

Proceso N° 11565

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado ponente:

Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar

Aprobado Acta No. 154

Santafé de Bogotá D.C., octubre siete (7) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Vistos:

Resuelve la Sala los recursos de casación interpuestos por los defensores de los procesados JULIO FABIO URDINOLA GRAJALES y JHONIER MARIANO OSPINA CORTES, contra la sentencia anticipada del Tribunal Nacional de diciembre 18 de 1995, mediante la cual condenó a los mencionados a prisión de 11 años, 11 meses y 10 días; y 8 años y 4 meses, respectivamente. Al primero por infracción a los artículos 33 y 48 de la ley 30 de 1986, enriquecimiento ilícito (art. 1º del D. 1895/89) y falsedad personal para obtener documento público (art. 226 C.P.). Al segundo sólo por las infracciones al estatuto de estupefacientes anotadas.

Hechos y actuación procesal:

A través de la intervención de comunicaciones telefónicas y de la ubicación de un micrófono en un vehículo, las autoridades estadounidenses lograron tener acceso a conversaciones de ciudadanos colombianos en la ciudad de Miami en 1992, obteniendo por esa vía algunas informaciones sobre operaciones de tráfico de cocaína

hacia ese país. De acuerdo con las mismas, JULIO FABIO URDINOLA GRAJALES ocupaba un sitio importante dentro de la red de traficantes.

El Departamento de Justicia de los Estados Unidos se encargó de la transcripción respectiva y en junio de 1993 la Fiscalía recibió los documentos (fl. 1 al 170 c.o. #1). Esta institución, acto seguido, desplazó un Fiscal a Miami quien el 26 de julio de 1993 le recibió testimonio a una persona, bajo la figura de la reserva de identidad. En dicha diligencia, que contó con la participación de un delegado de la Procuraduría General de la Nación, el declarante hizo referencia a la participación de JULIO FABIO URDINOLA en las actividades mencionadas e igualmente de JHONIER OSPINA (a. Daniel) -fol. 171 c.o. #1—.

Los elementos de juicio precedentes y el auto de acusación del Gran Jurado del Tribunal del Distrito Sur de la Florida (E.U.), expedido -entre otros—en contra de los antes citados por conductas asociadas a la introducción de cocaína a ese país (fl. 211 c.o. #1), fueron el apoyo del auto de apertura de instrucción proferido por la Fiscalía colombiana el 13 de septiembre de 1993, en el cual fue dispuesta la captura de URDINOLA GRAJALES (fl. 234 c.o. #1). Al no lograrse, se le citó a través de edicto y fue declarado persona ausente el 21 de diciembre siguiente (fl. 280 c.o. #1).

El 12 de marzo de 1994 se produjo la entrega del mencionado y el 14 rindió indagatoria. En la misma confesó haber exportado hacia los Estados Unidos de 1.000 a 1.500 kilos de cocaína desde 1984, haberlo hecho con la colaboración de otras personas en ese país como en Colombia, entre las cuales mencionó a JHONIER OSPINA y a GUILLERMO LEON ALZATE. (fl. 27 c.o. #2).

OSPINA CORTES igualmente se sometió a la justicia. Su entrega se produjo el 23 de marzo de 1994 y al siguiente día tuvo lugar su indagatoria (fl. 62 c.o. #2).

La situación jurídica de JULIO FABIO URDINOLA GRAJALES fue resuelta el 22 de marzo de

1994. Resultó detenido preventivamente por los siguientes cargos: infracción al artículo 33 de la ley 30 de 1986 por financiar y sacar del país cocaína en cantidad superior a 1.000 kilogramos, con la concurrencia de la agravante 3ª del artículo 38 de la misma ley; infracción al artículo 44 del mismo estatuto y enriquecimiento ilícito de particulares (art. 1º del decreto 1895 de 1989). -fl. 47 c.o. #2).

Por los mismos hechos punibles OSPINA CORTES fue detenido preventivamente el 4 de abril de 1994 (fl. 130 c.o. #2).

Los dos solicitaron sentencia anticipada. JULIO FABIO URDINOLA GRAJALES aceptó los siguientes cargos en diligencia que tuvo lugar el 11 de octubre de 1994 (fl. 384 c.o. #6):

a. Haber elaborado, transportado, sacado del país, vendido y suministrado 1.660 kilos de cocaína entre 1983 y 1992 (art. 33 de la ley 30/86). La droga se remitió de Colombia a varias ciudades de los Estados Unidos, lo mismo que a algunos países europeos. Quedó expresa la deducción de la agravante contemplada en el artículo 38-3 del Estatuto de Estupefacientes.

a. Concierto especial para delinquir descrito por el artículo 44 de la ley 30 de 1986.

a. Enriquecimiento ilícito (art. 1º del decreto 1895 de 1989).

a. Falsedad personal para la obtención de documento público (art. 226 del C.P.). Este delito venía siendo investigado en otro proceso y fue acumulado por la Fiscalía Regional de Cali.

JHONIER MARIANO OSPINA CORTES aceptó los siguientes cargos el 28 de octubre de 1994 (fl. 397 c.o. #7):

a. Adquirir , transportar y sacar del país 1.600 kilos de cocaína entre 1989 y 1993. Es decir, infracción al artículo 33 de la ley 30 de 1986, agravada por el artículo 38-3 de la misma normatividad.

a. Concierto especial para delinquir (art. 44 Ley 30/86).

El 15 de diciembre de 1994 un Juez Regional de Cali dictó sentencia condenatoria con sustento en las aceptaciones de los procesados. Aplicó a su favor la figura especial de delación consignada en el artículo 45 de la ley 30 de 1986, les rebajó la pena por confesión y por razón de la sentencia anticipada, imponiéndoles finalmente 48 meses de prisión a JULIO FABIO URDINOLA GRAJALES y 38 a JHONIER OSPINA CORTES.

Dicha providencia fue apelada por la Procuraduría y por la Fiscalía, resultando modificada por el Tribunal Nacional a través del fallo materia del recurso de casación. En este no se accedió a admitir la existencia de delación, se consideraron algunas circunstancias genéricas de agravación no tenidas en cuenta por el Juzgado y se aplicó una metodología distinta de tasación de la pena. El resultado fue la imposición a URDINOLA de una sanción de prisión de 11 años, 11 meses y 10 días de prisión; y a OSPINA de 8 años y 4 meses de prisión.

Las demandas:

1. La del defensor de Julio Fabio Urdinola Grajales.

Está dividida en dos capítulos. En el primero figuran realizados siete cargos de violación directa de la ley. En el segundo dos de violación indirecta.

Capítulo I.

Primer cargo.

Sostiene el censor que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 38 de la ley 30 de 1986, al creer equivocadamente que la conducta de su representado podía considerarse agravada por el hecho de haber “enajenado, transportado o sacado del país” una cantidad superior a 5 kilos de cocaína, a pesar de que la norma solamente permite la agravación en casos de “incautación” de la sustancia, lo cual no tuvo ocurrencia en el caso examinado. En efecto –afirma la defensa– a URDINOLA GRAJALES no le fue decomisada ninguna cantidad de cocaína, es decir que no surgió el único requisito legal para poder dar paso a la aplicación a la circunstancia específica de agravación punitiva.

Agrega que en atención a que la interpretación de la ley suele ser considerada como una operación esencial y compleja en la tarea de aplicar el derecho positivo al caso concreto, el legislador, la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado en trazar pautas generales para ayudar al Juez en su tarea interpretativa, para que pueda llevarla a cabo sin reducir innecesariamente el ámbito de aplicación de la norma, pero también sin llegar a contrariar su sentido natural. De ahí que haya consenso en cuanto a la existencia de varios métodos de interpretación, entre los que destaca el gramatical y el teleológico.

El primero -dice- está recogido en el artículo 28 del Código Civil y de acuerdo con él las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso natural de las mismas. Significa tal principio en materia penal que no le es permitido al Juez abandonar o sobrepasar el tenor literal de las normas incriminatorias, porque el ciudadano tiene derecho a atenerse a su texto y por tanto al sentido natural y obvio de sus palabras.

Una primera excepción al método gramatical lo consagra el propio artículo 28 del Código Civil, al señalar que cuando el legislador haya definido algunos términos, el intérprete debe concederles dicho significado legal, prescindiendo entonces de su significado natural y obvio. Otra excepción a dicho sistema la contempla el artículo 27 del mismo Código, al señalar que para interpretar una expresión oscura de la ley se puede recurrir a su intención o espíritu (método teleológico).

Acudir al sistema de interpretación teleológica implica, entonces, sigue el casacionista, que un término de la ley no sea claro. Cuando lo es, se encuentra obligado el intérprete a permanecer dentro de las fronteras del método gramatical. Tal es el sentido de la norma del Código Civil que advierte que “cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, so pretexto de consultar su espíritu”.

Salta a la vista en el presente caso de acuerdo con el sistema de interpretación gramatical -continúa el recurrente-, que no es posible hablar de “cantidad incautada”, en consideración a que no hubo incautación.

“Incautar es, únicamente, sorprender a una persona en posesión material de la droga o tomar posesión de ésta la autoridad competente mientras es poseída, transportada, adquirida, enajenada, exportada, procesada, etc.”.

“Tratándose de droga -sigue el censor- la única manera en que se puede predicar incautación es cuando una cierta cantidad de droga ha sido decomisada por la

autoridad, aun cuando no se trate de sorprendimiento en flagrancia...". En consecuencia, sin que medie comiso o decomiso, o sea retención material o hallazgo de la droga ilegal, no se puede aplicar el artículo 38 de la ley 30 de 1986 porque "...no hay droga incautada y sólo ello corresponde al sentido natural, obvio, claro e indiscutible del verbo incautar y de su acción y efecto de incautación, que por cierto se refiere a una calificación modal o circunstancial de cualquiera de las acciones mentadas por el tipo básico del artículo 33 de la prementada ley 30", expresa el demandante.

"Es verdad -puntualiza el abogado- que refiriendo el tipo subordinado contenido en el artículo 38 de la ley 30 de 1986 al tipo básico del artículo 33 de la misma normatividad, parecería que si el legislador sanciona conductas como el almacenamiento, transporte, conservación o introducción de droga, resultaría coherente que la agravante contenida en el tipo subordinado hiciese referencia a los mismos verbos rectores empleados en el tipo básico, es decir, que se permitiese incrementar la sanción cuando la cantidad de cocaína transportada, almacenada, conservada o introducida superase los cinco kilos. Sin embargo, el simple hecho de que una conducta que no esté expresamente descrita en la ley aparezca tanto o más digna de reproche como otras que sí lo están, no confiere autorización al juzgador para extender por vía analógica la agravación penal, con abusivo y legiferante desconocimiento del claro tenor literal de una expresión como la de incautar, incapaz de mover a equívoco alguno".

La condición de tipo subsidiario del artículo 38 respecto del 33 de la ley 30 de 1986, no significa, como lo asumió la sentencia, que puedan incorporarse al primero los verbos rectores empleados en el tipo básico. "Lo único que la calidad de tipo subordinado lleva consigo -precisa el casacionista- es la necesidad de referir una agravante (que es en este caso lo que confiere a la norma el carácter de subordinada) a una conducta penal descrita en forma completa en un tipo considerado como básico. Pero la agravante misma está aprehendida en unos términos legales que el intérprete no puede rebasar analógicamente, bien refiriéndose sólo a alguno o algunos de ellos, ora complementándolos

a todos, como en este caso, con la exigencia de una particular modalidad fenoménica”.

Así las cosas, cuando a una persona que realiza cualquiera de los verbos rectores del tipo básico le sean incautados más de 5 kilos de cocaína la pena se le podrá aumentar hasta en otro tanto, pero no así en el caso contrario. Y si se aduce que la razón de agravar la pena cuando se comercia la droga sin mediar su decomiso, es la misma que obra en los supuestos de incautación, se patentiza el uso de un procedimiento analógico de integración del tipo penal, extendiéndose indebidamente el ámbito de la circunstancia de agravación.

“En cualquier caso -anota el apoderado- una interpretación correctiva de la ley (la extensiva es una de sus modalidades, al menos cuando sobrepasa el claro valor semántico de las palabras de la ley) no puede efectuarse lícitamente con argumentos meramente políticos o doctrinales, pues frente a ella, la ciencia jurídica exige, por razones de seguridad jurídica, motivos claros de derecho positivo, como sería, en este caso, que alguna otra disposición legal hubiera usado la palabra ‘incautarse’ en una acepción irregular más amplia que la que le confieren las reglas usuales del idioma y que constituye su indiscutible sentido natural y obvio”.

La interpretación extensiva de la ley, la cual permite dotar de un mejor significado algunas expresiones legales, no permite el abandono injustificado del método gramatical, “...que en materia penal denota la vigencia del principio de estricta legalidad de delitos, penas y agravantes y la severa sujeción del Juez al sentido riguroso o estricto del tenor literal de la ley incriminatoria”. Dentro de la interpretación gramatical, no obstante, puede el juzgador forzar al máximo la significación de las palabras (“sentido literal posible”), extenderlo al límite de acepciones permitidas por su tenor literal y ello, conforme con doctrina que cita el libelista, puede considerarse conforme con el principio de legalidad.

Rige actualmente en la doctrina penal universal –agrega el casacionista– “...el criterio de que la incriminación no puede desdorar por ningún motivo el sentido literal posible de la ley sin quebrantar el axioma de la estricta legalidad”. Lo que la desborde será interpretación analógica no autorizada si agrava la situación del autor. Cita doctrina sobre el particular, un aparte de la decisión de la Sala de mayo 23 de 1991, para reiterar –frente al caso examinado– que la expresión “incautar” es clara y obliga a permanecer en el terreno de la interpretación gramatical. Pero aún aceptando una interpretación extensiva de la expresión, que la haga aplicable a todos los verbos rectores del tipo básico, no cree el abogado que “incautar” pueda significar “transportar” o “sacar del país”, o que “cantidad de sustancia incautada” pueda llegar a significar “cantidad de sustancia traficada”, que es la equiparación hecha en el fallo impugnado. Este parangón, concluye, no pertenece al ámbito de la interpretación extensiva sino al de la analogía.

Cosa distinta es –dice– tratar de entender las razones del legislador para limitar la agravante a los eventos de incautación. Ensayo como hipótesis que esto pudo suceder por la mayor alarma social que en tales casos se produce (en los otros en más la satisfacción que la zozobra) o en atención a que la incautación es prueba concluyente de que el delito recayó sobre una cantidad cuantiosa de droga. “De aquí en adelante –advierte el censor– sólo pueden seguir consideraciones críticas de lege ferenda acerca de las deficiencias léxicas o político criminales del legislador histórico, deficiencias que ciertamente el principio de estricta legalidad y la prohibición de analogía impiden al intérprete corregir con simples argumentos de conveniencia y que por tanto sólo pueden servir como prospecto para una agenda de reforma legislativa”.

Si el Juez administra justicia bajo la ley, no puede “rectificar el derecho que es” en perjuicio del reo, ya que dicha facultad debe reservarse, por las razones de seguridad jurídica que comporta el principio de estricta legalidad, a los supuestos de favorabilidad, in dubio pro reo, evitación de injusticias o desigualdades graves, y en todo caso con

sustento en los principios de la Constitución, la protección prevalente de los derechos fundamentales, o el respeto igualmente prioritario de las normas rectoras o de los derechos humanos internacionales.

En cuanto a la analogía, recuerda que no aplica cuando desfavorece al reo. Trae doctrina para distinguirla de la interpretación extensiva de la ley y anota que en el presente caso "...por más que se pretenda dilatar la capacidad expresiva del vocablo 'incautar' es imposible hacerle significar 'transportar' o 'sacar del país'...", por lo que la valoración realizada por el Tribunal al ocuparse de la agravante punitiva del artículo 38, se ubica en el campo de la interpretación analógica "in malam partem" de la ley penal.

A pesar de que hubiera sido deseable que el legislador extendiera la agravante a verbos como transportar, almacenar, introducir o vender, la manifestación de ese anhelo sólo hace evidente que el legislativo se quedó corto en la descripción de la circunstancia de agravación, con lo que "nos hallamos ante una clara laguna legal", que no puede llenar el Juez con sus deseos.

Tales vacíos o lagunas de la ley -prosigue el demandante-únicamente los puede corregir el intérprete, en aras de la justicia material, cuando benefician al reo y nunca al contrario (art. 7º del C.P.).

Se refiere, por último, al principio de estricta legalidad penal, de acuerdo con el cual el tenor literal de los tipos penales representa para el ciudadano una garantía irrebasable y para el Estado una barrera infranqueable. Bajo ese supuesto los errores político criminales del legislador no pueden corregirse en contra del procesado.

Estima que el Tribunal, al no respetar el claro tenor literal de la agravante, en su afán por conseguir una interpretación extensiva de la ley penal, lo que hizo fue llenar una laguna legal a través de la aplicación de la analogía in malam partem, creando indebidamente una norma penal. Vulneró, en consecuencia, el principio de legalidad, así

como el corolario de la prohibición de la analogía desfavorable. En la sentencia impugnada, por lo tanto, se dejó de aplicar el artículo 1º del Código Penal, que a su vez condujo a la falta de aplicación de los artículos 2º, 3º y 7º de la misma obra "...en cuanto se sancionó al procesado por una conducta que carece del indispensable requisito de la tipicidad, integrando la ley por un indebido procedimiento analógico".

Segundo cargo.

La atribuye el recurrente al Tribunal. haber violado directamente, por interpretación errónea, el numeral 1º del artículo 66 del Código Penal. No cuestiona la selección de la norma sino el hecho de habersele dado un alcance equivocado.

Explica el error en considerar dicha causal de agravación como inherente a todo delito de narcotráfico, convirtiendo de tal manera una circunstancia accidental en esencial, al valorarse como agravante algo que corresponde a la composición típica de la conducta, violándose de esa manera la prohibición de la doble valoración.

Transcribe el censor el aparte de la sentencia donde se expresan la razones para aplicar la norma mencionada, relaciona los sistemas aceptados doctrinal y jurisprudencialmente para determinar la pena (legal, judicial y administrativo) y se detiene en el segundo. Según éste le corresponde al Juez la "individualización de la pena", dentro de los parámetros mínimos y máximo previstos por la norma legal y siguiendo los criterios que establece la propia ley.

En la determinación judicial de la pena -añade- es imprescindible hacer referencia específica al individuo, "...pues la pena aplicable por el Juez lo es tan solo en cada caso concreto y atendiendo las circunstancias específicas de cada hecho y de cada procesado".

Precisa que los motivos innobles o fútiles a que se refiere la norma no son la forma

misma como objetivamente se desarrolló el hecho punible, sino que apuntan al aspecto interno del procesado, es decir a lo que lo impulsó. Esto significa que cuando se quiera aplicar la causal de agravación el funcionario judicial debe señalar expresamente las circunstancias de índole psicológica que movieron a ese individuo en particular a cometer el delito.

En el caso examinado el Tribunal, sin embargo, no tomó para nada en cuenta al procesado. Equivocadamente entendió "...que lo repudiable de las actividades de narcotráfico abstractamente consideradas, no sólo sirve para que dichas conductas sean elevadas por el legislador a la categoría de hechos punibles, sino que además ese repudio genérico puede servir de fundamento para la consideración individual de la agravante consagrada en el numeral 1º del artículo 66 del Código Penal".

Así las cosas, con la interpretación equivocada del Tribunal, "...se llega al absurdo de tener que reconocer que cada vez que un individuo incurra en un delito relacionado con el narcotráfico, automáticamente le será deducida la agravante genérica de los motivos innobles o fútiles, actitud esta que choca contra la prohibición de aplicar doble sanción por los mismos hechos, sino contra la esencia misma del mecanismo de individualización judicial de la pena", precisa el casacionista. Agrega, finalmente, que el "ánimo lucrativo o de enriquecimiento" a que se refiere el fallo, aparte de que hace parte del delito de narcotráfico como circunstancia motivacional, es integrante del tipo de enriquecimiento ilícito, por el cual igualmente resultó condenado su representado.

Tercer cargo.

De acuerdo con este ataque, cuyos fundamentos se parecen a los del anterior, el Tribunal violó en forma directa el inciso 1º del artículo 61 del Código Penal, debido a interpretación errónea de la disposición. Dice el casacionista que fue desnaturalizado el

criterio de dosificación punitiva de la “gravedad del hecho punible”, al considerar que frente a los delitos como el narcotráfico “siempre” se configura. Así, convierte el Tribunal en esencial una circunstancia que es sólo accidental y se viola la prohibición de doble valoración, contenida en el encabezamiento de la disposición bajo la expresión “siempre que no hayan sido previstas de otra manera”.

Transcribe los argumentos del fallo recurrido para aplicar la agravante punitiva. El primero hizo relación a la considerable cantidad de cocaína objeto de la ilícita exportación y distribución, que afecta gravemente el interés jurídico protegido de la salubridad social. El segundo estuvo referido a la gravedad del hecho, derivada de ser los destinatarios del producto ilícito por lo general jóvenes e igualmente de los grandes perjuicios económicos que genera el tráfico.

El Tribunal -advierte el casacionista frente al primer razonamiento-consideró la cantidad de la droga para aplicar la agravante específica del artículo 38 de la ley 30 de 1986 y nuevamente la tuvo en cuenta para agravar una vez más la pena, por la vía del inciso 1º del artículo 61 del Código Penal, con lo que se lesiona el principio del non bis in idem.

Admite el abogado que de aceptarse la postura del cargo primero, la del actual carecería de sentido. “Sin embargo -agrega- la objeción seguiría en todo caso en pie si se considera que es interpretativamente errático atribuir al tipo (básico o subordinado) siempre un elemento adicional de ‘mayor gravedad del hecho’, pues entonces lógicamente se está confundiendo el hecho con el hecho grave. Decir que es grave todo hecho por estar tipificado como delito es un perogrullada; pero sostener que por ser grave se presenta también forzosamente como agravado punitivamente en cada caso, es una desnaturalización del criterio de ponderación cuantitativa del injusto en que consiste la mayor o menor gravedad del hecho (y que en este caso tampoco se puede confundir con la cantidad de droga manejada, ya que en el tipo básico ingresa cualquier cantidad de droga no incautada y en la agravante cualquier cantidad de droga incautada que sea

superior a cinco kilos, sin que el juzgador pueda hacer más gravosa la agravación legal con estimaciones subjetivas)".

Para refutar el segundo argumento del Tribunal se remite a los argumentos del cargo anterior. Aduce que el legislador determina la pena en abstracto y que el juzgador, a partir de criterios legales, la individualiza en el caso concreto, lo cual supone tener en cuenta las circunstancias personales del procesado.

Así las cosas, estima que el juez de segunda instancia se equivocó al aplicar el citado inciso 1º, puesto que lo hizo a partir de consideraciones abstractas y no del análisis concreto del individuo sometido a juzgamiento. Que los destinatarios del tráfico sean jóvenes por lo general o que de la conducta se deriven perjuicios apreciables para la economía nacional y para la del país a la que se envía la droga, dice el demandante, traduce resaltar algunos problemas sociales aparejados al delito de narcotráfico (que son materia de la determinación legislativa de la pena), sin que tales afirmaciones aludan para nada a la situación personal o individual del condenado, que son las únicas que deben servir de base para la determinación judicial de la pena.

Cuarto cargo.

Igual que en el punto anterior, estima el defensor que el Tribunal violó en forma directa el inciso 1º del artículo 61 del Código Penal, "...al considerar que para poder agravar la pena con base en el 'grado de culpabilidad' ... basta con demostrar la existencia de la voluntad criminal". Como en los cargos segundo y tercero precisa el recurrente que el juzgador no se equivocó al seleccionar dicho artículo para apoyar la tasación punitiva, sólo que lo interpretó erróneamente.

Señaló el juzgador que a los procesados se les debía incrementar la pena en atención a que "...al desempeñar un papel protagónico dentro de la organización delincriminal -transcribe el casacionista- ponían de manifiesto no sólo su voluntad de actuar en

contravía de las normas penales, sino también y ello es lo más relevante, su deseo de deshonrar los deberes que como ciudadanos tienen ante el resto de la colectividad”.

Dentro del esquema causalista del Código Penal –dice el censor como punto de partida para demostrar el error del Tribunal– la culpabilidad cuenta con un aspecto positivo dentro del cual se analizan las figuras del dolo, la culpa o la preterintención; y uno negativo que hace relación a las causales de inculpabilidad. Con sustento en tal división, para el impugnante no hay duda que cuando el artículo 61 del Código Penal se refiere al ‘grado de culpabilidad’, lo hace a su denominado aspecto positivo.

No cree el censor, adicionalmente, que pueda pensarse válidamente que el dolo, la culpa y la preterintención (art. 35 C.P.), sean “grados de culpabilidad, en especial cuando el legislador las ha catalogado como “formas de culpabilidad”. “De ser grados –anota–habrían sido ya tenidas en cuenta en el tipo respectivo al establecer la penalidad para la respectiva forma de comisión dolosa, culposa o preterintencional”.

Así las cosas, los grados de culpabilidad deben referirse “a distintas intensidades de cada una de las formas de culpabilidad” y aquellos niveles de mayor intensidad son los que permiten agravar la pena con sustento en el inciso 1º del artículo 61 del Código Penal. De hecho –dice el casacionista– así lo afirmó el profesor Alfonso Reyes al expresar que dicho criterio de dosificación punitiva se refiere “al grado de intensidad del dolo o de la culpa con que el agente haya actuado”.

Puesto que las conductas por las cuales fue condenado su defendido se desarrollaron dolosamente, pasa el demandante a mencionar las distintas clasificaciones del dolo que hace la doctrina. La primera, dolo de lesión y dolo de peligro, no permite distinguir dos “grados de intensidad en el dolo” y por lo tanto no se trata de una clasificación de interés para el artículo 61 del Código Penal.

“Si la diferencia entre los llamados dolos genérico y específico en el fondo contiene una

confusión entre el dolo propiamente dicho y los ingredientes subjetivos del tipo, debe entenderse que tampoco se trata de una clasificación que permita apreciar diversos “grados” de dolo. En puridad de términos el dolo siempre es genérico como intención de ejecutar un hecho punible, mientras “la particular finalidad que el agente se proponer obtener” es lo que mejor identifica los ingredientes subjetivos del tipo. En otras palabras, tampoco esta clasificación del dolo resulta de interés para el artículo 61 del Código Penal”, precisa la defensa.

A su juicio quizás las únicas clasificaciones que permiten ver una gradación del dolo son: a) la que distingue el dolo directo (de primero y segundo grados) y el dolo eventual; b) Aquella que separa los dolos de ímpetu y de propósito y c) La que distingue entre el dolo inicial, el concomitante y el subsiguiente.

Precisa, a renglón seguido, que “para poder afirmar que el grado de dolo con que un determinado hecho se ejecutó es ‘mayor’ o ‘menor’ (lo que de acuerdo con el inciso 1º del artículo 61 permite tanto atenuar como agravar la pena), lo primero que debe hacerse es establecer cuál es el dolo ‘medio’, es decir, el dolo con que normalmente se entiende ejecutada una conducta delictiva, el dolo propio del respectivo tipo doloso. Esto es evidente, porque en cuanto para la ejecución de un hecho punible se emplee el dolo que usualmente corresponde a dicha figura, la simple existencia de ese dolo no puede ser calificada de ‘más grave’ ni de ‘menos grave’ no pudiendo por tanto dar lugar ni a una agravación ni a una atenuación punitiva”.

Lo normal, tratándose de delitos de narcotráfico, es que el autor realice la conducta con dolo directo y no puede haber un dolo más grave, aún cuando sí puede haberlo menos grave (indirecto o eventual). “Dicho de otra manera, al aplicar esta clasificación del dolo a los delitos de narcotráfico se entiende que ellos no pueden ser agravados, pero sí atenuados, con base en el ‘grado de culpabilidad’, ya que el tipo correspondiente se edifica con la forma más grave o intensa del dolo (dolo intencional o de propósito, dolo

directo de primer grado, intención)”.

En cuanto a la clasificación del dolo en de ímpetu y de propósito, respecto de la cual resalta su finalidad de gradación del aspecto positivo de la culpabilidad con miras a un tratamiento punitivo diferencial, aduce el libelista –citando nuevamente al profesor Reyes Echandía– que quizás se trata de la única que permite una aplicación práctica dentro de las circunstancias de dosificación de la pena. Sin embargo, el que acarrea modificaciones punitivas, pero de reducción, es sólo el dolo de ímpetu en concordancia con el artículo 64-3 del Código Penal. La importancia de dicha clasificación radica, entonces, en que la pena sea atenuada y nunca agravada “sobre los supuestos de que normalmente se delinque con dolo de propósito, y de que el dolo de ímpetu supone reducción del grado de culpabilidad con la consiguiente necesidad de atenuar la pena”.

Agrega la defensa –en referencia a la distinción entre dolos inicial, concomitante y subsiguiente– que normalmente el delito de narcotráfico se comete con la mediación de dolo concomitante, “...puesto que el autor suele querer desde el comienzo la realización de dicha conducta y mantiene durante todo el recorrido criminal esa intención delictiva. Siendo ello así –sigue– el dolo que en los delitos de narcotráfico debe servirnos de parámetro para poder establecer modalidades más y menos graves de culpabilidad es el dolo concomitante. A partir de ese que podríamos llamar ‘dolo medio’ podrá en cada caso concreto afirmarse que la presencia del dolo anterior o del dolo subsiguiente deben ser consideradas como formas más o menos graves de dolo, aun cuando lo lógico resulte ser que esas otras dos modalidades dolosas obren tan solo como atenuantes punitivas frente a delitos con el de narcotráfico”.

Independientemente de lo dicho, lo evidente para el demandante es que para aplicar como causal de agravación punitiva el grado de culpabilidad “...no basta con encontrar demostradas la voluntad de actuar contra derecho y el deseo de faltar a los deberes

sociales, como equivocadamente lo hizo el Tribunal Nacional. Si se quiere recurrir al 'grado de culpabilidad' como factor de agravación punitiva, el inciso 1º del artículo 61 debe ser más ampliamente interpretado, entendiéndose que no alude a la simple demostración del dolo, sino al análisis de cuál de las varias manifestaciones del dolo fue la desplegada por el autor concreto de la conducta, y a la demostración de que esa concreta manifestación del dolo es más grave que la que suele acompañar a otros autores de las mismas conductas delictivas.

El Tribunal, en conclusión, no hizo nada distinto que describir correctamente el aspecto volitivo del dolo, "...que justamente consiste en querer deshonrar los deberes del ciudadano, a través de una voluntad contraria a la normatividad", por lo que interpretó erradamente la noción de grado de culpabilidad del inciso 1º del artículo 61 del Código Penal, incurriendo en violación directa de esta disposición. "Obviamente -concluye el censor- lo que es integrante de la figura delictiva, sea en el injusto o en la culpabilidad, no puede al mismo tiempo jugar como circunstancia de agravación punitiva, no sólo porque lo impide la lógica más simple, sino también porque con ello se infringe el principio positivo 'ne bis in idem' ".

| Quinto cargo.

Esta vez el demandante aduce que el Tribunal violó el inciso 1º del artículo 61 del Código Penal, igual que los anteriores por interpretación errónea, al considerar que para poder agravar la pena por "la personalidad del agente", no debe tenerse en cuenta su conducta anterior, sino la conducta desplegada y por la cual se le condena.

Cuestiona la defensa, en primer lugar, que la segunda instancia haya ofrecido como argumento para incrementar la pena por la circunstancia dicha, la "reiterada realización de las conductas objeto de la investigación", ya que esta se encuentra asumida por el legislador como una circunstancia especial de agravación a través de la figura del

concurso, la cual fue aplicada por el Tribunal. Consecuencialmente, al tomar nuevamente la reiteración de los delitos para deducir la agravante punitiva de la “personalidad del agente”, ello constituye una evidente violación del principio del “non bis in idem”, consagrado en el encabezamiento del artículo 66 del Código Penal “...el cual solamente autoriza a tomar como causas de agravación punitiva las circunstancias que contempla a condición de que no hayan sido previstas de otra manera”.

Fuera de lo precedente, agrega el defensor, el Tribunal interpretó mal el concepto de personalidad, que siendo mucho más complejo, fue evaluado teniendo en cuenta únicamente la conducta del procesado al momento de realizar los hechos punibles por los cuales se le condenó.

Advierte que la conducta delictiva es una manifestación aislada de la personalidad del agente, pero no constituye el completo análisis de la personalidad exigido por el legislador para efectos de atenuar o agravar la pena.

De admitirse que el delito es síntoma de la personalidad moral de su autor “(teoría sintomática)”, el propio hecho revelaría la personalidad del agente y serviría como fundamento de la pena, pero no podría al mismo tiempo fungir como fundamento y agravante, expresa el defensor. Porque “en cualquier caso, la personalidad del agente no puede ser simple comodín a disposición del libre arbitrio judicial, pues entonces no se trataría de una facultad discrecional reglada, ni podría aspirarse a que se respete la regla constitucional y legal de la igualdad en la cuantificación judicial de la pena”.

De acuerdo con el doctor Alfonso Reyes Echandía -lo cita nuevamente- “las modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes y las circunstancias en que fue realizado, son manifestaciones de la personalidad de su autor; pero el legislador quiere que el juez haga el examen concreto de la personalidad del delincuente, antes de fijar la sanción aplicable, para que esta se adecue no sólo al delito cometido sino a la

persona de quien lo realizó”.

A juicio del censor, entonces, el Tribunal se equivocó al estimar que estaba acreditada la circunstancia de agravación por el solo hecho de que el procesado hubiera demostrado despego a la norma penal, que es en realidad en lo que consiste el dolo, inclusive frente a conducta reiteradas. Su obligación era la de auscultar dicha personalidad mediante la asesoría de sicólogos y siquiátras, o bien a través de entrevistas periódicas con el procesado a lo largo del proceso e igualmente mediante el análisis de los informes relacionados con su conducta carcelaria.

Así las cosas -concluye el abogado- “como el H. Tribunal consideró erradamente que la existencia del delito investigado (como manifestación de la personalidad del condenado) era suficiente para establecer lo anómalo de su personalidad como factor para una mayor punibilidad, se abstuvo de hacer un más completo análisis de la personalidad del procesado, que es lo que el legislador pretende con la referencia que en el inciso 1º del artículo 61 del Código Penal hace a la ‘personalidad del agente’. De esta manera, dicha agravante no sólo aparece, una vez más, como duplicativa de los elementos del delito (la conducta delictiva es revelación sintomática de la personalidad de su autor), sino también como ilegal desde el punto de vista de su obligación de motivar razonadamente, es decir, fundamentar cada uno de los incrementos punitivos con algo que no sea mera palabrería”.

Así pues, el juzgador interpretó erradamente el concepto de personalidad del agente, entendiendo que el delito investigado agota el análisis de dicho elemento, violando de manera directa el inciso 1º del artículo 61 del Código Penal y el principio positivo del “ne bis in idem” en ella contenido.

Sexto cargo.

Lo hace consistir la defensa en que el Tribunal Nacional violó directamente, por

interpretación errónea, el artículo 45 de la ley 30 de 1986, el cual consagra “una forma especial de delación” para rebajar la pena imponible en los delitos previstos en esa normatividad.

“El yerro del H. Tribunal –dice el demandante– se concreta en la equivocada creencia de considerar que para reconocer la rebaja de pena por delación contemplada en el artículo ... no es suficiente con el testimonio del sindicado – delator contra un tercero, cuando de otra parte existen en el expediente otros medios de prueba que incriminan a esta persona (y que sin embargo no han servido o no se han usado para vincularlo formalmente al proceso por medio de indagatoria o emplazamiento)”.

Resalta que la “eficacia” de la “delación” de JONIER OSPINA por parte de su representado se aprecia no sólo en el testimonio que éste rinde contra el primero, con pleno conocimiento de causa y circunstancias, sino también en el hecho de que la presentación de OSPINA ante las autoridades obedeció a una solicitud en ese sentido hecha por URDINOLA GRAJALES.

“Decir que todo eso no es serio e importante en el proceso, cuando OSPINA es coacusado, junto con su delator, en el ‘indictment’ norteamericano anexo a los autos y cuando las autoridades no tenían ni idea de su paradero, es desconocer abiertamente la realidad de la prueba y distorsionar de modo manifiesto la aplicabilidad de la pertinente norma legal que en tal supuesto establece un importante beneficio de rebaja de pena”, anota el libelista.

Acto seguido transcribe los argumentos del sentenciador para negarse al reconocimiento de la disminución de la pena, e igualmente el texto de la norma que estima violada. Esta, advierte, exige para su aplicación dos requisitos: a) El sindicado debe denunciar mediante pruebas idóneas a copartícipes del delito. b) Los denunciados deben ser personas no vinculadas al proceso.

Expresa que aunque el Tribunal admitió que su defendido hizo la denuncia, le restó eficacia argumentando que ella no constituyó prueba idónea para lograr la vinculación del denunciado.

Por “prueba idónea” debe entenderse “prueba apta”, esto es la que produzca convicción en el juzgador. Tratándose del testimonio (la denuncia o delación lo es), es inidóneo cuando analizado su contenido de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el juzgador concluye que no merece credibilidad. Pero si la ofrece, se le debe considerar prueba idónea para la demostración de los hechos materia del proceso.

Destaca a continuación que el artículo 45 de la ley 30 de 1986 exige que la prueba sea idónea, pero no, además, que sea el único medio de prueba obrante dentro del proceso. “Por consiguiente, basta con que el testimonio del sindicado (que es la delación misma) no pueda ser tenido como falto de credibilidad para que constituya una prueba idónea como la exigida...” por la norma mencionada. “¿O acaso -agrega- podrá decirse dentro de un proceso cualquiera que un testimonio o un documento son pruebas no idóneas por el sólo hecho de que existen dentro del proceso otros medios de convicción que apunten en el mismo sentido? Dicho en otras palabras ..., de acuerdo con la tesis del sentenciador de segunda instancia, basta con que dentro de un proceso penal existiese un solo medio de prueba válido, para que los otros debieran ser catalogados como pruebas inidóneas y por tanto irrelevantes para la investigación penal”.

El Tribunal, en segundo lugar, precisó que no procedía la rebaja de pena porque ya existían dentro del proceso otros medios de prueba que señalaban a OSPINA como incurso en los delitos investigados y en tales condiciones, de todas maneras, habría sido vinculado al proceso, resultando por lo tanto innecesaria la delación.

“La equivocación del H. Tribunal -advierte la defensa- consiste en que el artículo 45 de la ley 30 de 1986 reconoce la rebaja de pena por delación cuando se incrimine a un

copartícipe del delito 'diferente a los ya vinculados al proceso', sin distinciones entre los que ya casi iban a ser vinculados y los que tardarían más en serlo o tal vez no llegarían a serlo.

La exigencia del artículo 45, en otras palabras, es que las personas delatadas no estén vinculadas cuando la delación se produzca. Cualquier otra exigencia (pedir que se delaten personas no vinculadas y contra las que no hayan pruebas dentro del proceso), viola el principio de legalidad.

Como fundamento adicional tendiente a enfatizar el error del Tribunal, se refiere el censor, para finalizar, al tratamiento que la Corte le ha dado a la rebaja de pena por confesión. Menciona la providencia del 15 de agosto de 1989 (M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez) y refiere que la Corporación reconoce la disminución punitiva "aún en el evento de que contra el procesado ya existiesen dentro del proceso otros medios de prueba".

Séptimo cargo.

Estima el casacionista que el Tribunal violó directamente, por interpretación errónea, el artículo 37 B del Código de Procedimiento Penal, "...al considerar que para una correcta dosificación punitiva deben calcularse anticipadamente las rebajas de pena establecidas por la ley y sólo con posterioridad, luego de restas progresivas o en espiral, cuantificar la pena merecida o justa, o sea la que se atiene a la gravedad del injusto y la culpabilidad en el caso concreto".

Según dicho método, se calculan primero las rebajas y luego la pena "...con lo que se arriba a resultados amañados y oportunistas reñidos con la objetividad igualitaria de la justicia legal y con la seguridad jurídica derivada del principio de estricta legalidad de la pena, criterios estos últimos que imponen el imperio de la ley por encima de criterios coyunturales y subjetivos de oportunidad y conveniencia".

Las rebajas de pena que el legislador establece por razones de política criminal no pueden discutirse por el intérprete. Para la ley, según el defensor, primero debe determinarse judicialmente la pena justa "...y sobre su monto restar la suma de las rebajas...", mientras que de acuerdo con el Tribunal -que es la conclusión que cuestiona- "...dicha pena justa es la que resulta después de efectuar las rebajas legales una a una, restando la segunda del resultado arrojado por la primera resta y así sucesivamente. De esta manera las rebajas no resultan acumuladas o adicionadas entre sí, como lo ordena directamente la ley, sino que la segunda rebaja no se deduce de la pena total precalculada sino de una pena ya rebajada por la primera sustracción, y la tercera del guarismo ya afectado por la segunda resta.

"Ese método -agrega- supondría, para no caer en la inseguridad y la arbitrariedad, que la propia ley hubiera establecido el orden en que habrían de efectuarse tales reducciones de la pena en espiral, lo cual no acontece en nuestro ordenamiento, que, por el contrario, ordena sumar (adicionar o acumular) las rebajas y restarlas en conjunto de la pena dosificada por el juez (que ha de reputarse que es la 'pena justa', es decir, la adecuada a los baremos del artículo 61 del C.P.). Por el contrario, de manera expresa y clara dispone el artículo 37 B del C. de P.P., numeral 1º, que el beneficio penal que corresponda por terminación anticipada del proceso ... 'es adicional y se acumulará a todos los demás a que tenga derecho el procesado' ".

Los beneficios reconocidos en los fallos hacen referencia a una determinada proporción de "la pena", por lo que resultaría arbitrario efectuar tales reducciones sobre un guarismo diferente al del total de la pena impuesta, para el caso examinado 210 meses.

A juicio de la defensa el método que utilizó la primera instancia, consistente en calcular las rebajas sobre el total de la pena impuesta, para luego sumarlas y después restarlas de aquella, es el que se desprende de la ley y de la lógica. "De la lógica, por lo que se ha insinuado -la ley remite todas esas rebajas a 'la pena' y no a un cálculo

provisional o intermedio de 'pena ya parcialmente rebajada', y de la ley, entre otras razones, porque el mismo texto del actual artículo 37 del C. de P.P. así lo indica al ordenar al juez que dosifique la pena aplicable y de ella deduzca la tercera parte por haberse realizado el procedimiento de la sentencia anticipada".

En suma, el Tribunal se equivocó al no aplicar las distintas rebajas a la pena imponible en concreto, sino a una pena rebajada, método con el cual -insiste- se puede llegar a resultados distintos según el orden en que el Juez decida tomar en consideración las rebajas punitas, en contra de la seguridad jurídica y del principio de legalidad de la pena.

Advierte, finalmente, que la interpretación que impugna no obedece a una actitud aislada del fallador, sino a un criterio político coyuntural (no jurídico), movido por un cambio de enfoque de la Fiscalía y del Gobierno frente a la política de sometimiento a la justicia contenida en normas jurídicas generales que no han sido modificadas.

Lo que en definitiva se le censura al fallo de primera instancia por parte del Tribunal son las leyes que el Juez aplicó y no sus argumentos jurídicos. "Pero estar lleno de argumentos contra la ley aplicada no es un argumento que impugne realmente la sentencia que la aplica". Añade la defensa que lo pretendido por el fallo recurrido en casación es que la pena que efectivamente debe descontar el procesado sea superior a los 48 meses deducidos por el a quo, en consideración a que la misma es muy baja en comparación con la gravedad de los delitos y el grado de culpabilidad. De tal forma la segunda instancia confunde "los criterios dosimétricos principales de la pena (gravedad del injusto y culpabilidad) con los baremos político criminales de otorgamiento de ciertas reducciones legales de la pena judicialmente cuantificada".

El derecho penal actual -agrega el demandante- reconoce que el principio de culpabilidad no impide la imposición de penas inferiores al grado de culpabilidad, cuando la

propia ley por razones de política criminal (que el intérprete no puede desconocer ni discutir), decide rebajar esa pena o inclusive prescindir de ella (indulto, amnistía, perdón judicial, condena de ejecución condicional, colaboración, prescripción, etc).

“Por consiguiente -concluye- lo que el ad quem desconoce en este caso es la verdad elemental de que, según el fallo de primera instancia, la pena justa es la pena total de 17.5 años (210 meses), para cuya determinación se tuvo en cuenta la gravedad del injusto y la culpabilidad en el caso concreto, en tanto que las rebajas legales (162 meses en total) reconocidas en el fallo de primer grado se inspiraron simplemente en el respeto de las razones de política criminal nacional que han llevado a la ley a otorgar tales reducciones punitivas por los factores de delación especial, confesión oportuna y sentencia anticipada en el curso del sumario.

“Mientras en el último instituto mencionado la ley se ha inspirado en consideraciones de celeridad procesal o economía en el esfuerzo de la actividad judicial, en los dos primeros se trata de un enfoque especial de la lucha contra la impunidad para el que resulta preferible una condena relativamente benigna que una absolución por falta de pruebas (caso de la confesión), o bien se prefiere una pena rebajada para el delator a la impunidad del delatado. Este es el punto de vista del derecho vigente en Colombia, que de ninguna manera puede ser confundido con o sustituido por puntos de vista extraídos del debate que actualmente se agita en nuestro país -tal vez debido, al menos en parte, a presiones externas- en torno a la necesidad de su reforma para que puedan aplicarse penas más ‘ejemplares’ en los casos de narcotráfico”.

Capítulo II.

Al interior de éste el censor plante dos cargos al fallo recurrido, los cuales apoya en el inciso 2º del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal.

Primer cargo.

Señala que el Tribunal violó indirectamente los artículos 66-3 y 2º del Código Penal, al suponer "...que dentro del proceso existe algún medio de prueba que demuestre la existencia de determinados o especiales 'modos de ejecución del hecho' o de los 'instrumentos' con que los delitos admitidos por mi poderdante tuvieron lugar, cuando ninguno de esos dos aspectos encuentra respaldo probatorio alguno dentro del plenario".

La segunda instancia en realidad dedujo la circunstancia de agravación, pero bajo la suposición equivocada de que sus elementos típicos se encuentran demostrados dentro del expediente. Dicha norma -dice el abogado- "pone correctamente las circunstancias y modalidades objetivas del hecho como indicios de la 'mayor insensibilidad moral', lejos de dejar todo esto librado a la personal estimación del fallador", a tono con la doctrina moderna.

Así las cosas, en cuanto el Tribunal de modo subjetivo y arbitrario supuso que estaba demostrada la situación externa, igual supuso su relación de causalidad para concluir en la mayor insensibilidad moral del agente. Transgredió, entonces, el artículo 246 del Código de Procedimiento Penal y por esta vía las normas sustanciales ya anotadas.

Segundo cargo.

En esta oportunidad dice el casacionista que el Tribunal Nacional violó indirectamente los artículos 66-4 y 2º del Código Penal. Lo hizo por la vía del error de hecho, al suponer que dentro del proceso obra algún medio de prueba demostrativo de la "preparación ponderada del delito", cuando dicha circunstancia no cuenta con respaldo probatorio alguno dentro de la investigación. "...como no sea -agrega- la ponderación que es propia del tipo de narcotráfico y que desde luego está ya incluida en el marco penal que el mismo prevé y no puede por tanto ser redoblada en la dosimetría judicial de la pena. No cabe duda que las circunstancias agravantes hacen parte del tipo de lo injusto, o, en todo

caso, del tipo de delito, y por tanto están sometidas a los mismos requisitos sustanciales y probatorios de todos y cada uno de los elementos que integran el tipo legal”.

Así las cosas, concluye, en cuanto dentro del proceso no obra prueba alguna que permita tener por demostrada la “preparación ponderada” de los delitos confesados, el Tribunal violó en forma directa, por falta de aplicación, el artículo 246 del Código de Procedimiento Penal y por dicha vía las normas sustanciales a que ya se hizo alusión.

Textualmente, las que siguen son las peticiones del casacionista:

“Sobre el supuesto de que en la sentencia recurrida le fueron equivocadamente aplicadas a mi poderdante como causales de agravación punitiva, el ‘transporte y distribución’ de más de cinco kilos de cocaína (agravante inexistente dentro de nuestro ordenamiento penal), la inobleza o futilidad de los motivos, la gravedad del hecho punible, el grado de culpabilidad, la personalidad del agente, la insensibilidad moral y la preparación ponderada del delito, la pena aplicada en segunda instancia a mi defendido debe ser redosificada sin tomar en consideración las causas de agravación acabadas de mencionar.

“Asimismo, y como quiera que a mi poderdante se le negó equivocadamente el reconocimiento de la delación especial del artículo 45 de la ley 30 de 1986 como causa diminuyente de la concreta punibilidad, la pena que en definitiva le fue aplicada por el fallador de segunda instancia debe ser recalculada para tomar en consideración esa rebaja legal.

“En estas condiciones, la cuantificación de la pena debe hacerse sobre los mismos supuestos trazados por el H. Tribunal Nacional, con las correcciones planteadas en los dos incisos precedentes. Esto significa que tomando como delito base la infracción al artículo 33 de la ley 30 de 1986, se tiene que el mínimo de pena imponible es de cuatro años de

prisión. A dicha pena se le agregan (de acuerdo con los planteamientos del H. Tribunal Nacional) dos años por razón del concurso homogéneo y ocho años más por razón del concurso heterogéneo (?), lo cual arroja un gran total de catorce años de prisión, es decir, 168 meses de privación de la libertad.

“A la pena así obtenida se le debe descontar (conforme a los planteamientos del H. Tribunal Nacional) una sexta parte por la confesión, quedando la pena en ciento cuarenta meses de prisión.

“Siguiendo en esto el razonamiento del H. Tribunal Nacional, esa pena debe ser nuevamente disminuida en una tercera parte debido a la existencia de una sentencia anticipada, lo que dejaría la pena a imponer en un total de 93,4 meses de prisión.

“Pero, como quiera que a ese total le debe ser descontado el beneficio legal concedido por la ley (pero equivocadamente denegado por el fallador de segunda instancia) en razón de la delación, la pena debe ser disminuida en la mitad, quedando como pena final aplicable la de 46.7 meses de prisión.

“Naturalmente que, de prosperar el cargo 7º del capítulo I, no debe retasarse la pena con ese “método de espiral” usado por el ad quem, sino sumar todas las rebajas legales (cada una de ellas computada, como la ley lo ordena, de la pena imponible y no de una pena ya rebajada) y descontar este resultado de la pena total aplicable, pero teniendo en cuenta, claro está, que la rebaja por delación especial no cobija en este caso los cargos de ‘enriquecimiento ilícito’ y ‘falsedad en documentos’ (y, según el fallo de primer grado, tampoco el ‘concierto para delinquir’).”.

Solicita, pues, que se case la sentencia impugnada en lo relacionado con la dosificación punitiva y se condene a su representado con sustento en la recuantificación punitiva que propone, o en la que se derive de los argumentos que la Sala admita.

Demanda del defensor del procesado JHONIER MARIANO OSPINA CORTES.

En dos capítulos, como el otro apoderado, dividió el libelo. En el primero le formuló seis cargos de violación directa de la ley sustancial al fallo del Tribunal Nacional, los cuales guardan plena coincidencia con los seis primeros ataques que por la misma vía realizó la defensa de URDINOLA GRAJALES y que en consecuencia no se estima del caso entrar a resumir. El cargo sexto, no obstante, a pesar de contar con iguales argumentos de los del sexto de la primera demanda, está referido en este caso a que el Tribunal no le concedió al procesado la rebaja contemplada en el artículo 45 de la ley 30 de 1986, bajo los siguientes supuestos de hecho que transcribe el recurrente:

“...frente a la mujer (delatada por el acusado) es el testigo con reserva de identidad quien la individualiza y frente a GUILLERMO LEON ALZATE (también delatado por el mismo) ... sobre el mismo abunda la prueba incriminatoria a raíz de las pesquisas efectuadas por el departamento de justicia de ese país” (E.U).

El desarrollo del ataque, como su similar de la otra demanda, se dirige al por qué de la interpretación errónea de la norma en que incurrió el Tribunal, al afirmar su improcedencia bajo el supuesto de la existencia de otros medios de prueba frente a los terceros delatados, quienes ya se encontraban individualizados dentro del expediente, aunque no vinculados procesalmente.

En el marco del capítulo segundo coincide con los mismos dos cargos de violación indirecta de la ley sustancia efectuados por el otro defensor.

Concepto del Procurador 2º Delegado en lo Penal:

Uno solo de los cargos, el séptimo del primer capítulo de la demanda del defensor de JULIO FABIO URDINOLA GRAJALES, no lo formuló el apoderado de JHONIER MARIANO OSPINA. Como en los demás corresponden los libelos, el Agente del Ministerio Público

conceptuó sobre ellos de manera conjunta.

Capítulo I

Primer cargo.

Los demandantes lo refirieron a la violación directa del artículo 38-3 de la ley 30 de 1986.

La Delegada estima, en primer lugar, que los censores carecen de legitimidad para formularlo. Simplemente porque el proceso finalizó a través del mecanismo de la sentencia anticipada y la agravante formó parte de los cargos realizados por la Fiscalía y aceptados libremente por los procesados, no constituyendo la casación una instancia de retractación.

Expresa el Procurador, en segundo lugar, que los demandantes que los defensores seleccionaron equivocadamente la causal de casación. Si lo que reclaman es que se dedujo la agravante sin haber mediado la “efectiva incautación de la sustancia”, lo planteado es un falso juicio de existencia por suposición, en cuanto acusan al juzgador de inventar la prueba de la incautación, o de la cantidad de sustancia ilícita. Pero todavía si hubieran optado por la violación indirecta de la ley sustancial, tampoco tendrían legitimidad para demandar, por las razones ya expresadas.

No obstante los planteamientos precedentes, si la Sala asume responder de fondo el ataque, dice el Procurador que el mismo no debe prosperar. Transcribe los apartes de la sentencia que sustentaron de deducción de la circunstancia de incremento punitivo, precisa que el tipo básico por el cual se condenó a los procesados (art. 33, inciso 1º de la ley 30/86) no es objeto de discrepancias y concluye que no es acertado, como lo hacen los demandantes, condicionar la deducción de la agravante a la aprehensión material de la sustancia ilícita. Y en esencia apoya esta conclusión en la sentencia de la Sala del

28 de septiembre de 1996 (M.P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda), en la cual se fijaron los alcances de la norma que estiman interpretada equivocadamente los casacionistas y de la cual el Delegado reproduce sus principales apartes.

Segundo cargo.

Como a través de esta censura se le cuestiona al fallador haber interpretado erróneamente la agravante genérica 66-1 del Código Penal y su deducción está íntimamente vinculada con la dosificación de la pena, manifiesta el Agente del Ministerio Público que los demandantes cuentan con interés para recurrir, en los términos del artículo 37B-4 del C. de P.P.

Advierte que cuando se plantea errónea interpretación de la ley es deber del casacionista probar que el Juez falló en el entendimiento de la norma, al darle un valor que tergiversa el sentido verdadero del precepto. En otras palabras, que el juzgador incurrió en un análisis disparatado de la norma.

Acepta que la agravante mencionada hace específica referencia al individuo y en realidad "...en el curso de la investigación lo que se analiza, lo que se discute, lo que se juzga, es la conducta de una persona identificada plenamente".

Transcribe las afirmaciones del Tribunal en la cuales fundamentó la deducción de la circunstancia y expresa que las mismas no son críticas abstractas sino que hacen relación "...a la inobleza o futilidad de la conducta" de los procesados.

"No es evidente -agrega—que el juzgador haya disparatado el sentido hermenéutico de la norma, tampoco lo es que a todos los individuos que incurran en el delito que aquí se juzga ... deba automáticamente deducírsele las agravante genérica de los motivos innobles o fútiles, porque resulta indiscutido que el juicio de desvalor reviste connotaciones diversas si se mira individualmente a quién transporta, a quién conserve,

o a quién venda sustancia estupefacientes, relacionado con personas que dirigen a nivel nacional e internacional empresas dedicadas al ilícito tráfico”.

Señala el Procurador, de otra parte, que del contenido de las actas de aceptación de cargos se evidenciaban claramente “los presupuestos fácticos que contienen lo innoble o fútil del comportamiento de los procesados”, circunstancia que hace “francamente discutible” la legitimidad para recurrir de los impugnantes.

La solicitud es, en suma, que no deben prosperar los cargos para ninguna de las demandas, pues en definitiva el juzgador no tergiversó el sentido de la norma.

Cargos tercero, cuarto y quinto.

Por estar referidos los mismos al inciso 1º del artículo 61 del Código Penal, el representante de la sociedad decidió conceptuar sobre ellos conjuntamente. En consideración a que lo cuestionado son los criterios para fijar la pena, en principio los defensores estarían autorizados para presentar los ataques en concordancia con el artículo 37B-4 del C. de P.P.

“Sin embargo –señala–en tratándose de la terminación anticipada del proceso, ello no es, ni puede ser así, en la medida que los criterios tenidos en cuenta en el texto del artículo 61 del Código Penal, dicen relación directa con los grados del injusto y la culpabilidad, que son postulados vinculados directamente con la lesión al bien jurídico tutelado y el grado de culpabilidad, que, en tratándose de la genérica ‘terminación anticipada’, presuponen aceptación del procesado de los cargos en la forma como los dedujo la Fiscalía en su análisis. Es decir, son razones estrictamente cualitativas y no meramente cuantitativas o dosimétricas las que determinan la deducción de los criterios que hacen mayor la reprochabilidad de la acción”.

Para la Delegada, en consecuencia, “...resulta claro que son ilegítimos los cargos

que en tales sentidos presentan las censuras”, en consideración a que se refieren a aspectos aceptados por los sentenciados sin críticas desde la formulación de cargos realizada por la Fiscalía.

Pero si se procediera al examen de fondo de los cargos, tampoco tendrían razón los impugnantes pues no resulta evidente “...que criterios tales como los de ‘gravedad del hecho punible, grado de culpabilidad y personalidad del agente’, sean fácilmente susceptibles de errónea interpretación como así se pretende hacer ver. Conceptos de esta índole son en el derecho penal de manejo usual, práctico, objetivo, sencillo e inconfundible, que difícilmente se trastocan o se yerra en su hermenéutica; evidentemente cabe la posibilidad, en un contexto ‘ideal de motivación de los fallos’ que se haga profundidad en su análisis, sin que por ello, una escasa motivación tenga la entidad pretendida para anular la sentencia, o para proferir otra en su reemplazo.

“Argumentaciones de este tenor –concluye el Agente del Ministerio Público–no prueban en definitiva la violación directa de la ley sustancial, y se corre el riesgo de dedicar el libelo demandatorio a la simple contraposición de criterios, que por valederos que sean, no tienen la entidad para desquiciar una sentencia legítimamente expedida”. Ninguno de los cargos, entonces, deben ser considerados por la Corte, “dada la ilegitimidad de las pretensiones incoadas”.

Sexto cargo.

Aunque el concepto admite que los censores ostentan interés para formularlo, a renglón seguido señala que “...resulta altamente contradictorio afirmar que el Tribunal ‘desconoce abiertamente la realidad de la prueba y distorsiona de modo manifiesto la aplicabilidad de la pertinente norma legal ... que establece una importante rebaja de pena...’, en tanto en cuanto, críticas de este orden no se compadecen de ninguna manera con la violación directa de la ley sustancial, en sentido de errónea interpretación

de la norma, porque es presupuesto lógico para formular esta censura aceptar, sin críticas, la estimación probatoria hecha por el juzgador”.

Para el Procurador, por lo tanto, la censura debió haberse intentado con apoyo en el inciso 2º de la causal 1ª de casación.

“Además del yerro en sede técnica -agrega-dígase que los censores no se ocupan de demostrar el cargo en el sentido de probar que el fallador haya ‘tergiversado’ el contenido de la norma, y dedican la sustentación no a demostrar un yerro hermenéutico propio del error de interpretación en el análisis de los elementos estructural - normativos que es la causal que invocan”. Es decir, no sustentan adecuadamente el cargo.

No obstante lo precedente, señala el Procurador, de acuerdo con el Tribunal, que no procede el descuento de pena contemplado en el artículo 45 de la ley 30 de 1986, “...cuando se incrimina a personas contra quienes ya aparecen en el proceso graves indicios de su actividad criminal, en la medida que la información aportada es suficientemente conocida en la investigación”.

Aduce que los razonamientos que deben hacerse para otorgar la rebaja de pena, son homólogos a los que hace la jurisprudencia en relación con el descuento de pena por confesión y transcribe apartes de algunas decisiones de la Sala sobre el tema.

El cargo, en suma, no debe prosperar.

Séptimo cargo de la demanda presentada a nombre del procesado URDINOLA GRAJALES.

Tampoco debe tener éxito a juicio de la Procurador, quien en lo esencial comparte la forma como el Tribunal Nacional le realizó las rebajas punitivas al procesado por razón de confesión y sentencia anticipada. Se apoyó para ello el representante de la sociedad en distintos pronunciamientos de la Sala en los cuales se hizo relación al “sistema de

remanentes o residuos”, con cuya aplicación se evita la exclusión total de la pena.

Dicho método –concluye el concepto– “de ningún modo ... resulta ilegal, ni arbitrario; se compadece en cambio con las razones jurisprudenciales de conformidad con las cuales el espíritu político – criminal de los beneficios es motivar al infractor de la ley penal a que salde cuentas con la administración de justicia, se acoja a los beneficios que la ley prodiga, y cumpla las sanciones impuestas por los jueces, morigeradas en más o en menos por su colaboración eficaz.

“Esa es la sistemática interpretación que ha venido dando la jurisprudencia de la Corte, y que por demás, la lógica impone, porque, como es bien sabido, el sentido político criminal del sistema estimulativo, no es que el Estado pierda la potestad sancionatoria, sino que la morigere, que la reduzca en proporciones que consulten la legislación represiva”.

Capítulo II.

A los dos cargos propuestos por los defensores en su marco, se refirió el Agente del Ministerio Público de manera conjunta. Relacionó tres críticas que le merecen:

La primera es de técnica. Dice que la censura fue por apreciación errónea de la prueba “...que no es otra cosa que alterar, falsear, distorsionar, agregar o parcelar el contenido fáctico del medio de convicción para ponerlo a decir lo que evidentemente no dice”. Así las cosas, se anunció un falso juicio de identidad y se sustentó un falso juicio de existencia por suposición de la prueba para deducir las agravantes de punibilidad (arts. 66-3 y 66-4 del C.P.). De tal forma –dice el concepto– el reproche es ininteligible, en la medida que no puede el juzgador tergiversar un medio de convicción que presupone su existencia en el expediente y a la vez inventárselo.

En segundo lugar, agrega, las censuras no se refieren a ninguno de los temas relacionados

en el artículo 37B-4 del Código de Procedimiento Penal "...porque las modificaciones de pena que pretende se ven antecedidas de un juicio previo sobre aplicación de la ley a través del análisis probatorio. Ello entraña advertir que el problema que se plantea ... no es de dosimetría punitiva sino de aplicación de normas, lo que viene a implicar una retractación de responsabilidad penal".

"Es bien sabido -continúa el Procurador- que la aceptación de cargos (conforme a los hechos y circunstancias, previas la formalidades previstas y el respeto de garantías fundamentales -art. 37 Inc. 3º-), implica renuncia a la objeción de pruebas de cargo (art. 38-4), como así lo ha entendido la jurisprudencia (sentencia de octubre 28 de 1996, M.P. Dr. Jorge Anibal Gómez Gallego)".

"En tercer lugar -concluye el concepto- no es evidente que la convicción en sentido de determinar la responsabilidad ipenal, o de deducir una circunstancia de agravación punitiva, esté circunscrita a determinados medios probatorios reclamados por el casacionista; en cierto modo, la aceptación implica para el ente acusador la renuncia a practicar pruebas, si las que, con las pruebas que cuenta el proceso, se estructuran efectivamente la responsabilidad penal o la circunstancia genérica que deduce. Recuérdesse por lo demás, que en materia penal hay libertad de prueba.

"De este modo, se hace pertinente responder que las circunstancias agravatorias genéricas, cuya prueba en el expediente echa de menos la censura, fueron materia de palmar aceptación por el procesado en el acta de aceptación de cargos donde el Fiscal discriminó el modo de ejecución de los hechos y su preparación ponderada. La aceptación de los cargos también es medio de convicción.

"Entonces -finaliza- en relación con el capítulo segundo de las dos demandas incoadas, dígame de primero que estima esta Delegada que son ilegítimas las aspiraciones de los censores, evento en el cual ha debido inadmitirse en sede de casación los cargos

formulados al amparo de la violación indirecta de la ley sustancial; de segundo, que dadas las contradicciones de sentido en la formulación (falso juicio de identidad) y en la sustentación (falso juicio de existencia por suposición), se hace ininteligible el reparo(s); y de tercero, que tampoco asiste razón a la impugnación en la medida que es bien sabido que la 'libertad probatoria y la apreciación conjunta de las pruebas' ofrecen al fallador el requerido 'grado de certeza' para sustentar la decisión que tome".

El Procurador Delegado, en suma, le solicita a la Corte no casar el fallo objeto del recurso extraordinario.

Consideraciones de la Sala:

Por corresponder los cargos de las demandas, salvo el 7º del primer capítulo que sólo fue formulado por el defensor del procesado JULIO FABIO URDINOLA GRAJALES, la Sala los responderá en forma conjunta.

CAPITULO I.

Cargo 1º.

A través del mismo, se recuerda, los defensores adujeron que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 38-3 de la ley 30 de 1986, al deducirle a los procesados la circunstancia de agravación allí establecida, cuando en ningún momento les fue incautada cocaína en cantidad superior a 5 kilos.

Lo primero que debe registrar la Sala es su desacuerdo con el planteamiento del Procurador Delegado relacionado con la falta de técnica en la presentación del ataque.

No es verdad que las censuras se hayan propuesto sobre la base de que el juzgador inventó o supuso la prueba de la "incautación de la sustancia ilícita", incurriéndose de tal

manera en la violación del principio de no contradicción, al alegarse violación directa de la ley y sustentarse el cargo en error de hecho por falso juicio de existencia. Los casacionistas no discuten los hechos ni las pruebas en la forma como fueron estimadas por el juzgador, sino tan solo el alcance que se le dio al artículo 38-3 de la ley 30 de 1986 y en particular a la expresión “sustancia incautada”, por lo que no desbordaron los principios lógicos que rigen la causal de casación en la que apoyaron el ataque, que la restringen a la discusión de aspectos puramente jurídicos.

En lo que sí le asiste razón al Agente del Ministerio Público es en la ausencia de interés para discutir el punto en sede de casación por parte de los demandantes. Las razones son las siguientes:

El cargo de infracción al artículo 33 de la ley 30 de 1986, agravado por la concurrencia del artículo 38-3 de la misma normatividad, quedó claramente formulado por la Fiscalía en la diligencia de aceptación de cargos y fue libremente admitido por los procesados. Se trata -la última norma—de una agravante específica de punibilidad y por lo tanto debe entenderse como complementaria del tipo penal básico (art. 33), lo cual significa que hace parte de la imputación misma¹ y que no puede ser objeto de discusión a través de los recursos de apelación o casación, ya que ello comportaría una indebida retractación de los cargos que voluntariamente se aceptaron.

Los defensores, de otra parte, en ningún momento recurrieron la sentencia de primera instancia para reclamar por la deducción de la agravante específica. Por el contrario, alegaron en su calidad de no recurrentes para pedir la confirmación total de la providencia. Esto traduce su conformidad con el cargo integralmente considerado (tipo básico más agravante), lo cual era de esperarse si se tiene en cuenta -como se dijo—la suprema claridad en su formulación por parte de la Fiscalía en las diligencias respectivas. Así las cosas, haciendo por un momento caso omiso de la retractación que traduce la propuesta, no encuentra la Sala lógico que por el solo hecho de que la segunda

instancia haya incrementado significativamente la pena, sin modificar para nada la consideración del supuesto de la cantidad de cocaína como circunstancia agravante, surja automáticamente para la defensa el interés para discutir en casación dicho tema, en relación con el cual (al perseguir la confirmación del fallo de primer grado) había hecho expreso su completo beneplácito.

Cierto que el aumento de la pena decretado por la segunda instancia se constituye en una de las hipótesis que en desarrollo de los mecanismos de sentencia anticipada y audiencia especial le otorga interés para recurrir en casación al procesado y a su defensor. Pero la legitimidad que de allí surge es sólo para discutir la dosificación de la pena, su proceso de cuantificación, los criterios empleados, la eventual vulneración del principio que prohíbe la reforma en peor de la sanción; en ningún momento para discutir los aspectos fácticos y jurídicos de las imputaciones objeto de aceptación o de acuerdo.

No obstante lo precedente, no quiere desaprovechar la Sala la oportunidad para reiterar que la aprehensión material de la droga no es una condición para que proceda la aplicación del numeral 3º del artículo 38 de la ley 30 de 1986. Esta norma autoriza duplicar el mínimo de las penas previstas en los artículos anteriores “cuando la cantidad incautada sea superior a mil (1.000) kilos si se trata de marihuana, a cien (100) kilos si se trata de marihuana hachis; y a cinco (5) kilos si se trata de cocaína o metacualona”.

Es indudable que se trata de un tipo cuya aplicación se encuentra subordinada al contenido de los artículos 33 al 37 de esa normatividad y que por lo mismo obliga a una interpretación sistemática y no meramente gramatical.

“...por su condición de subordinado del tipo agravante de que se trata -enfaticó la Corte en pasada ocasión—2

no puede aplicarse de manera independiente, pues únicamente adquiere entidad jurídica en referencia y sólo así, con los tipos básicos a los cuales alude. De tal suerte, el vocablo

‘cantidad incautada’, empleado por el legislador para imprimir mayor drasticidad a la pena mínima de los delitos definidos en los artículos 33 a 37 de la ley en mención, no puede limitarse al significado gramatical del verbo incautar. Este, haciendo parte del tipo subordinado, pierde también su autonomía y debe ser interpretado dentro del contexto de la normatividad represora del narcotráfico, que no por haberlo empleado sólo en la redacción del agravante, excluye de sus efectos la mayor parte de las conductas delictivas que se reprimen, como que las más de las veces la incautación del estupefaciente no llega a materializarse.

“Fluye claro que lo que el legislador quiso reprimir con mayor severidad, es la cantidad de estupefaciente manipulada por el agente, de la cual tenga probada noticia el proceso; no simplemente de la cantidad decomisada, pues es apenas lógico entender que el uso de la palabra ‘incautada’ no lo fue con el alcance restrictivo que le da el casacionista, sino para significar con ella ‘la droga o sustancia ilícita sometida a conocimiento de un Tribunal o autoridad competente para lo de su cargo, así no se halle aprehendida materialmente’, o sea que el ‘tomar posesión’ que utiliza el diccionario de la Real Academia de la lengua como acepción de ‘incautarse’ lo entendió el legislador en sentido figurado con alcance jurídico, no material.

“Resulta indiscutible que el ejercicio por el Juez, del trabajo interpretativo, cuando el texto de la ley lo requiere para hacerla operante al fin que persigue, no puede constituir, como dice entenderlo el profesional demandante, el desconocimiento del principio de legalidad del delito y de la pena. Es sencillamente, el cumplimiento del deber connatural al Juez, que ejercido con responsabilidad, va formando los criterios de interpretación propios de la jurisprudencia y va suministrando pautas generales de orientación al legislador para la comprensión de las situaciones que requieren de su manifestación funcional”.

En suma, la evidente vinculación del numeral 3º del artículo 38 de la ley 30 de 1986 con los tipos penales descritos por el mismo estatuto en las normas que lo preceden,

obliga al intérprete a escudriñar la verdadera intención de la ley al establecer la circunstancia de agravación, en atención precisamente a que una labor hermenéutica puramente gramatical, traduce inmediatamente la idea absurda de que el tráfico de sustancias estupefacientes en cantidades exorbitantes, sin que se produzca su aprehensión material, quedó excluida del tratamiento punitivo más severo a que se refiere la disposición.

No se trata de abandonar sin ninguna fórmula el método de interpretación gramatical, sino de buscar el verdadero espíritu y finalidad de la norma. Esta, sin ninguna duda, forma parte de un sistema y ante una incoherencia como la anotada, es un deber inaplazable del juez, auscultar sistemáticamente sus verdaderos alcances, bien para limitarlos a la estricta significación de las palabras o para extenderlos a las hipótesis lógicas posibles que surjan de la evaluación del conjunto normativo al cual pertenece.

Lo precedente no traduce el uso de la analogía. Se trata de un procedimiento legítimo de interpretación, que no por el hecho de una pretendida claridad en el significado de las palabras utilizadas en la norma, le está vedado al Juez como fórmula para encontrar la finalidad pretendida con la misma, ante una eventual imprecisión legislativa. Así las cosas, no se trata de llenar por vía judicial un vacío de la ley en aras de la justicia material, sino de encontrar sus verdaderos alcances, es decir aquellos que motivaron la inclusión de la norma por parte del legislador y únicamente de ellos.

La ley 30 de 1986, eso es claro, de manera recurrente se refiere cuantitativamente a las sustancias estupefacientes. En el literal j) de su artículo 2º alude a la dosis para uso personal y para el caso de la cocaína la fija en una cantidad que no exceda de un gramo, naturalmente a condición que el fin de quien la tenga no sea su distribución o venta.

El artículo 33 -inciso 1º—, obviamente antes de la ley 365 de 1997, establecía

una sanción de 4 a 12 años de prisión, frente a las siguientes conductas, realizadas sin permiso de la autoridad competente y salvo lo previsto sobre dosis para uso personal:

Introducir al país, así sea en tránsito, sacar de él, transportar, llevar consigo, almacenar, conservar, elaborar, vender, ofrecer, adquirir, financiar o suministrar a cualquier título droga que produzca dependencia.

El inciso 2º de la norma, preveía una sanción de 1 a 3 años para las mismas conductas, a condición de que la cantidad de droga no fuera superior de 1.000 gramos de marihuana, 200 de hachís, 100 de cocaína o de sustancia a base de cocaína y 200 de metacualona.

Nótese que dicha disposición en ningún momento estableció como elemento del tipo el hallazgo material de la sustancia, como se deduciría del argumento del recurrente respecto de la agravante. También que el legislador tomó en consideración la cantidad de la misma para la previsión de penas más o menos graves. En el caso de la cocaína, hasta 100 gramos, señaló prisión de uno a 3 años. Y de 4 a 12 años, si excedía esa cantidad.

Es supremamente clara, entonces, la tendencia del legislador de contemplar penas más rigurosas en la medida del incremento de la sustancia objeto del tráfico. Y a criterio de la Sala esa fue la lógica y el sentido para estatuir la agravante punitiva del artículo 38-3 de la ley 30 de 1986, sin que sea dable encontrar una sola razón desde el punto de vista lógico-sistemático para admitir que únicamente quiso esa rigurosidad punitiva frente al presupuesto de la incautación de la droga, entendido éste como aprehensión material de la sustancia.

Así las cosas, como lo expresó la Sala en la sentencia citada, la utilización del término "incautar" es una típica imprecisión legislativa, que no impide el hallazgo de su verdadero sentido dentro de la lógica interna del sistema general de la ley, "...el cual no es

otro que el de especificar un incremento de la pena cuando la droga objeto del delito exceda las cantidades previstas en el artículo 38-3 del estatuto nacional de estupefacientes”.

Cargo 2º.

El Tribunal Nacional apoyó la deducción de la causal 1ª del artículo 66 del Código Penal, no derivada por el Juez Regional de Cali, en los siguientes argumentos:

“En relación con la primera de dichas agravantes, esto es, por haber obrado el sujeto activo del delito por motivos innobles o fútiles se tiene que a partir de las características que acompañaron la ejecución de todas las conductas investigadas, es evidente que la realización de la constelación de actividades que comprenden el tráfico de estupefacientes en todas sus facetas denota lo innoble y fútil de los motivos que conducen a la vulneración de bienes jurídicamente tutelados como la salubridad pública, innobles por cuanto sin ninguna consideración se da paso al establecimiento de organizaciones que ciertamente constituyen un irrespeto por el individuo que es sometido a sus insalubres consecuencias y fútil cuando se antepone el bienestar del mismo individuo y de la sociedad en la búsqueda de un rápido enriquecimiento”. (fl. 26 c. del Tribunal).

El punto de vista que plantean los demandantes es que el juzgador consideró que en los delitos de narcotráfico siempre se estructura la agravante punitiva, con lo cual asertó en la selección de la norma pero se equivocó en su interpretación. Como el propósito que persiguen los defensores es que se concluya que dicha causal no era deducible y por dicha vía una más benigna tasación de la pena, es muy claro el interés que ostentan para la proposición del cargo.

No cree la Sala que el Tribunal haya inferido la causal de agravación sin consideración a la conducta de los procesados y tampoco que la haya planteado como

inherente a todo delito de narcotráfico, que es lo que postulan los casacionistas y en lo que fundamentan el ataque de violación directa de la ley.

Los motivos innobles y fútiles los derivó la segunda instancia "...de las características que acompañaron la ejecución de todas las conductas investigadas...", lo cual significa -al contrario de lo que afirman los demandantes—que el juzgador no marginó de su examen el comportamiento de los procesados. Este fue el punto de que partió y con tal base calificó de innoble el "...establecimiento de organizaciones que ciertamente constituyen un irrespeto por el individuo que es sometido a sus insalubres consecuencias..." y de fútil la anteposición de "la búsqueda de un rápido enriquecimiento" al bienestar del mismo individuo y de la sociedad.

En las circunstancias anotadas debe entenderse, entonces, que lo que estimó innoble y fútil el Tribunal, surgió de la consideración de la conducta misma de los procesados y no del señalamiento abstracto como repudiable de las actividades asociadas al tráfico de estupefacientes. Así las cosas, el ataque se torna defectuoso al sustentarse en la creencia equivocada de que el juzgador estimó la agravante punitiva como inherente a todo delito de narcotráfico, por lo que desde el punto de vista lógico no cabe la posibilidad de que sea examinado y por ende no está llamado a prosperar.

Cargos 3º, 4º y 5º.

Los mismos están referidos a la violación directa del artículo 61 del Código Penal por interpretación errónea de las nociones jurídicas de "gravedad del hecho punible" (cargo 3º), "grado de culpabilidad" (cargo 4º) y "personalidad del agente" (cargo 5º).

Frente a todos ellos el Procurador Delegado estimó que los defensores carecían de interés para proponerlos, en consideración a que los criterios para fijar la pena a que se

refiere la norma tienen que ver "...con los grados del injusto y la culpabilidad, que son postulados vinculados directamente con la lesión al bien jurídico tutelado y el grado de culpabilidad, que, en tratándose de la genérica 'terminación anticipada', presuponen aceptación del procesado de los cargos en la forma como los dedujo la Fiscalía en su análisis. Es decir, son razones estrictamente cualitativas y no meramente cuantitativas o dosimétricas las que determinan la deducción de los criterios que hacen mayor la reprochabilidad de la acción".

La lógica del Agente del Ministerio Público es inaceptable. Aunque es verdad que los criterios para la fijación de la pena no son desligables del hecho típico, antijurídico y culpable, en manera alguna forman parte de su estructura y por lo tanto tampoco la modifican. Los mismos, en consecuencia, adquieren presencia y valor sólo al momento de la determinación de la cantidad de la pena por parte del juzgador, una vez emitido el juicio de responsabilidad penal, que naturalmente precede a la tasación punitiva.

Si lo anterior es así, resulta claro que la imputación o cargo que acepta el procesado en desarrollo de la figura de la sentencia anticipada, en manera alguna implica la admisión de los criterios que se vayan a tener en cuenta en el fallo para concretar la pena a imponer, así los mismos tengan "...relación directa con los grados del injusto y de culpabilidad". Pensar como lo hace el Procurador, entonces, significaría que cualquier pena que se le dedujera al procesado por los cargos aceptados y dentro de los límites mínimo y máximo previstos en la ley, no sería discutible por éste o por su defensor a través de los recursos de apelación y casación. Quedaría en tales circunstancias sin sentido la autorización para recurrir la dosificación punitiva (art. 37 B del C. de P. P.) y esta sola consecuencia muestra el absurdo de la posición examinada.

En los cargos anotados los defensores han planteado una discusión que está estrictamente relacionada con la dosificación de la pena, por lo que la Sala procederá a su correspondiente estudio.

Cargo 3º.

Aducen los defensores que el Tribunal consideró que frente a delitos de narcotráfico siempre se configura como agravante “la gravedad del hecho punible”, lo cual constituye interpretación errónea del inciso 1º del artículo 61 del Código Penal.

Los fundamentos aducidos en el fallo sobre el punto y a los cuales está referido el cargo, fueron los siguientes:

“Tiénese, entonces, que a partir de la considerable cantidad de estupefacientes (cocaína) objeto de procesamiento, ilícita exportación y distribución, que se ha referido resultó superior a 1.660 kilogramos, es válido afirmar que la jurisdicción se encuentra frente a una infracción con virtualidad suficiente para afectar gravemente el interés jurídico protegido de la salubridad social, con proyección no sólo en el conglomerado social patrio, sino también el de aquella nación norteamericana para la cual estaba destinada la ilícita producción y donde, en definitiva, se materializó la etapa de distribución o tráfico de la misma. Como ya lo ha dicho la Sala en oportunidades anteriores, la gravedad misma del hecho también se deriva de los destinatarios del ilícito producto que son por lo general jóvenes, sector más vulnerable de la sociedad. De otra parte, no pueden dejar de sopesarse en este contexto, los nada despreciables perjuicios económicos que se derivan del ilícito tráfico para uno y otro países, con proyecciones negativas incluso en las economías más sólidas”.

La gravedad del hecho (que junto con la personalidad del procesado y el grado culpabilidad, le sirvieron al Tribunal para incrementar la pena a imponer a los procesados en 2 años) fue en primer lugar derivada de la gran cantidad de cocaína objeto del delito, lo cual fue acertado a criterio de la Sala.

Ese fundamento, del cual se hizo depender la afectación grave de la salubridad social en Colombia y los Estados Unidos, en absoluto puede traducir que el juzgador dijo

-como lo afirman los demandantes—que los delitos de narcotráfico siempre constituyen hechos graves, siendo en todos los casos incrementable la pena por tal criterio de dosificación previsto en el artículo 61 del Código Penal. Eso en ningún momento fue lo expresado en la sentencia, que lo que hizo, en primer término, fue considerar grave el hecho debido a la importante cantidad de la sustancia objeto del tráfico.

La intensidad del daño que se causa o puede causarse al bien jurídicamente tutelado de la salubridad social es mayor o menor dependiendo de la cantidad de droga materia del delito. No es lo mismo elaborar, exportar y distribuir 5 kilos de cocaína que 100 o 5.000, por lo que resulta completamente racional y lógica la asociación de la cantidad de droga materia del delito a la noción de gravedad del hecho como criterio para la fijación de la pena.

Cierto que el artículo 38-3 de la ley 30 de 1986 agrava la conducta con fundamento en la cantidad de la sustancia. Esta previsión, sin embargo, no puede conducir a la afirmación que hacen los demandantes, según la cual, en el caso de la cocaína, cualquier conducta que se refiera a una cantidad superior a 5 kilos es ya adecuada a la agravante específica y no puede por lo tanto ser nuevamente agravada con sustento en el criterio de dosificación a que se viene haciendo referencia.

La idea es sencillamente absurda. Lo que propicia la agravante específica del artículo 38-3 es variar los límites dentro de los cuales puede imponer la pena el juzgador por la concurrencia de la circunstancia objetiva allí prevista. Pero una vez tipificada la conducta en su modalidad agravada, mal pueden igualarse para efectos punitivos todas las hipótesis delictivas, sin ninguna consideración a la cantidad de la sustancia estupefaciente. Es obvio para la Sala, se reitera, que en cuanto mayor sea la cantidad de droga objeto del delito, mayor será la intensidad del daño potencial o real ocasionado al interés jurídico tutelado y consecuentemente más grave el hecho.

Así las cosas, en ningún momento el Tribunal hizo una interpretación errónea del criterio para fijar la pena que se analiza. Las cantidades significativas de la cocaína exportada y distribuida en los Estados Unidos por los procesados, permitían afirmar que se trataba de conductas graves, más allá de la gravedad misma del delito, es decir de la que se sirvió el legislador para describirlo como tal.

Aunque era suficiente tal argumento para motivar el incremento punitivo por razón de la gravedad del hecho punible, el Tribunal agregó que ésta también se derivaba de dos circunstancias adicionales: el hecho de que en general la sustancia estupefaciente tiene como destinatarios a los jóvenes y los importantes perjuicios económicos para Colombia y los Estados Unidos ocasionados con el tráfico ilícito.

Es verdad, como lo predicen los recurrentes, que se trata de unas consideraciones de carácter general que resaltan algunos de los problemas aparejados a todo delito de narcotráfico. También que una afirmación abstracta, desligada de la conducta concreta imputada, no es suficiente para sustentar la gravedad específica de un comportamiento específico. Sin embargo, aparte de que se trataba de un argumento superfluo pues ya acertadamente se había deducido la gravedad del hecho de las considerables cantidades de cocaína traficadas, estima la Sala que el error del Tribunal radicó en introducir como motivo fundante de la gravedad del hecho la consideración relativa a que los destinatarios de la sustancia eran jóvenes. No se determinó en realidad que esto fuera cierto y en tal medida es verdad que se resaltó un problema social normalmente asociado al narcotráfico para reforzar la deducción de la agravante.

La equivocación de juzgador, no obstante, resulta intrascendente en el proceso de fijación de la pena, si se tiene en cuenta que la gravedad del hecho ya estaba derivada de las importantes cantidades de cocaína traficadas. Y que es un juicio de valor razonable la consideración de los evidentes perjuicios que tal tipo de conductas —cuando son reiteradas y a gran escala como sucede en el caso examinado— le causan a

la economía, lo cual resulta consustancial al carácter pluriofensivo que el delito tiene en abstracto y que puede llegar a concretarse cuando se realiza bajo tales circunstancias.

El cargo, en consecuencia, tampoco está llamado a prosperar.

Cargo 4º.

El yerro que en esta oportunidad le atribuyen los casacionistas al Tribunal lo hacen consistir "...en la equivocada creencia de considerar que basta la simple demostración de la voluntad criminal para proceder a la aplicación de la agravante punitiva que con el nombre de grado de culpabilidad se halla inmersa dentro del inciso 1º del artículo 61 del Código Penal".

Así argumentó el Tribunal la deducción del incremento punitivo:

"...la gravedad de los hechos que hoy se juzgan autoriza por sí sola un incremento mayor al deducido por el a quo con sustento en el artículo 61 del C.P., elemento al cual necesariamente debe agregarse aquel otro que dice relación con el grado de culpabilidad que contempla factores como '...la voluntad aplicable al hecho y el grado de infracción al deber...', dado que evidentemente los aquí procesados al desempeñar papel protagónico dentro de la organización delincuencia, ponían de manifiesto no sólo su voluntad de actuar en contravía de las normas penales, sino también y ello es lo más relevante, su deseo de deshonorar los deberes que como ciudadanos tienen ante el resto de la colectividad".

Es claro para la Sala que la forma de culpabilidad a cuyo título se realiza la imputación (dolo, culpa o preterintención) no corresponde al criterio "grado de culpabilidad" a que se refiere el artículo 61 del Código Penal, cuya noción tiene que ver con la intensidad del dolo o el grado de la culpa. En el primer caso, si se tiene en cuenta

que el dolo se constituye por la intención conciente de atentar contra el respectivo bien jurídico tutelado, el “grado de culpabilidad” tiene que ver con la mayor intensidad de dichas conciencia y voluntad. Esa mayor intensidad en el ámbito de una organización criminal altamente compartimentada es predicable de sus directores o cabezas. El sólo hecho de poseer el control total del complejo de actividades criminales cuya articulación produce el resultado, traduce sin ninguna duda una más alta comprensión del daño causado y una mayor determinación y voluntad criminales, que la predicable del que simplemente como pieza de la organización realiza apenas una cualquiera de sus funciones.

Precisamente en el caso examinado el Tribunal dedujo la agravante del grado de culpabilidad del “papel protagónico” que desempeñaban los procesados en la organización criminal. No es cierto, entonces, como lo dicen los demandantes, que el único fundamento haya sido la sola voluntad criminal de los acusados o, lo que es igual, el dolo mismo de la imputación.

Podría cuestionarse al juzgador que la sustentación del criterio haya sido mínima, pero no es afirmable que haya confundido el dolo como forma de culpabilidad, con la intensidad del dolo. Esta la vinculó -se reitera— con el “papel protagónico” o principal que dentro de la organización criminal cumplían URDINOLA GRAJALES y OSPINA CORTES que, como se dijo, era una circunstancia que permitía afirmar un mayor grado de culpabilidad en sus conductas y a la vez, con el mismo apoyo, una defraudación mayor del deber que como ciudadanos les correspondía ejercer ante la comunidad.

Así las cosas, descartado el presupuesto del cargo, o sea la identificación entre dolo e intensidad del dolo que los casacionistas le atribuyen al juzgador, resulta innecesario extenderse en razones para desestimarlos. Estar en las posiciones más altas de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de estupefacientes -como a la que pertenecían los aquí procesados—, desde allí determinar y controlar el complejo de

actividades aparejadas al comercio ilegal como la elaboración de la droga, su exportación a otros países, su distribución, el lavado del dinero obtenido y su introducción al país, para la Corte sin duda alguna constituyen circunstancias que traducen un mayor grado de culpabilidad de sus autores. En consecuencia, el Tribunal no incurrió en la errada interpretación de la ley que se le imputa, por lo que el cargo estudiado no prospera.

Cargo 5º.

La interpretación errónea que se alega en esta ocasión está referida a la noción de “personalidad del agente” contenida en el artículo 61 del Código Penal. A criterio de los censores el Tribunal creyó equivocadamente que para agravar la pena por dicha circunstancia es suficiente demostrar que durante la comisión del hecho haya dado el acusado muestras de desapego a la ley, sin importar su conducta anterior.

“...el factor personalidad –expresó la segunda instancia—es igualmente concurrente para sustentar incremento punitivo por encima del deducido por el a quo en la medida en que dentro de los autos y en referencia a los dos procesados se evidencia con perfiles propios de quienes poco respeto tienen por el ordenamiento penal y por la convivencia ciudadana, valoración negativa que se avala por la reiterada realización de las conductas objeto de investigación. Al margen de que los procesados tuviesen o no antecedentes, aquí el aumento punitivo está marcado por la actitud desconsiderada que el agente asume frente a la restricción comportamental impuesta por la norma penal y no por otros factores de tal especie anteriores a la consumación del hecho, o como lo ha señalado la doctrina, lo que interesa ‘...al derecho penal en el momento que estamos estudiando es el aspecto de la personalidad que se manifiesta en las acciones del hombre que afectan a la esfera de los demás con relevancia jurídico penal, o dicho en otras palabras, el conjunto de factores existenciales que configuran su actitud ante lo protegido por el derecho penal’...”.

El examen de la personalidad del procesado debe consultar sus antecedentes de todo orden y dentro de éstos, como lo ha señalado reiteradamente la Corte, se encuentra la conducta misma objeto del proceso y naturalmente sus modalidades. Estas circunstancias, como lo aceptan los demandantes, contribuyen a revelar la personalidad social del autor y en tal medida a establecer un juicio de ella que sirva de fundamento a la individualización de la pena.

Si lo que se hace traduce lo que se es, nada impide que los mismos actos por los cuales se decide condenar se constituyan, especialmente en casos como el examinado, en pilares fundantes y suficientes del juicio sobre la personalidad que debe realizarse para graduar la pena en los términos del artículo 61 del Código Penal.

La tesis reivindicada en las demandas, según la cual si el hecho, que es síntoma de la personalidad, sirve de fundamento a la pena no puede al mismo tiempo constituirse en fundamento de la agravante o criterio para fijarla, no es atendible. Una cosa es la conducta objeto de la condena y otra distinta aquello que la misma revela sobre el carácter o personalidad de su autor. Si el comportamiento que es materia de reproche penal es objetivable a través de sus manifestaciones externas y si éstas reflejan una actitud de su autor frente a los valores instituidos, es para la Corte indiscutible que la conducta misma, su reiteración, lo que la impulsa, aquello que la convierte en habitual, el contexto social en la que se desarrolla, obran como signos inequívocos para la identificación del mundo interno de quien la realiza, como factores de los cuales es inferible la personalidad.

Quien hace del tráfico de drogas ilícitas su forma de vida, de por sí integra a su vida la cultura criminal propia de ese tipo de actividades, cuyas características en los planos de violencia y corrupción nadie desconoce. La reiteración de la conducta, por lo tanto, no por el hecho de penalizarse a través del concurso, pierde su condición de dato procesal que contribuye a perfilar la personalidad del autor.

Así las cosas, al asociar el juzgador "...la reiterada realización de las conductas objeto de la investigación" con el poco respeto de los procesados por el ordenamiento penal y la convivencia ciudadana, no hizo otra cosa que servirse de unos datos procesales idóneos al propósito de establecer sus personalidades. No incurrió entonces en ningún error de interpretación, ya que es lógico apoyar en la reiteración de una conducta criminal la afirmación de un autor completamente desapegado de la ley, cuya preocupación rutinaria es idear formas para violarla y cuya personalidad inclinada al delito es evidentemente indiscutible.

Por lo expuesto, se desestimaré el ataque.

Cargo 6º.

La violación directa por interpretación errónea en esta ocasión la predicen los defensores del artículo 45 de la ley 30 de 1986. El texto de la norma es el siguiente:

"La persona sindicada y procesada por los hechos punibles a que se refiere este capítulo que denuncie mediante pruebas idóneas a los autores, cómplices o encubridores del delito que se investiga, diferentes a los ya vinculados al proceso, se le desminuirá la pena de la mitad (1/2) a las dos terceras (2/3) partes".

El Tribunal Nacional consideró que la norma no era aplicable en favor de los procesados y la Corte cree acertada la conclusión.

La disposición consagra una modalidad especial de delación que opera en relación con los delitos relacionados en el capítulo V del Estatuto Nacional de Estupefacientes. Si se tiene en cuenta que delatar significa descubrir a alguien que ha cometido un delito, el reconocimiento de la rebaja de pena prevista en la norma presupone la revelación de autores o partícipes del hecho punible investigado o lo que es lo mismo, el señalamiento de personas no descubiertas todavía, sustentado el mismo en la aportación de

pruebas idóneas.

Así las cosas, resulta claro que la finalidad del precepto es ofrecerle una oportunidad al sindicado de rebajar la pena a cambio de una actitud de colaboración con la justicia en la medida que le permite una mayor efectividad.

Así las cosas, si ya en la investigación aparece relacionado el copartícipe del delito, no procede la aplicación de la norma y la consiguiente rebaja punitiva cuando simplemente el que pretende ser beneficiario de ella lo único que hace es afirmar nuevamente dicha participación, como aconteció en el presente caso. Hizo bien el Tribunal, por lo tanto, al no otorgarle el carácter de delación a la mención que hizo URDINOLA GRAJALES de JHONIER MARIANO OSPINA como “su compañero de delincuencia”, o la que de manera escueta hizo éste de ALICIA CORREA y GUILLERMO LEON ALZATE, en atención a que todos ellos ya se encontraban individualizados a partir de las pruebas aportadas por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos.

Quiere enfatizar en este punto la Sala que la denuncia mediante pruebas idóneas a que se refiere la norma cuya aplicación se reclama, no significa –como lo pretenden los casacionistas—que la declaración del supuesto delator sea creíble, sin importar que de manera previa y a través de otros medios demostrativos se haya logrado la identificación del autor o del partícipe. Si esta ya se había producido como sucedió en los casos de examen, ninguna revelación en realidad hicieron los sindicados y en tales condiciones, a pesar de que sus testimonios sean creíbles y por lo mismo idóneos, en manera alguna pueden considerarse como delación.

Debe precisarse, adicionalmente, que cuando el artículo 45 de la ley 30 de 1986 condiciona la rebaja de pena a la “denuncia” de autores o partícipes “diferentes a los ya vinculados al proceso”, no se está refiriendo al fenómeno jurídico de la vinculación procesal a través de las figuras de la indagatoria o la declaración de persona ausente.

A lo que alude el precepto es a la revelación de autores o partícipes todavía no asumidos en el proceso como “vinculados” a la empresa criminal, es decir aún desconocidos.

Si la teleología de la norma es estimular al sindicado para que a cambio de una rebaja en la pena colabore con la justicia descubriendo a los otros autores o partícipes de la conducta, resulta sencillamente un sin sentido admitir como delación la simple afirmación del sindicado sobre la participación criminal de alguien que ya fue descubierto (que ya fue vinculado con la realización del delito), por el hecho puramente contingente de que no haya adquirido la condición de procesado.

No puede quedar duda que cuando la delación que se ofrece es fraudulenta, no en cuanto a la verdad misma del señalamiento sino en cuanto a la manipulación de la figura (“delatar” al coacusado, a alguien ya individualizado dentro del proceso o acordar entre los copartícipes “delatarse” entre sí sin ningún ánimo de colaboración con la justicia), la rebaja de pena es totalmente improcedente.

El Tribunal Nacional, entonces, no interpretó equivocadamente la disposición legal, siendo del caso señalar que la comparación hecha por los recurrentes entre la figura que se examina y la confesión no resulta afortunada. Esta se reconoce como aminorante punitiva en los términos del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, a condición de que haya sido fundamento de la sentencia condenatoria, es decir contribuido en forma determinante a afianzar la certeza sobre la realización del hecho punible y sobre la responsabilidad del procesado. Ciertamente puede concurrir con otros medios de prueba, pero su posición debe ser preeminente y conclusiva de la responsabilidad penal.

La delación del artículo 45 de la ley 30 de 1986 es otra cosa. Consiste, como se dijo, en descubrir mediante pruebas idóneas a personas vinculadas con la realización del delito. Si la posibilidad de que esto ocurra supone lógicamente que el autor o el partícipe no haya sido descubierto, acudir a la confesión para decir que no existe razón legal para

negar la delación cuando a través de otros medios de prueba ya se haya logrado esa revelación o descubrimiento, es simplemente una necesidad.

No prospera el cargo.

Cargo 7º de la demanda del apoderado de JULIO FABIO URDINOLA GRAJALES.

Para el defensor el método correcto para computar las rebajas de pena implica determinar la pena a imponer, sobre ésta calcular los diferentes descuentos, sumarlos y descontárselos a la primera. Como el Tribunal Nacional realizó las rebajas de manera progresiva y sobre saldos resultantes, el parecer del censor es que erró en la interpretación del artículo 37 B-1 del Código de Procedimiento Penal.

La Sala ya se ha referido al tema en diferentes oportunidades y ha sido reiterativa en señalar que las rebajas de pena se calculan sobre residuos o remanentes. Así por ejemplo, mediante providencia del 31 de julio de 1996 (M.P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda) se consideró violatorio del principio de legalidad de la pena el método para computar las rebajas propuesto por el impugnante. Este criterio –se dijo en esa oportunidad—de calcular todas las aminorantes sobre el total de la pena imponible y no sobre los residuos “...puede llevar no sólo a imponer penas insignificantes sino, incluso, a dejar impune el delito y a que el Estado aparezca deudor del condenado, ya que, por ejemplo, si al total de la sanción imponible se le quitan las 2/3 partes por haberse actuado en estado de ira (si se estima que el procesado merece la máxima reducción del artículo 60 del C.P.), más 1/3 parte por confesión (art. 299 del decreto 2700/91) se habrá copado el quantum íntegro de la pena y sin que siquiera, por sustracción de materia, exista la posibilidad de descontar el tercio a que, teóricamente, tendría derecho por haberse acogido a la sentencia anticipada.

“Aparece claro que tal forma de tasación punitiva no sólo viola el principio de legalidad, sino que pugna con una racional política criminal, desconoce la proporcionalidad que

debe existir entre el hecho juzgado y la pena, la eficacia de la misma y el carácter plurifuncional a ella asignado, a más de conllevar una evidente injusticia.

(...)

“Por otra parte, la Comisión de Evaluación de la Política de Sometimiento a la Justicia, organismo consultivo del Ejecutivo, adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho, de la cual hicieron parte, entre otros funcionarios, el presidente de la Corte Suprema de Justicia y el Fiscal General de la Nación, expresó: ‘en los casos en que proceda la acumulación de beneficios y salvo específicas exigencias normativas, cada rebaja se debe hacer en la sentencia en forma independiente tomando como base la pena que quede después de efectuado cada descuento; o sea, reevaluar la práctica de sumar los diferentes descuentos y luego sí aplicarlos al total de la pena’ ”.

Con la misma orientación precisó la Corte en la sentencia de casación del 20 de abril de 1999, con Ponencia compartida de los Magistrados Fernando E. Arboleda Ripoll y Ricardo Calvete Rangel (radicación 10.576):

“No puede desconocerse que la utilización de la expresión ‘acumulación’ en el enunciado y cuerpo de la norma (37 B-1 del C. de P.P.), ha provocado interpretaciones disímiles, entre ellas la propuesta por la demandante, pero el contenido de la disposición , y las modificaciones que luego se le introdujeron (art. 12, ley 365/97), permiten lógicamente dejar establecido que lo pretendido por la ley no fue autorizar una suma aritmética de beneficios, entendida como conjunción de varias cantidades homogéneas en una sola, sino reconocer el carácter concursal o concurrente de la rebaja prevista en los artículos 37 y 37 A, como los demás a que tuviere derecho el procesado.

“Obsérvese que la norma, al negar el carácter concursal de estas rebajas entre sí (artículos 37 y 37 A), utiliza la misma expresión (en ningún caso se acumularán, dice el

precepto), no quedando duda del alcance que se le quiso dar a la expresión, en el sentido de compatibilidad o concurrencia.

“La interpretación propuesta por la demandante, además de no resultar acorde con el texto del precepto, vendría a erigirse en factor de impunidad, en cuanto podría conducir a la exclusión total de la pena, e inclusive al absurdo de tener que reconocer saldos a cargo del Estado y en favor del procesado, haciendo que la certeza de su aplicación resulte siendo una burla, intolerable desde el punto de vista de los fundamentos y función asignados al derecho penal, o por mejor decir, al derecho de la pena en un Estado de las peculiaridades del nuestro, como ya ha sido sostenido por la Corte en oportunidades anteriores, frente a pretensiones similares.

“Ninguna incorrección, por tanto, se advierte en el proceso de dosificación de la pena llevado a cabo por las instancias, pues las rebajas por confesión y sentencia anticipada se hicieron sobre la pena ya individualizada, de manera gradual, con afectación de los saldos que se iban obteniendo, como corresponde hacerlo en estos casos, según se dejó anotado”.

La razón de ser de las rebajas de pena, de otra parte, es la disminución de su duración (prisión o arresto) o valor (multa) pero en ningún momento su eliminación. Esta sola posibilidad se opone al concepto mismo de reducción -que presupone el mantenimiento de parte de la pena— y al claro querer del legislador de aminorarla y no prescindir de su aplicación. (Cfr. sentencia de ago. 12/97. M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll).

El casacionista es insistente en el argumento de que en la regulación de las rebajas por sentencia anticipada, confesión y delación, la ley remite todas las rebajas a “la pena” y “no a un cálculo provisional o intermedio de pena ya parcialmente rebajada”. Se trata de un planteamiento sofístico, si se tiene en cuenta que por pena a imponer debe entenderse en primer lugar -en un caso como el examinado— la deducida

en los términos de los artículos 61, 67 y 26 del Código Penal y, en segundo, frente a la concurrencia de varios factores que impliquen su rebaja, aquella que vaya resultando a medida que sean aplicadas, siguiendo un orden lógico, las aminorantes punitivas.

Así las cosas, determinada la pena a imponer, o de la cual se parte como lo expresa el Procurador Delegado, la cantidad respectiva empieza a afectarse en forma progresiva por las porciones previstas para las diferentes rebajas a que haya lugar. Si existe confesión, simplemente la pena tasada se disminuye en su sexta parte y el resultado adquiere la categoría de pena a imponer, convirtiéndose como consecuencia en el punto de partida para disminuirla en alguna de las porciones autorizadas por razón de la denuncia de autores o partícipes a que se refiere el artículo 45 de la ley 30 de 1986. La nueva cantidad es, a su turno, el monto de la pena que corresponde al hecho o hechos objeto del proceso y sobre ella opera la reducción prevista por la ley frente a las eventualidades de sentencia anticipada o audiencia especial.

En el caso examinado eso fue lo que hizo el juzgador. A la pena a imponer le restó lo que correspondía por confesión y el monto resultante lo disminuyó en la cantidad de pena pertinente por razón de haber aceptado el procesado su responsabilidad. No encuentra la Sala, por lo tanto, ningún error en la interpretación de la ley por parte del Tribunal, por lo que la censura objeto de examen es como las anteriores igualmente improcedente.

CAPITULO II

Los dos cargos que comprende, que son similares en las demandas presentadas y cuyo examen será conjunto, fueron apoyados en el inciso 2º del artículo 220 del Código de Procedimiento penal. En el primero se sostiene que el juzgador violó indirectamente el numeral 3º del artículo 66 del Código Penal, al suponer pruebas sobre

la estructuración de la circunstancia de agravación. En el segundo, también por suposición probatoria, se plantea que el Tribunal violó indirectamente el artículo 66-4 del Código Penal.

El Procurador Delegado afirmó errores de técnica en la presentación de los ataques y adicionalmente falta de legitimidad de los defensores para su proposición. La Sala considera que no le asiste razón por lo siguiente:

Decir que se violó indirectamente la ley sustancial “por apreciación errónea de la prueba derivada de un error de hecho” y luego precisar que el yerro fue por suposición probatoria -como sucede en las demandas—no es ninguna incorrección. Lo que hicieron los censores fue simplemente transcribir la expresión que el Código de Procedimiento Penal utiliza en el inciso 2º del artículo 220, lo cual en manera alguna puede llevar a concluir que la propuesta inicial fue de falso juicio de identidad y que su desarrollo correspondió a un falso juicio de existencia por suposición.

Para la Sala, entonces, los cargos resultaron bien propuestos desde el punto de vista de la lógica que rige el recurso de casación. Igualmente los censores contaban con legitimidad para su formulación. Las circunstancias genéricas de agravación punitiva no forman parte de la estructura de la imputación aceptada por el procesado, por lo que su discusión en sede de casación es totalmente del interés de la defensa en la medida que está referida a la dosificación de la pena. Procede entonces el examen de los cargos.

Primero.

Aunque exactamente en el aparte del fallo donde el Tribunal dedujo la causal de agravación 3ª del artículo 66 del Código Penal no precisó ningún medio de convicción en particular para sustentarla, ello no significa que haya supuesto la prueba de su estructuración. Ya a lo largo de la sentencia, en consideraciones previas, se había

hecho mención a los distintos medios de prueba que servían para establecer el modo de ejecución del hecho y los instrumentos utilizados. Lo que hubo, en consecuencia, fue ausencia de reiteración de la prueba y no el error de hecho propuesto.

Resulta curiosa la censura si se tiene en cuenta que lo sostenido por el Tribunal es exactamente lo que admitieron los acusados en sus distintas intervenciones procesales. En el escrito mismo que aportó URDINOLA GRAJALES cuando hizo su presentación voluntaria aceptó haber financiado laboratorios y ser parte, durante años, de una organización criminal dedicada al tráfico de cocaína a varias ciudades de los Estados Unidos y de Europa, en la cual ocupaba una alta posición y cuyo colaborador inmediato era JHONIER OSPINA CORTES. Una empresa criminal de esa naturaleza –se extrae de las indagatorias de los procesados y obviamente de la experiencia— requiere para su funcionamiento una importante infraestructura. Los envíos son por vía aérea y marítima, se preparan las rutas para no ser descubiertos, países distintos al del destino del producto son utilizados como lugares de tránsito, se soborna a las autoridades, una red de distribuidores se encarga de la venta de la droga y finalmente el dinero obtenido se ingresa al país con las consecuencias en lo económico y en lo social que ello genera.

No es verdad, entonces, que el Tribunal haya supuesto medios de prueba para deducir la circunstancia de agravación.

En particular el defensor de URDINOLA GRAJALES señaló que el juzgador no demostró por qué el modo de ejecución del hecho y los instrumentos empleados revelan una “mayor insensibilidad moral” de su representado. Este planteamiento apunta a la pretensión de que se demuestre probatoriamente un juicio valorativo y no sus fundamentos fácticos que, como se ha visto, fueron objeto de prueba y de la aceptación del cargo. En ese sentido su marco de referencia no podría ser el escogido por el censor (omisión de pruebas) sino el error de juicio que tal derivación o conclusión implican. El

cargo así no está llamado a prosperar.

Segundo.

Los casacionistas simplemente señalaron que el Tribunal supuso los medios de prueba demostrativos de “la preparación ponderada del hecho punible” (art. 66-4 del C.P.), afirmación que es completamente infundada ya que en realidad –como se afirmó antes—en el fallo se mencionaron y sólo se dejaron de reiterar en el momento de derivar la agravante. Dichos medios de convicción (la confesión de los procesados, las pruebas enviadas por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos y el contenido mismo de las actas de aceptación de cargos) hacían palmaria la dedicación de los procesados durante años al tráfico de cocaína en tareas que iban desde la elaboración hasta la distribución, la jerarquización de la organización criminal que conformaban, el estudio de rutas, la infraestructura utilizada, la forma de los envíos y en general todos los cálculos y estrategias para no ser descubiertos, que no traducen otra cosa que una altamente planificada empresa criminal. En consecuencia, a pesar de que el Tribunal no haya repetido la mención de las pruebas para apoyar la agravante en el momento de imputarla, eso no significa que las haya supuesto, como lo postulan los recurrentes. Tampoco prospera este cargo.

Así las cosas, 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.

Cúmplase.

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
E. CORDOBA POVEDA

JORGE

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

MARIO MANTILLA NOUGUES
E. MEJIA ESCOBAR

CARLOS

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

YESID RAMIREZ BASTIDAS

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria

1 . Cfr. Providencias del 3 de julio de 1996, radicación 11.713, M.P. Dr. Carlos Galvez Argote. Del 4 de marzo de 1996. M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Radicación 9714.

2 . Sentencia de casación de diciembre 10 de 1997. M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia. Radicación 9066.