

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

AP 3433 -2014

Radicación 43576

(Aprobado Acta No. 195)

Bogotá D.C., junio veinticinco (25) de dos mil catorce (2014).

VISTOS:

Resuelve la Sala si admite o no la demanda de casación presentada por la defensora del procesado ELKIN ANTONIO MARTÍNEZ MORENO.

ANTECEDENTES:

1. En 2009 se descubrió que tres organizaciones criminales, una al mando de JUAN TORRES HURTADO, se dedicaban al tráfico de estupefacientes y operaban en Medellín, Cali, Bahía Solano y Juradó, las dos últimas poblaciones del departamento del Chocó. Contaban con el apoyo ocasional de miembros de las Fuerzas Armadas, quienes a cambio de dinero les despejaban las zonas a través de las cuales transportaban en lanchas rápidas las sustancias. Uno de esos funcionarios los engañó. Simuló ayudarlos a cambio de dinero, ganó la confianza de los delincuentes y obtuvo información que transmitía a un equipo de investigación del cual hacía parte. Cuatro agentes más

infiltró la Fiscalía en las agrupaciones delictivas.

ELKIN ANTONIO MARTÍNEZ MORENO, quien era el encargado de coordinar los movimientos de las embarcaciones, mantenía contacto permanente con el agente encubierto 4 y le entregó varios millones de pesos que remitían miembros de las organizaciones criminales para conseguir el despeje de las zonas por donde transportarían la droga.

Con fundamento en esas pesquisas la Fiscalía solicitó la captura del antes mencionado, de JUAN TORRES HURTADO y de JORGE ENRIQUE SALCEDO PÉREZ. Las órdenes se expidieron y todos fueron retenidos en desarrollo de una diligencia de allanamiento.

2. El 5 de septiembre de 2009, ante un Juzgado Penal Municipal de Medellín, se legalizaron las aprehensiones. Acto seguido se les formularon a los implicados –y no los admitieron— los cargos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, concierto para delinquir agravado con fines de narcotráfico y cohecho por dar u ofrecer, en relación con los cuales se les dictó el mismo día medida de aseguramiento.

3. Tras las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y de juzgamiento, el Juzgado 5º Penal del Circuito Especializado de Medellín dictó sentencia el 20 de agosto de 2013. Condenó a los acusados así:

* JUAN TORRES HURTADO a 26 años y 4 meses de prisión, multa de 6.766,66 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 20 años.

* ELKIN ANTONIO MARTÍNEZ MORENO a 24 años y 4 meses de prisión, multa de

5.433,32 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas durante 20 años.

* JORGE ENRIQUE SALCEDO PÉREZ a 8 años de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y multa de 2.700 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

4. Los defensores, con la pretensión de conseguir la absolución para sus representados, apelaron ese pronunciamiento y el Tribunal Superior de Medellín, a través del fallo recurrido en casación, expedido el 3 de febrero de 2014, le impartió confirmación.

LA DEMANDA:

Consta de dos cargos.

Primero. Violación indirecta del principio de in dubio pro reo consagrado en el artículo 7º de la Ley 906 de 2004, derivada de error de derecho por falso juicio de convicción.

El juzgador quebrantó el inciso 2º del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal. Allí se establece que la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia y a juicio del demandante esa condición la ostentaban las declaraciones de los investigadores Víctor Fabián Ronquillo García, Nelson Isaza Yepes y Ángel Ovidio Caballero Galindo, estimados equivocadamente en el fallo impugnado como testigos directos.

Esa consideración del Tribunal se originó en la circunstancia de que los mencionados actuaron como “agentes de enlace” de los agentes encubiertos que infiltraron la organización criminal dedicada al tráfico de estupefacientes. Participaron, en esa condición,

en el grupo que llevó a cabo la investigación, constándoles “directamente” las acciones criminales que a diario realizaban los delincuentes, las cuales relataron en detalle en el juicio.

Se trataban, para la demandante, de testigos de referencia. Los directos eran los agentes encubiertos y no concurrieron al proceso. Fueron estos –y no los enlaces— quienes percibieron los hechos. Su actividad sólo les consta a ellos y la defensa tenía derecho a contrainterrogarlos. Y si bien es cierto que esos funcionarios pudieron haber presentado informes de su labor, en su lugar no puede dar testimonio el “investigador líder”.

Para la censora, adicionalmente, faltó en el presente caso “la prueba de corroboración periférica”. No se exhibió la autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías para llevar a cabo la operación encubierta, se desconoce si los infiltrados fueron funcionarios de policía judicial o particulares y también cuáles fueron los informes que rindieron en ejercicio de su actividad. Adicionalmente, se llevó a cabo la audiencia de legalización de la actividad investigativa sin la participación de la defensa, a la que tampoco se le permitió “ejercer el contradictorio” en la audiencia preparatoria.

Le pide la abogada a la Corte, en fin, que case la sentencia recurrida y, en su lugar, absuelva a su representado de los cargos por los cuales lo acusó la Fiscalía.

Segundo cargo. Transgresión del debido proceso.

La irregularidad consistió en que el Tribunal omitió los argumentos fácticos y jurídicos con sustento en los cuales decidió confirmar la condena dictada en primera instancia contra el procesado ELKIN ANTONIO MARTÍNEZ MORENO. Específicamente los atinentes a su relación con los 713 kilos de cocaína incautados en la lancha “atrévete”.

Más adelante señaló la demandante, tras reproducir unos apartes de la sentencia impugnada en los que se alude a ciertos medios probatorios que incriminan a su

representado, que “la motivación” es deficiente y no permite vincular a MARTÍNEZ MORENO con la embarcación mencionada. Se le debía decir en concreto cuál fue su participación en los hechos investigados y no sucedió así.

La actuación, como consecuencia de la irregularidad denunciada, se debe reponer a partir del anuncio del sentido del fallo.

Señaló la casacionista, por último, que en atención a lo novedoso de la figura del agente encubierto, es deseable que la Corte se ocupe del tema “ya que de no hacerlo se seguiría aplicando la prueba de referencia como prueba directa en el caso de los agentes encubiertos, con lo cual se contraviene el sistema penal acusatorio colombiano y se llegaría al extremo de que todo lo que hagan las personas que intervinieron en la investigación se le de a conocer al Juez a través de un solo testimonio, como ocurrió en este caso con lo vertido por ÁNGEL OVIDIO CABALLERO GALINDO, donde medió su veracidad por la posición subjetiva de la prueba de referencia que se dijo no lo era y sí prueba directa”.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. En el capítulo IX de la Ley 906 de 2004 dedicado a regular el recurso extraordinario de casación, exactamente en el inciso 2º del artículo 184, se contemplaron cuatro posibilidades para no seleccionar o admitir una demanda de casación: carencia de interés, no señalamiento de la causal, falta de sustentación debida de los cargos y cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo de la Corte para cumplir alguna de las finalidades del recurso.

2. Aunque es innegable que en el presente caso la demandante, en su condición de defensora del procesado ELKIN ANTONIO MARTÍNEZ MORENO, cuenta con interés para pretender en casación que se absuelva a su asistido o se anule lo actuado desde el anuncio del sentido de la sentencia, no consiguió sustentar debidamente los cargos propuestos.

3. El error de derecho por falso juicio de convicción que planteó en el primero, como es sabido, ocurre cuando el juzgador considera que el medio de prueba tiene tarifa legal, no teniéndola, o estando sujeto a ella desconoce el valor o la eficacia que le asigna la ley.

Para la recurrente, el Juzgador quebrantó el inciso 2º del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, conforme al cual “la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”. Como resulta lógico, para cumplir con la carga de debida sustentación del reproche, era obligación de la abogada precisar en cuáles medios de convicción en concreto se apoyó la condena de su representado y demostrar que todos eran de referencia.

Se limitó la apoderada, sin embargo, a señalar que esa condición la ostentaban los testimonios de los investigadores Víctor Fabián Ronquillo García, Nelson Isaza Yepes y Ángel Ovidio Caballero Galindo, considerados prueba directa por el Tribunal. Justificó la conclusión en que los testigos directos eran los agentes encubiertos y no los de enlace o de control. Se trata, francamente, de una tesis inaceptable. Como igual lo sería expresar que los agentes de enlace en una operación de infiltración del crimen organizado son testigos directos de las actividades de los agentes encubiertos o que los últimos son testigos directos del desarrollo dado a sus informaciones por los agentes de control.

Unos y otros, eso es evidente, como parte de un equipo de investigadores, declararán en juicio hechos que han vivido y algunos que les han contado. Y será mucho más notable esa combinación de relatos cuando no existe compartimentación de la información en el grupo de trabajo.

La Fiscalía, es bueno recordarlo porque la casacionista parece desconocerlo, tiene potestad para decidir qué pruebas quiere hacer valer en el juicio y específicamente, cuando en la investigación hayan participado agentes encubiertos, para determinar si los

presenta o no como testigos. Aquí se optó por no llevarlos y en esa medida carece de sentido el reproche de la defensa consistente en que “tenía derecho a contrainterrogarlos”.

Así las cosas, si en el presente caso el Fiscal a cargo del asunto definió no llevar al juicio en condición de declarantes a los agentes encubiertos y sí a los de enlace, es claro para la Corte que no todo lo dicho bajo juramento por los últimos es prueba de referencia. Como miembros del equipo de investigación realizaron actividades que contribuyeron al éxito de la operación contra el narcotráfico y de ellas, sin duda, fueron testigos directos.

Se esperaba de la defensora, entonces, delimitar cuáles manifestaciones de cada testigo eran de referencia y acreditar que en ellas, “exclusivamente”, se fundó la sentencia condenatoria. Pero no sólo eludió esa obligación sino que dejó de advertir que la declaración de responsabilidad penal de MARTÍNEZ MORENO, según lo ha constatado la Sala después de revisar los fallos de las instancias, se sustentó también en vídeos y registros de conversaciones telefónicas obtenidos en el curso de la investigación, cuya legalidad no ha sido cuestionada.

Cabe señalar, para finalizar, que está fuera de lugar el reparo de la casacionista relacionado con la no exhibición en la audiencia de juicio oral de la autorización al interior de la Fiscalía para realizar la operación encubierta, cuando al tiempo no desconoce –como lo revela el cargo y la sentencia de primera instancia (pág. 19)— que el acto de investigación fue objeto de control judicial posterior, lo cual hace suponer el cumplimiento de esa formalidad. Adicionalmente, el escenario para la discusión que aquí pretende, sin ningún desarrollo, era la audiencia preparatoria. Y, en todo caso, si allí realizó los mismos cuestionamientos, resulta claro que en casación tenía que plantearlos en el marco y con la lógica de un cargo de violación indirecta de la ley sustancial derivada de error de derecho por falso juicio de legalidad, lo cual estuvo muy

lejos de hacer.

En razón del reproche examinado, pues, no hay lugar a la admisión de la demanda.

4. La última censura corre idéntica suerte a la anterior pues lejos estuvo la defensa en ella de comprobar que se transgredió el debido proceso por falta de motivación de la sentencia o a causa de alguna otra irregularidad.

Quedó claro en el fallo recurrido que el procesado ELKIN ANTONIO MARTÍNEZ MORENO era el contacto de las bandas de narcotraficantes con los miembros de la Fuerza Pública encargados de vigilar las aguas por donde transportaban, en lanchas rápidas, las sustancias estupefacientes. Según lo reveló el testigo Ángel Ovidio Caballero, basado en las conversaciones telefónicas interceptadas por la Fiscalía, en varias oportunidades coordinó la entrega al agente encubierto 4, en Medellín y Cali, de sumas millonarias de dinero destinadas a que se omitieran los controles de vigilancia marítima para permitir la salida de las embarcaciones cargadas de droga.

Muchos de esos diálogos –precisó el ad quem— “muestran” al acusado MARTÍNEZ MORENO hablando explícitamente con los agentes encubiertos 4 y 5 “sobre las actividades a ejecutar y las cuantías de los pagos”. No cabe ninguna duda, entonces, en relación con su participación en la empresa criminal, entre cuyas acciones delictivas está el transporte de los 713 kilogramos de cocaína incautados por las autoridades en la embarcación “atrévete”.

No es cierto, en conclusión, que la sentencia impugnada en casación –con la cual hace unidad la de la primera instancia— presente algún defecto de motivación. Allí están claros los fundamentos probatorios en los cuales se apoyó la responsabilidad penal del procesado recurrente y si no los compartía la defensora estaba en posibilidad de controvertirlos.

No hay lugar, en fin, a admitir la demanda de casación en razón de la segunda censura.

5. La unificación de la jurisprudencia es uno de los propósitos del recurso extraordinario de casación. Podría la Sala, por tanto, pese a la indebida sustentación de los cargos, superar sus defectos y pronunciarse de fondo, atendiendo esa finalidad. No lo hará en el presente caso, sin embargo, en el cual media petición de la casacionista para que se examine el tema del agente encubierto.

La razón es simple. En realidad aquí no se presenta ninguna situación problemática con esa figura. La cuestión planteada por la demandante tiene que ver es con su tesis de considerar –y anhelar que la Corte lo haga— declarantes de referencia a los miembros de un equipo de investigación que laboran en un caso determinado con agentes encubiertos. A su juicio son únicamente éstos los testigos directos de lo que ocurra en la investigación.

Ya la Sala, en el examen del primer cargo, dio a entender que no puede fijarse una regla rígida del tipo propuesto sobre ese particular y señaló que la condición de testigo de referencia o directo de un declarante está vinculada al hecho al cual se refiere. Si se lo contaron será del primer tipo y si lo vivió del segundo. Así ya se encuentra definido y, por tanto, ninguna razón aconseja seleccionar el caso para el desarrollo de la jurisprudencia.

6. En conclusión, pues, no hay lugar a la admisión de la demanda. Tampoco a superar sus defectos para hacer uso de la facultad oficiosa contemplada en el inciso 3º del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

Contra la presente decisión procede el mecanismo de insistencia de conformidad con lo establecido en la norma acabada de mencionar y con las reglas que ha definido la Sala de manera pacífica en pronunciamientos anteriores.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

INADMITIR la demanda de casación presentada por la defensora del procesado ELKIN ANTONIO MARTÍNEZ MORENO.

Contra esta determinación procede el mecanismo de insistencia, en los términos definidos por la jurisprudencia de la Sala.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria