por los cuales en un dictamen se podía señalar que determinados apartes del material sometido a estudio no era apto para la prueba acústica, pese a lo cual posteriormente se podía tener en cuenta, específicamente atendiendo al “universo de audios que le enviaron para el caso”, eventualidad que le permitió realizar un primer análisis espectrográfico y posteriormente tamizar el material, lo que permitió depurarlo, y de esa manera, ante el análisis más exhaustivo, concluir que las muestras si son aptas para cotejo.

Advierte que el censor no ofrece una censura en concreto, sino que simplemente plantea un criterio personal respecto de la credibilidad que es viable otorgar a determinados elementos de juicio, pero sin apoyo en razonamiento dialéctico de demostración de error aducible en sede extraordinaria de casación.

Según el Delegado, la revisión atenta del fallo evidencia que el juzgador no partió de hechos inciertos o dudosos, ni forzó el curso de la inferencia lógica con conclusiones irracionales, pues en detalle se explican las razones por las cuales estimó jurídico y acertado otorgar valor probatorio al dictamen pericial.

Concluye, en consecuencia, que el reproche carece de fundamento.

2. Sobre la demanda del Procurador Judicial 17 Penal II

Primer cargo

El Procurador encuentra que el demandante se limita a cuestionar la motivación contenida en la sentencia de primera instancia, olvidando que los fallos de primer y segundo grado constituyen una unidad jurídica inescindible, por lo que el análisis de estas providencias debe realizarse bajo la perspectiva de su integridad, por lo que no es posible excluir el contenido y significado de la sentencia de segunda instancia en la crítica que por falta de motivación se pretende hacer a la decisión de primer grado.

Advierte que aunque la sentencia del Juzgado no constituye un paradigma o modelo de acto jurisdiccional que le pone fin al conflicto que se resuelve, no es cierto que no exponga las razones de la decisión de manera tal que imposibilite su impugnación, porque analizadas en su contexto, describen el comportamiento atribuible al acusado, precisa la conducta que le era reprochable e indica las pruebas que le sirvieron de fundamento y la valoración que les correspondía, razón por la cual no puede afirmarse que se trata de una decisión inmotivada.

Por su parte, para resolver la apelación el Tribunal precisó el contenido de la sentencia de primera instancia, registrando luego los motivos de inconformidad de los apelantes que especifica en forma detallada, para concluir luego que no existe ninguna duda en relación con la adecuación típica de las conductas en cuanto a los elementos que estructuran los delitos objeto de investigación, encontrando certeza en la autoría del hecho y la responsabilidad que le cabe al procesado.

En esas condiciones, como no se está frente a un caso de violación flagrante del deber constitucional y legal de exponer en forma razonada y completa los fundamentos de la decisión, se impone la improsperidad de la nulidad que se deprecia.

Segundo cargo

Según el Delegado, lejos de atribuir al fallador una acción valorativa con desconocimiento de las reglas de la sana crítica, lo que hace el censor es oponer su propio

análisis de la prueba, lo cual es inadmisibile en sede de casación.

Además, el planteamiento tampoco se ajusta a la realidad, pues el dictamen pericial sobre reconocimiento de voz cumple con el propósito de demostrar la identidad de una persona, debido a que los correspondientes cotejos ofrecen gran probabilidad de acierto.

Destaca que si bien dentro de los mecanismos utilizados en el proceso, aparecen las “muestras”, que constituyen un patrón de referencia, la aplicación de dicha norma no implica la obligatoriedad de utilizar un porcentaje determinado de muestras, pues es absolutamente factible que con la utilización de un único patrón de sonido o con un número reducido de ellos, se alcancen resultados satisfactorios en el procedimiento realizado, toda vez que en la etapa de comparación de patrones se realiza una comparación directa entre la muestra dubitada (a reconocer) y la indubitada, de manera tal que se obtenga un resultado enteramente confiable.

En tales condiciones, concluye, el reproche no está llamado a prosperar.

No obstante, considera que la Corte debe casar parcial y oficiosamente el fallo demandado, pues se aprecia que aunque en su argumentación el Tribunal corrigió el yerro cometido por el a quo, respecto de la relación que hizo de la captura de Dumitru Nechufor y Mihaleche Bogan y la incautación de la droga por ellos transportada, en cantidad de 1600 gramos de cocaína, con la situación personal de ERNESTO JAVIER FORERO VILLAMIZAR, cuando lo cierto es que la sub teniente Liliana Rueda informó en audiencia pública que la organización delincidencial tenía varias divisiones y los mencionados pertenecían a un grupo diferente de aquel vinculado con el aquí procesado, posteriormente, en el proceso de dosificación punitiva se refirió a la cantidad de droga incautada a esas personas para encuadrar el comportamiento punible en las previsiones del artículo 376, numeral tercero, del Código Penal, pese a que, como lo había anunciado en su oportunidad, el procesado nada tenía que ver con ese hecho.

Por ello, a pesar de hallarse acreditada la participación del procesado en los comportamientos punibles que le fueron endilgados en la acusación, ante la presencia de una duda insalvable en torno a la cantidad de sustancia estupefaciente respecto de la cual el procesado ayudó a financiar su comercialización ilegal, considera procedente aplicar la sanción prevista en el inciso segundo del mencionado artículo 376 del Código Penal.

En conclusión, solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada en relación con los cargos propuestos en la demanda de casación, pero casarla de oficio, parcialmente, para dosificar la pena de acuerdo con las previsiones de la norma que se acaba de mencionar.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Sobre la demanda a nombre del procesado ERNESTO JAVIER FORERO VILLAMIZAR

Primer cargo. Falso juicio de existencia por suposición probatoria.

La jurisprudencia de la Sala ha reiterado que incurre en error de hecho por falso juicio de existencia el juez que omite apreciar una prueba legalmente aportada al proceso, o cuando, contrario sensu, infiere consecuencias valorativas a partir de un medio de convicción que no forma parte del mismo por no haber sido incorporado.

En el presente caso el defensor alega que el fallador valoró el informe de policía judicial sobre la captura en flagrancia del señor Donal Emilio Pinzón Montoya, el acta de incautación de la sustancia estupefaciente que le fue decomisada, el registro de cadena de custodia de la sustancia y el correspondiente peritaje que determina la naturaleza y peso neto de la misma, cuando se trata de elementos de juicio que materialmente no existen en el proceso, porque no aparecen relacionados en la solicitud probatoria que hizo la Fiscalía en la etapa de juzgamiento, no fueron autorizados y practicados en la misma y tampoco incluidos en la resolución de acusación, en el capítulo respectivo.

Varios aspectos llevan a la improsperidad del cargo.

En primer lugar, se recuerda que el sistema regido por la Ley 600 de 2000, normativa aplicable al caso concreto, contempla un indiscutible principio de permanencia de la prueba -por contraposición a la sistemática diseñada en la Ley 906 de 2004, que considera prueba únicamente la practicada o aportada en curso de la audiencia de juicio oral-, por virtud del cual, los elementos suasorios aportados de manera legal, regular y oportuna en la investigación previa, la instrucción o el juicio, tienen plena capacidad probatoria y, por consecuencia, dado el principio de libertad probatoria que con el anterior entronca, perfectamente pueden servir para soportar una decisión de condena.

De esta forma, si sucede que la prueba de incriminación sustancial se aportó en un solo momento procesal, dígase la investigación previa o la instrucción, nada importa que en las subsecuentes se dejen de allegar otras o el proceso discurra sin mayores aportes en la materia, pues, si esos elementos comportan el criterio de certeza que para condenar consagra la ley, nada distinto a impartir la correspondiente sentencia debe hacer el juez.

En segundo lugar, advierte la Sala que si bien en la sentencia impugnada se dio por probada la captura de Donal Emilio Pinzón Montoya en posesión de 1.990 gramos de cocaína, hecho ocurrido el 18 de febrero de 2006 en la calle 63 con carrera 23 de Bogotá y con el cual se relacionó al procesado ERNESTO JAVIER FORERO VILLAMIZAR, nunca se mencionó como sustento probatorio de tal acontecer, las pruebas que enuncia el demandante, a saber, el informe de policía judicial sobre la captura en flagrancia, el acta de incautación de la sustancia estupefaciente, el registro de cadena de custodia de la sustancia y el correspondiente peritaje que determina la naturaleza y peso neto de la misma.

Y ello no podía ser así porque a pesar de que tales evidencias se recogieron en otra actuación procesal, nunca se trasladaron a este expediente, al punto que el conocimiento

del hecho llegó por otras fuentes perfectamente válidas, que igualmente respaldan la acreditación del suceso, descalificando las alegaciones del censor sobre la ausencia de prueba demostrativa de la captura de Donal Emilio Pinzón Montoya en posesión de la sustancia estupefaciente.

Es así como en el informe de Policía No. 0837/DIRAN- AREIN- GRUJU-PROHE del 25 de mayo de 2006, que sirvió de base para encaminar esta investigación penal y fue citado en el fallo impugnado¹, se consigna que:

“El día 18 de febrero de 2006, funcionarios de la Policía Judicial Nacional adscritos a la Estación de Policía 13 Teusaquillo, en vía pública de la ciudad de Bogotá -Sector Chapinero (Trasversal 23 Diagonal 63 Aproximadamente); capturaron al señor DONAL EMILIO PINZON MOTOYA (sic) identificado con la C.C. No. 79.796.014; quien transportaba consigo una caja en cuyo interior fueron hallados dos paquetes en forma rectangular que contenían sustancia estupefaciente (aproximadamente 1990 gramos de cocaína)².

Suceso ratificado por la funcionaria que suscribe el informe, Subintendente Johana Liliana Rueda Borda, en la declaración juramentada que rindió en la etapa previa de la investigación³, en la cual relató que:

“DONAL EMILIO PINZÓN MONTOYA es la persona que posee los contactos en la zona de carga del aeropuerto, además de servir de puente entre los dueños de la droga y las personas de las empresas de carga que facilitan el ingreso y camuflaje de la sustancia estupefaciente. Este sujeto fue arrestado el día 18 de febrero de 2006, en vía pública de la ciudad de Bogotá con sustancia estupefaciente.”

A su vez, obra en el proceso la indagatoria que en el curso de la instrucción se tomó a Donal Emilio Pinzón Montoya, en la cual admitió haber sido capturado el 18 de febrero de 2006 en un sector de Chapinero de la ciudad de Bogotá, en posesión de 1.990

gramos de cocaína⁴.

También durante la etapa instructiva se incorporaron copias de las sentencias de primera y segunda instancia, proferidas, en su orden, por el Juzgado 32 Penal del Circuito de Bogotá y el Tribunal Superior de la misma ciudad, fechadas el 13 de junio y el 26 de julio de 2006, respectivamente, mediante las cuales se condenó a Donal Emilio Pinzón Montoya como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, con ocasión del decomiso de 1.990.9 gramos de cocaína, hallados en su poder el 18 de febrero de 2006, cuando se le sometió a una requisita policial en momentos en que transitaba por la carrera 21 con calle 57 de la ciudad de Bogotá⁵.

De esa manera, el hecho relacionado con la incautación de sustancia estupefaciente a Pinzón Montoya, en la cantidad, fecha y lugar que se advirtieron probados en el fallo demandando, cuenta con prueba legal, regular y oportunamente incorporada al proceso, por lo que el cargo no tiene posibilidad de prosperar.

Segundo cargo

Según el censor, el fallador de segunda instancia incurrió en un falso raciocinio porque al momento de valorar el dictamen pericial de cotejo de voces, desconoció la contradicción argumentativa en que incurrió la perito, ya que en un primer dictamen, al establecer los segmentos útiles de habla de los casetes 1 y 2 del celular No. 3103252115 y del casete 1 del celular No. 3123019842, descartó apartes que se consideraron inservibles para esos efectos, mismos que luego, en el segundo dictamen, fueron tomados para realizar el cotejo de voces, lo cual se constituye en una violación al principio de no contradicción.

Sobre esta primera crítica, encuentra la Sala que la supuesta contradicción en que incurrió la perito fonoaudióloga Judith Valencia Torres, fue objeto de análisis en la sentencia del Tribunal, en la cual se advierte que después de analizar el testimonio

rendido por la misma en el curso de audiencia pública, descarto la existencia del error. Así reflexionó el fallador:

“...Con ese exhaustivo cuestionario (al que fue sometido la perito) se logró establecer porque en un momento dado en un dictamen se podía señalar que el material magnetofónico no era apto para la prueba acústica y en otro posterior resultaba idóneo, lo que explicó con base en: “el universo de audios que se le enviaron para este caso” donde realizó un primer análisis espectrográfico sobre lo que es apto y lo que no lo es. Posteriormente le solicitan que sobre los aptos indique en cantidad de habla, cuáles permiten realizar un cotejo de voz. Es decir, que a medida que se va adelantando el análisis, en primer lugar se realiza un estudio preliminar, se tamiza el material, luego se va depurando y haciendo más profundo, por lo que si bien en un primer lugar se pudo haber indicado que el audio no era apto, puede con posterioridad resultar idóneo, debido a que se realizó un análisis más exhaustivo, que determinó que algunas muestras si eran dignas de cotejo.”⁶

De esa manera, no advierte la Sala que el fallador haya desconocido el principio de lógica de no contradicción, pues lo único que hizo para responder las inquietudes de la defensa, fue remitirse a las explicaciones que al respecto ofreció la perito en el curso de la audiencia pública, las cuales, como se sostiene en el fallo, resultan completamente atendibles, dadas las características del concepto técnico que se buscó obtener a través de ese medio.

En efecto, es cierto que en el concepto técnico emitido por la fonoaudióloga Judith Valencia Torres el 29 de diciembre de 2006, sobre los ocho (8) casetes remitidos mediante oficio 878 del 4 de los mismos, para “determinar si las grabaciones son aptas para cotejo de voz”, encontró útiles para tales efectos, los siguientes segmentos de habla:

“...casete 1 celular 3103252115 lado A del 071 al 123 P.R.C., del 130 al 159 P.R.C., por el lado B del 118 P.R.C. hasta el 136 P.R.C., del 234 P.R.C. hasta el 244 P.R.C., del 273 P.R.C. hasta el 285 P.R.C. Del celular 3123019842 casete 1 lado A 021 P.R.C. hasta el 046 P.R.C. Caset 1, lado A del celular 3108602279 022 P.R.C. hasta el 210 P.R. C. y luego del 255 P.R.C. hasta el 398 P.R.C. y lado B es útil para análisis del 120 P.R.C. hasta el 415 P.R.C. Del casete 2 celular 3108602279 lado A es útil del 074 P.R.C hasta el 189 P.R.C, del casete 2 celular 3103252115 (sic) es útil del lado A el P.R.C. 080 al 230 P.R.C. y del 243 P.R.C hasta el 268 P.R.C y por el lado B del 011 P.R.C. 075 P.R.C. En el casete 2 celular 3108602279 no hay audio útil. El casete No. 3 cel 3103252115, no hay audio apto para análisis, Casete 4 cel 3103232115 lado A se encuentra útil del 018 P.R.C. hasta el 210 P.R.C. El casete No. 1 celular 3118205367 marcado a mano ERNESTO ALIAS EL DOCTOR, no es apto para análisis. En cuanto al casete marcado a mano Audiencia de Descargos. (sic) El contenido que corre entre el 009 P.R.C. hasta el 381 P.R.C. es apto para análisis auditivo y lingüístico, más no para todo el contenido en análisis Acústico. En cuanto al CD-R se puede reportar de igual manera que su contenido permite un análisis auditivo y lingüístico más no acústico.”⁷

Posteriormente, en el dictamen rendido el 15 de junio de 2007, en el cual se conceptúa en relación con el cotejo de voces sobre el material dubitado -grabaciones de las llamadas interceptadas- e indubitado -muestras tomadas al procesado ERNESTO JAVIER FORERO VILLAMIZAR-, la perito especificó que el resultado se sustenta en los siguientes segmentos del material dubitado:

“... casete marca SONY 60 min. rotulado Dirección Antinarcóticos, Policía Nacional, marcado como cassette 1n original cel 312-3019842 donde participan dos hablantes masculinos uno de los cuales se identifica como “ERNESTO2 PRC 110. donde participan dos hablantes masculinos uno de los cuales pronuncia los siguientes vocablos y es objeto del presente estudio “a las once me quedaron mire estoy raspando la hoyá (sic) de la cocina mano... la condición es el siguiente...no no me la prestan si no es el

miércoles...mire estoy confiando el cien por ciento con uste (sic)... estoy encerrado trabajando porque no he salido en toda la noche...".

"...audio cassette marca SONY EF 60 rotulado como Dirección Antinarcóticos Policía Nacional marcado a mano cassette 1 cel 3103252115 donde participan dos voces masculinas en los segmentos que a continuación se detallan y es objeto del presente estudio el hablante que responde al nombre de "ERNESTO" Lado B. PRC 012, PRC 119, PRC 137 y PRC 168 y por el lado A PRC 029, PRC 129, PRC 224, PRC 284, PRC 293 y PRC 310, donde participa un hablante masculino que pronuncia vocablos como

"...audio casete marca SONY 601 con rótulo Policía Nacional Dirección Antinarcóticos, marcado a mano cassette 2 original cel 310-3252115, donde participan dos hablantes masculinos uno de los cuales responde al nombre de "Ernesto" y es objeto del presente estudio, en los siguientes segmentos lado A PRC 296 y PRC 307. Lado B PRC 227, donde participa un hablante masculino objeto del presente estudio y es quien pronuncia vocablos como..." 8

De acuerdo a lo expresado en los dictámenes, se advierte, en primer lugar, que cada uno responde a un objeto diferente conforme la solicitud que hiciera el funcionario instructor y el juzgador en su debida oportunidad.

En el primer evento, la perito se dedicó a examinar en general el contenido del material probatorio remitido con el exclusivo fin de determinar si era apto o no para cotejo de voz con material indubitado.

Ya determinado entonces que esos elementos probatorios si facultaban la posibilidad de análisis y cotejo, en su segundo dictamen se ocupa la experta de determinar el resultado del cotejo en cuestión.

Y es evidente que ambos dictámenes refieren el examen de material dubitado

diferente, pero claramente al interrogatorio del procesado en la audiencia pública de juzgamiento, la perito explicó la razón de la disonancia, señalando que conforme el objeto de su primer dictamen, el análisis del material correspondió al llamado “tamizaje grueso”, que corresponde a una evaluación general, o mejor un mapeo de la totalidad del audio, sin entrar en detalles o concretar específicamente sus picos particulares.

Esa evaluación inicial, lo dijo la experta, no significaba que ya para el cotejo debiera solamente acudir a los que detalló segmentos útiles, pues, ya obligaba de cotejar la voz dubitada con la indubitada, el material a examinar lo era en su totalidad, pero ahora de manera más detallada y específica frente al objeto de evaluación.

Por ello, en concreto, y frente al cotejo que se requería, encontró que otros segmentos no consignados en el barrido general, resultaban aptos y permitían un mejor contraste a fin de detallar si equivalen o no a los rasgos específicos contenidos en el material indubitado.

Entonces, si la perito señala que ya de manera más profunda hubo de verificar la totalidad del material verificado, y que gracias a ello encontró elementos valiosos de contraste, para la Corte es esa una explicación válida que permite significar la inexistencia de la desarmonía propuesta y, además descarta esa que denominó el casacionista “violación del principio científico de ‘Evaluación cualitativa de la muestra de voz’”, pues el procedimiento detallado por la experta es el que con mayor vigor garantiza el cumplimiento del objeto de la prueba.

Tampoco tiene sustento alguno la queja relacionada con el desconocimiento del criterio que gobierna el cotejo de voces, según el cual éste debe hacerse siempre sobre grabaciones originales, porque la circunstancia de que en el concepto respectivo la perito hubiese omitido consignar esa característica frente al casete No. 2, que contiene el

mayor número de vocablos, entre ellos, los que hablan de un cheque por valor de \$6.100.000, no significa que el examinado no haya sido ese, pues en el oficio remisario del material enviado al Gabinete de Acústica Forense para efectos del cotejo, si se especificó que se enviaban los “cassetes originales de comunicaciones de quien ha sido identificado como ERNESTO JAVIER FORERO VILLAMIZAR”, todos debidamente embalados, rotulados, sellados y con su respectiva cadena de custodia⁹, por lo que no existe duda de que a manos de la perito llegó el material original.

Finalmente, no puede obviar la Sala que el cargo se muestra incipiente en punto de su trascendencia, pues como se advierte en el fallo impugnado, en primer lugar el procesado nunca negó sus relaciones de amistad con los hablantes en esas grabaciones, señores Germán Hugo Salazar y Cesar Yesid Rojas Márquez, quienes fueron condenados anticipadamente por los hechos aquí juzgados, después de admitir su participación en ellos y, en segundo lugar, el enjuiciado en su indagatoria no negó haber sostenido las conversaciones cifradas, sino que indicó no recordarlas.

Además, obra como prueba incriminatoria el testimonio de la Subintendente Johana Liliana Rueda Borda, quien estuvo al frente de las diligencias investigativas que llevaron al desmantelamiento de la empresa criminal, testimonio que fue ampliamente analizado en el fallo impugnado y que sirvió de fuente de conocimiento para el convencimiento del juzgador, como se afirma en siguiente apartado del mismo:

“Tampoco se puede pasar por alto el detallado relato que no sólo en sus diferentes declaraciones, sino en la vista pública hizo la funcionaria de la Policía Nacional del Grupo Antinarcóticos, de la manera como se llegó a la conclusión que FORERO VILLAMIZAR pertenecía a la red, al señalar que a la persona que inicialmente se identificó fue a Germán Salazar, y que de las interceptaciones que al teléfono del mismo se hicieron surgió un alias “El Doctor” y conforme al control técnico y verificación de encuentros a través de seguimientos, se pudo determinar que era un médico Ginecostreta (sic) que

trabajaba en el Hospital San Blas.”

En consecuencia, no prospera la censura.

2. Sobre la demanda del Procurador 17 Judicial Penal II

Antes de examinar los cargos propuestos por el representante del Ministerio Público, la Sala encuentra necesario advertir que si bien la intervención de éste sujeto procesal en sede casacional obedece a claras facultades constitucionales y legales atinentes al deber toral de velar por las garantías fundamentales y los derechos humanos, así como la protección de los derechos de todos los intervinientes en el proceso penal, esa tarea ha de desarrollarse dentro de parámetros concretos, que contextualicen la función constitucional otorgada y respeten los límites y facultades de quienes actúan como partes en el proceso.

Es claro que en el campo teórico, general y dialéctico, siempre será posible, cuando se parte de la base de que se protegen los derechos del procesado, la víctima y, en general, la sociedad, sostener necesaria y legitimada la intervención del Ministerio Público en todas cuantas actuaciones comporte el proceso penal, incluida la facultad impugnatoria extraordinaria que trae aneja la casación.

Pero lo que no puede tolerarse es que bajo el ropaje de que se pretenden proteger garantías presuntamente vulneradas al acusado, se esconda un ostensible interés por actuar en reemplazo del defensor o para hacer lo que este no quiso, con una clara abstracción de los límites que impone su condición de “Interviniente Constitucional”, como algunos son dados en llamarlo, para adoptar una abierta postura de parte, en reemplazo o subsidiariamente a la labor que compete desarrollar a otros sujetos procesales.

Es ello, precisamente, lo que se advierte en las pretensiones y desarrollo que de las

mismas formula el impugnante en este caso, pues, de un lado, el motivo sobre el cual sustenta la violación del debido proceso, no constituye más que su visión interesada –en reemplazo de la parte defensiva- de la realidad procesal.

Posición parcializada que en el cargo por violación indirecta, como consecuencia de errores de valoración probatoria, lo pone en calzas prietas para demostrar los presuntos yerros entrevistados, aventurando conjeturas e hipótesis carentes de lógica, buscando infructuosamente que la Corte tome en cuenta su particular y subjetiva visión de las pruebas, por encima del ponderado análisis efectuado en las instancias.

Pero para mayor ilustración de lo advertido, aborda la Corte el examen de los cargos formulados por este sujeto procesal.

Primer cargo. Nulidad por falta de motivación de la sentencia de primera instancia

Según el representante del Ministerio Público, la motivación de la sentencia de primera instancia es incompleta y deficiente, al punto que la hace ininteligible, irregularidad que no podía corregir el Tribunal, quien, en lugar de impartir confirmación al mismo, corrigiendo los vacíos de motivación, ha debido decretar la nulidad del fallo, garantizando el derecho a la doble instancia de los intervinientes.

Indudablemente que la sentencia, como acto que decide el aspecto primordial del debate, demanda una información básica y suficiente acerca del sentido de lo resuelto, que por supuesto incluye el estudio de la realidad probatoria que acredita la realización de los hechos delictivos y su atribución al procesado. De ahí que su motivación hace parte del debido proceso (artículo 29 de la Carta Política), que se entronca con principios de la función pública de la administración de justicia como los de publicidad, prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 ib.) y con la garantía de acceso a la administración de justicia.

Ahora bien, aunque la Sala ha identificado cuatro (4) situaciones que implican la falta de motivación de la sentencia, sólo tres de ellas han sido consideradas como errores in procedendo generadores de nulidad y por lo tanto atacables a través de la causal tercera, a saber: a) cuando hay ausencia absoluta de motivación, b) cuando la motivación es incompleta o deficiente, y, c) cuando la motivación es ambivalente o dilógica. La cuarta causa, generada por la llamada motivación falsa, ha sido considerada como un vicio de juicio atacable por la vía de la causal primera, cuerpo segundo, en el sistema de la ley 600 de 2000.

En el presente caso, el censor enfila su ataque de manera exclusiva contra el fallo de primera instancia, alegando que en el mismo se omitió expresar con suficiencia y claridad los motivos que tuvo el fallador para sustentar la solución jurídica impartida al caso.

No se desconoce que la obligación constitucional de fundamentación de la sentencia debe comprender el correspondiente juicio sobre los elementos probatorios y que el mismo sea expreso y asertivo y no hipotético, pues si el fallo no es explícito o determinante sino que se manifiesta de manera imprecisa o contradictoria, o se limita a enunciar las pruebas, omitiendo su debida evaluación y discusión y, por ende, el debido mérito persuasivo o conclusivo, necesariamente el acto jurisdiccional es defectuoso en cuanto no es posible su contradicción por parte de los sujetos procesales.

Pero en la demostración de un yerro de ese talante, es necesario asumir que los fallos de primer y segundo grado constituyen una unidad jurídica tal que, como lo advierte el Delegado del Ministerio Público ante la Corte, el análisis de motivación debe realizarse bajo la perspectiva de su integridad, pues se trata de una unidad conceptual que expresa en últimas y en forma completa la determinación del juzgador.

Esa misma razón impide acoger la crítica del recurrente que pretende cuestionar la

decisión de segunda instancia, no por defectos de motivación, sino por haber suplido deficiencias superficiales advertidas en el fallo de primera instancia, cuya fundamentación, dígame de una vez, si bien no constituye un paradigma de correcta redacción, sí permite entrever con claridad las razones por las cuales se advirtieron acreditados los delitos y la responsabilidad del procesado, y por qué se desechaban las alegaciones de inocencia planteadas por la defensa en el curso de la audiencia pública de juzgamiento.

De esa manera, el Juzgado abordó todos los factores necesarios para construir la condena, sin que sea posible señalar que se desconocen las razones de esa decisión u que se omitió entronizar los correspondientes razonamientos fácticos y jurídicos.

Así, se lee, luego de los correspondientes acápite formales que resumen los hechos, la actuación procesal, la calificación jurídica de las conductas y los alegatos de las partes en la audiencia de juzgamiento, si bien con algunos defectos de redacción, el Juzgado entra al análisis de las probanzas que en su criterio confirman la ocurrencia de los hechos delictivos, refiriéndose a los seguimientos y las interceptaciones telefónicas que llevaron a concluir la existencia de una organización criminal dedicada al tráfico de estupefacientes con destino a los Estados Unidos, citando de manera específica el contenido de algunas de las conversaciones cifradas que llevaron razonadamente a esa conclusión.

A continuación aborda el análisis de la participación y responsabilidad del procesado ERNESTO JAVIER FORERO VILLAMIZAR, citando como fuente probatoria el dictamen pericial del reconocimiento de voces, el cual analiza, contestando las críticas que frente al mismo planteó la defensa en la audiencia pública.

Se refirió al lenguaje cifrado que utilizaba el procesado en las conversaciones telefónicas que le fueron interceptadas, explicando con detalle por qué deduce de ellas su participación en la empresa criminal.

También hizo referencia a la captura de Donal Emilio Pinzón Montoya, el 18 de febrero de 2006, en la calle 63 con carrera 23, en posesión de “1.600” (sic) gramos de cocaína, y de la prueba demostrativa de su relación con la organización criminal conformaba con el procesado FORERO VILLAMIZAR.

Las consideraciones esbozadas permitieron a la defensa conocer con claridad las razones que sustentan el fallo de responsabilidad en esa instancia, viabilizando el ejercicio del derecho de contradicción, que se tradujo en la interposición del recurso de apelación, sustentado adecuadamente con una pertinente crítica a las valoraciones probatorias esgrimidas en el fallo, inconformidades que fueron contestadas todas en la sentencia de segunda instancia, sin que jamás advirtiera, ese sujeto procesal, obstáculo alguno al ejercicio del aludido derecho.

Ante esa realidad, la crítica enfilada por el Agente del Ministerio Público recurrente, asoma completamente gratuita, porque jamás la motivación contenida en el fallo de primera instancia, impidió a la defensa el ejercicio del derecho de contradicción.

En consecuencia, no prospera la censura.

Segundo cargo. Falso raciocinio

Según el Procurador recurrente, el juzgador incurrió en un falso raciocinio al valorar el dictamen pericial de voces, porque desconoció el principio científico que rige el método de investigación relacionado con el “error muestral”, pues la perito nunca calculó el porcentaje de error de acuerdo con los datos concretos disponibles, porque procedió a “ciegas” cuando escogió, del material dubitado, la muestra que sería objeto de estudio, ya que para ello debía conocer el número exacto del universo de las grabaciones realizadas durante la investigación, aspecto que, por lo menos, no se consignó en el dictamen.

Antes de contestar la censura, encuentra la Sala necesario señalar al recurrente que en materia de casación no basta la apariencia de las afirmaciones autosuficientes, así se advierte coherencia en el desenvolvimiento del discurso, sino que es necesario la acreditación de errores objetivamente verificables, capaces de afectar la doble presunción de acierto y de legalidad con que arriban a esta sede los fallos de instancia.

En el presente evento, se advierte que el cuestionamiento esgrimido se sustenta en una falacia que no puede llevar a la demostración de error alguno, pues se encuentra acreditado que la perito sí tuvo acceso a todo el material posible de verificación, que corresponde a los diez (10) casetes contentivos de las grabaciones de conversaciones interceptadas, de los cuales extrajo tres (3) al azar para efectuar el análisis, sin que sea posible pretender, como lo busca el censor, que existían otras grabaciones no conocidas en el proceso, porque lo no incorporado legalmente al mismo, no puede aducirse como existente.

Y si sólo se tuvo conocimiento de esos diez (10) casetes de grabaciones interceptadas, a ese debe reducirse el universo posible de verificación, el cual fue conocido ampliamente por la perito cuando se puso a su disposición todo el material recogido.

Por lo demás, la escogencia de tres muestras al azar, no puede calificarse como un desconocimiento del que llama el censor “principio científico del muestreo”, pues en su declaración la perito explicó con claridad la pertinencia de la técnica utilizada para escoger la muestra, la que resultó suficiente para efectuar el análisis solicitado, aspecto que se refleja en los resultados obtenidos, sin que nada, objetivamente verificable, permita cuestionar su idoneidad, máxime cuando en el dictamen se advierte que:

“Es confiable la individualización de locutores por las precitadas cualidades morfológicas fono-articuladoras, aclarando que las dos grabaciones, dudosa e

indubitada, deben permitir la interpretación de los componentes diferenciadores, es decir que reúnan las condiciones acústicas para el cotejo en su calidad...”

Con toda razón, ante una alegación semejante, planteada en la sustentación del recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, el Tribunal recriminó el reclamo de procedimientos absurdos, como el aducido por el Ministerio Público en esa instancia. Así se consignó en el fallo impugnado:

“Pareciera que los censores confunden la prueba indicativa que surge de las muestras cotejadas y reclaman su invalidez, ante la no práctica de procedimientos absurdos, como si fuera indispensable para llegar a una conclusión asertiva sobre una muestra tomada al azar, la verificación de todo el universo de donde se ha extraído la misma. No consideran suficiente la verificación de una parte para poder concluir sobre el todo, Llegan al sin sentido de reclamar que para poder colegir sobre la presencia de un agente patológico en la sangre, es indispensable examinarla toda, cuando la experiencia científica y común enseñan que corre todo lo contrario: la parte puede determinar cómo se conforma el universo.”

Reflexiones que se ajustan a la sana crítica, porque consultan los procedimientos probabilísticos utilizados en la averiguación de elementos de concordancia.

En consecuencia, no prospera la censura.

3. Sobre la petición de casación oficiosa

El Procurador Delegado ante la Corte solicita que se case parcial y oficiosamente el fallo demandado, a fin de que se reconozcan los efectos jurídicos de la declaración del Tribunal, según la cual los hechos relacionados con la captura de los ciudadanos rumanos Dumitru

Nechufor y Mihaleche Bogan y la incautación de la droga por ellos transportada, en cantidad de 1600 gramos de cocaína, no tiene relación alguna con la participación que se atribuye a ERNESTO JAVIER FORERO VILLAMIZAR en la organización criminal.

Esa afirmación, dice el Procurador, genera una duda insalvable en torno a la cantidad de sustancia estupefaciente respecto de la cual el procesado ayudó a financiar su comercialización ilegal, circunstancia ante la cual debe aplicarse la sanción prevista en el inciso segundo del artículo 376 del Código Penal, y no la señalada en el inciso tercero.

Es cierto que en el fallo de segunda instancia, se hicieron las siguientes reflexiones en relación con el hecho mencionado:

“...en la citada sentencia (de primera instancia) se dio por cierta una circunstancia ajena a la realidad, consistente en haber relacionado la captura de Dumitru Nechufor y Mihaleche Bogan y la incautación de la cocaína a ellos encontrada con el aquí procesado, cuando enfáticamente la sub intendente Jhohana Liliana Rueda, en audiencia pública (cd N° 5, record 34:00), indicó que la organización delincriminal que investigaban tenía varias divisiones o brazos y los rumanos pertenecían a otro grupo de la organización de la que si bien hacía parte el señor Salazar Castañeda, no así el aquí procesado, por lo que se procederá a realizar el estudio de su intervención en concreto, excluyendo del contexto probatorio ésta equivocada afirmación, que no fue el único fundamento de la sentencia condenatoria impuesta a FORERO VILLAMIZAR...”¹⁰

De esa manera, se excluyó de la imputación, el hecho relacionado con la captura de los ciudadanos rumanos.

No obstante, esa situación, como lo advirtió el fallador, no podía afectar la imputación jurídica, porque de todas maneras permanecía incólume la imputación por el tráfico de la sustancia estupefaciente –cocaína- incautada al copartícipe Donal Emilio Pinzón Montoya, en cantidad de 1.990 gramos, hecho que al declararse probado en sentencia

impugnada, permitía ubicar la conducta en el inciso 3º del artículo 376 del Código Penal, que sanciona con pena de prisión de 6 a 8 años y multa de 100 a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando, en el caso de la cocaína, la cantidad de droga exceda los 100 gramos, sin sobrepasar los 2000 gramos.

En esas condiciones, no puede prosperar la petición del Procurador Delegado ante la Corte, porque ninguna duda existe alrededor de la cantidad de sustancia estupefaciente posible de imputación para la tipificación del delito de tráfico de estupefacientes, en la medida en que se probó la relación del procesado ERNESTO JAVIER FORERO VILLAMIZAR con los hechos que hacen relación con la incautación de 1.990 gramos de cocaína hallados en poder de Donal Emilio Pinzón Montoya, capturado el Donal Emilio Pinzón Montoya el 18 de febrero de 2006, en un sector del barrio Chapinero de Bogotá.

Página contiene parte resolutive y firma de 3 Magistrados

Casación N° 34.232 -no casa-

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO A. CASTRO CABALLERO

Página contiene firma de 6 Magistrados

Casación N° 34.232 -no casa-

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
MUÑOZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Ver página 21 de la sentencia de segunda instancia.

2 Folio 245 cuaderno No. 2

3 Folios 267 a 270 del cuaderno No. 2

4 Folio 130 del cuaderno No. 6

5 Folios 92 a 102 del cuaderno No. 7

6 Ver páginas 11 y 12 del fallo de segunda instancia

7 Folios 169 y 170 cuaderno No. 7

8 Folios 48 y 49 cuaderno No. 10

9 Ver folios 29 y 30 del cuaderno No. 10

10 Ver página 9 del fallo de segunda instancia.