

PROCESO No. 11611

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE:

DR. RICARDO CALVETE RANGEL

APROBADO ACTA No. 090

Santa Fe de Bogotá, D.C., junio veintidós de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

Resuelve la Sala sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado JOSE LUIS AGUDELO PAREJA, contra la sentencia proferida por el Tribunal Nacional, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Regional de Medellín, que condenó al aquí recurrente, como autor de violación a la Ley 30 de 1.996, artículo 33 inciso primero, en concurso con el artículo 43, modificándola al variar la condena de seis (6) años y dos (2) meses de prisión y multa de ocho (8) salarios mínimos mensuales, a cincuenta y ocho (58) meses y veinte (20) días de prisión y veinticinco punto treinta y tres (25.33) salarios mínimos mensuales, al considerarlo cómplice del concurso de infracciones previstas en las normas citadas.

I. HECHOS

El Tribunal los resumió así:

“Se tiene conocimiento, que en operativo montado por la fuerza pública por los alrededores de la ciudad de Medellín en búsqueda de capos del narcotráfico, en la finca ‘La Laguna’ ubicada en la vereda El Boquerón, corregimiento de San Cristóbal, comprensión municipal de Medellín, el 20 de noviembre de 1993 fueron descubiertos en la edificación contigua a la casa principal de la citada heredad elementos precursores para la elaboración de productos estupefacientes, como acetona y otros líquidos combustibles, recipientes, papel filtro, etc., a más de 46 kilos de cocaína pura, y algo más de dos mil gramos de base de coca, siendo capturados por ello, entre otros, el señor JOSE LUIS AGUDELO PAREJA, quien en la mencionada finca desempeñaba funciones de mayordomo”

## I. ACTUACION PROCESAL

La Fiscalía Regional de Medellín profirió resolución de apertura de instrucción, vinculando mediante indagatoria, entre otros, a JOSE LUIS AGUDELO PAREJA, a quien le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de excarcelación. En dicha resolución se consignó expresamente al referirse a los hechos materia de investigación, que los policiales hallaron, un sofisticado laboratorio para procesamiento de cocaína y entre otros elementos y sustancias químicas, “cuarenta y seis (46) kilos de la prohibida sustancia...”.

Previa solicitud del procesado AGUDELO PAREJA, el 11 de agosto de 1994 se llevó a cabo la diligencia de formulación de cargos, en trámite de sentencia anticipada. En tal oportunidad la Fiscalía le formuló las imputaciones en calidad de coautor del concurso de delitos descritos en los artículos 33 y 43 de la Ley 30 de 1986. En el acta respectiva y concretamente al referirse a la “TIPICIDAD DEL HECHO”, se hizo expresa referencia a lo siguiente: “Se encuentra acreditada con la diligencia de inspección judicial, pesaje, toma de muestras e identificación preliminar de la sustancia incautada que al ser

sometida a la prueba de campo arrojó resultados positivos para sustancia estupefaciente, con un peso neto de 46 kilos un paquete, 1.200 gramos otro y 11.400 gramos un tercero”, evidencia procesal corroborada por el experticio técnico practicado por perito idóneo en el cual se concluye que las muestras del material analizado, “efectivamente corresponden a “Cocaína base Clorhidrato”. Al finalizar el análisis pertinente se interrogó al procesado en los siguientes términos: “...ACEPTA LOS CARGOS FORMULADOS POR LA FISCALIA en la forma en que han sido consignados en la presente diligencia?. Contestó. “Sí los acepto”.

Remitido el Proceso al Juzgado Regional de Medellín, se profirió sentencia de primera instancia, cuyo resultado principal ya se dejó consignado. Apelado este fallo por el defensor del procesado, el Tribunal Nacional lo confirmó, con las modificaciones antes enunciadas.

## I. LA DEMANDA

Al amparo de la causal segunda de casación, consagrada en el numeral 2º . Del artículo 220 del C. de P.P. se ataca la sentencia del Tribunal por considerar que no está en consonancia con los cargos formulados en la resolución acusatoria.

Apoyado en el artículo 37 B-2 del C. de P.P. que establece que el acta que contiene los cargos aceptados por el procesado en el caso del artículo 37 equivale a la resolución de acusación, alega el censor que el “Fiscal no formuló el cargo con la inclusión expresa de la circunstancia de agravación punitiva consagrada en el artículo 38.3 de la Ley 30 de 1.986, que a la postre le sirvió al sentenciador de primer y segundo grado para incrementar la pena privativa de la libertad para JOSE LUIS AGUDELO PAREJA en la proporción allí estimada (la mitad)”.

El Tribunal con algunas referencias jurisprudenciales estimó que esa omisión, ni es constitutiva de nulidad, ni es motivo para desconocerla en la dosimetría de la pena, atribuyéndole el hecho a un olvido del investigador que no puede constituir fuente de impunidad. Para ello “hace algunas adquisiciones en torno a la estructura del proceso, el conocimiento que de esa circunstancia de agravación pudieron tener los intervinientes procesales y su mención genérica en la exposición de motivos del acta” que recogió la formulación de cargos.

Tales planteamientos no pueden concurrir con igualdad de motivaciones para el caso en estudio, “porque aquí estamos frente a una forma anormal de terminación del proceso, donde el justiciable renuncia a ser juzgado con la plenitud de las formas y se adentra de una vez por todas a la fase de la sentencia, sin que le sea dado después contraponer argumentaciones tendientes a desconocer su responsabilidad y los aspectos fácticos y jurídicos” que aceptó en la diligencia de formulación de cargos. Por eso no se ajusta a este hecho la conclusión a que llegó el Tribunal, relativa a que, de acuerdo con el numeral 3 del artículo 442, la calificación provisional puede sufrir mutaciones en el juicio para corregir yerros del acusador en el proceso de adecuación típica, o en el caso de prueba sobreviniente que pueda variar las circunstancias del hecho, pero siempre que conserve su núcleo fundamental determinado por el bien jurídico tutelado.

Una vez se aceptan los cargos, fenece para el procesado la posibilidad de aducir y controvertir las pruebas, de conformidad con el artículo 446 y ss. del C. de P.P., “y por ello mal podrá exigírsele que responda, punitivamente, por unas circunstancias que ni se le derivaron en el acto de formulación de cargos, ni él pudo aceptar porque no los conoció jurídicamente imputados a él, así jurídicamente se hubiese cabalgado sobre hipótesis delictivas y circunstancias modificadoras conocidas por los sujetos procesales pero que a la postre, como aconteció aquí, no ocuparon el objeto procesal del principal acto calificadorio que debe ser sustento de la sentencia.

La circunstancia de agravación prevista en el numeral 3 del artículo 38 de la Ley 30 de 1986 es específica y, por tanto debe estar deducida de manera expresa en la resolución de acusación, “para que el reo pueda conocer de qué va a defenderse y sobre qué va a ser juzgado y condenado, si a ello se llegare”, exigencia que si bien ha venido perdiendo fuerza tal como lo expone los criterios jurisprudenciales citados por el Tribunal para el fenecimiento del proceso por la vía ordinaria, creemos que no puede constituir fuerza de interpretación válida y similar para el presente caso en que se terminó el proceso por vía de del artículo 37 del C. de P.P.. Solo puede ser condenado por los cargos que aceptó libremente y no por los que fueron adicionados en la sentencia, sin que sea dado anteponer a su procedencia la omisión del investigador, ni la objetividad de la causal ni el conocimiento que de ellos pueda tener el procesado en las fases previas a la formulación de cargos. De esta manera se vulneran los principios de lealtad e igualdad consagrados en los artículos 18 y 20 del C. de P.P.

Cita un fragmento de la sentencia No. SU 327 de la Corte Constitucional, del 27 de julio de 1995, en la que esta Corporación advirtió que:

“La decisión de la Sala de Casación Penal al hacer concurrir con el delito de estafa las circunstancias típicas de agravación (artículo 372-1C. Penal), ´no obstante no haber sido deducidas en el auto de proceder, por su objetividad evidente y no cuestionamiento en el desarrollo de la causa de la circunstancia específica de agravación endilgada pudo obedecer precisamente a su no inclusión en el auto de llamamiento a juicio proferido por el Juzgado Octavo Superior de Bogotá. ´LA EVIDENCIA Y OBJETIVIDAD´ DE LOS HECHOS CONSTITUTIVOS DE LAS CAUSALES ESPECIFICAS DE AGRAVACION NO SON CRITERIOS SUFICIENTES PARA RELEVAR AL ESTADO DE SU OBLIGACION DE DEMOSTRAR SU OCURRENCIA, NI CAMINO PARA TRASLADAR, DE MANERA SUTIL LA CARGA PROBATORIA AL SINDICADO. SU NO INCLUSION EN EL PLIEGO DE CARGOS LIBERA AL PROCESADO DE TODA OBLIGACION DE DEFENSA, RESPECTO DE LOS MISMOS, POR LO QUE RESULTA DESPROPORCIONADO Y SORPRESIVO FINALMENTE CONDENARLO POR EL

DESCUIDO Y NEGLIGENCIA DEL ESTADO AL CONFIGURAR Y FORMALIZAR LA ACUSACION". (Resalta el actor).

Con base en lo anterior, solicita a la Corte casar parcialmente el fallo impugnado, profiriendo el que corresponda, descontando de la pena impuesta lo correspondiente al aumento derivado de la circunstancia de agravación punitiva consagrada en el artículo 38-3 de la Ley 30 de 1986 no invocada en la resolución acusatoria.

#### I. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada, por las siguientes razones:

El legislador ha establecido como exigencia fundamental, atendiendo la estructura formal y conceptual del proceso penal, que la sentencia responda en todas sus partes a los cargos formulados en la resolución de acusación, de manera tal que no se sorprenda al procesado a última hora con un señalamiento nuevo e improbadado dentro del plenario cuando ya son mínimas las posibilidades de defensa.

Dicha exigencia o formalidad, en sí misma no constituye una finalidad per se del derecho, es su objetivo el que éste pretende salvaguardar por encima de la finalidad misma, esto es el respeto absoluto a conocer los hechos que se imputan y a defenderse de dicha imputación. No se puede desviar el objetivo del derecho so pretexto de exigir el cumplimiento ciego de una apariencia externa, cuando su sustancia, la que le otorga su razón de ser a aquella, resulta incólume e inalterada, en este caso el derecho a la defensa.

Sólo cuando el desconocimiento del requisito formal haya generado grave y trascendente

efecto nocivo al derecho de defensa, es cuando el juzgador debe, de manera inexcusable, decretar la nulidad de lo actuado y entrar a reponer la actuación en forma tal, que se respete e imponga el legítimo derecho del encausado a conocer y rebatir los cargos.

En el caso que nos ocupa, la agravante punitiva que el sentenciador tuvo en cuenta en la sentencia y que de manera expresa no se indicó con su mención normativa en el acta de formulación de cargos, es la prevista en el artículo 38 de la Ley 30 de 1986, que establece el incremento del mínimo de la pena, duplicado, entre otros eventos, cuando la cantidad de sustancia incautada sea superior a cinco (5) kilos de cocaína o metacualona.

En el expediente se encuentra demostrado, sin discusión alguna que la droga incautada que dio origen a este informativo fue cocaína en cantidad superior a cuarenta y seis kilogramos, veáse para el efecto el informe que rindió el comandante de la policía que llevó a cabo el operativo el 20 de noviembre de 1993, oportunidad en la que fue retenido el aquí sentenciado, así como el dictamen de Química Forense en el que se conceptúa sobre la naturaleza y calidad de la droga incautada.

Lo anterior nos muestra, cómo sin controversia de ninguna especie, por parte de la defensa, desde los orígenes mismos de este proceso se estableció que la droga incautada superaba ampliamente el tope establecido en la precitada norma, con lo cual el proceder delictivo se hizo merecedor a la mayor sanción señalada en ella. Por tanto, dicha circunstancia fue conocida a plenitud por AGUDELO PAREJA, así como por su defensor lo cual hace indamisible ahora su argumento de haberse lesionado su derecho de defensa al ser deducida la agravante mencionada en la dosificación punitiva.

La omisión en el señalamiento expreso de la agravante prevista en el artículo 38 de la Ley 30 de 1968 en el acta de formulación de cargos, constituye error injustificable del

funcionario instructor, pero no obstante ello, en modo alguno dicha impropiedad comporta gravedad y trascendencia tal, en el conocimiento inequívoco que AGUDELO PAREJA tuvo en el discurrir de este informativo acerca de la conducta a él imputada, como para que válidamente se pueda aceptar que a través de aquélla se conculcaron efectivamente sus garantías defensivas fundamentales.

La calidad y naturaleza de la sustancia ilícita involucrada, constituyen una circunstancia objetiva, indiscutible e indiscutida, como se desprende del hecho de no haberse desplegado esfuerzo alguno por parte de la defensa en tal sentido desde el origen del proceso hasta ahora, actitud explicable en virtud de la contundencia con que ella se halla demostrada. Tal circunstancia corresponde a un aspecto fáctico, demostrado con suficiencia y no a una apreciación o deducción personal del juzgador.

Aceptar las pretensiones del demandante sería facilitar que conductas delictivas demostradas hasta la saciedad quedaran impunes, so pretexto de rendir un culto excesivo e irracional a las formas procesales, dejando de lado la lógica y el derecho sustancia. Por ello resulta inaplicable al presente caso las consideraciones vertidas por la Corte Constitucional en el fallo que pone de presente el actor, pues en el caso objeto de estudio en modo alguno se puede afirmar que el estado se ha relevado de su deber de demostrar la agravante, y mucho menos, que haya invertido la carga de la prueba en contra del justiciable.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La incongruencia entre la sentencia y la resolución de acusación, que es el reparo presentado, se demuestra confrontando las dos piezas procesales con el fin de establecer si el juez omitió resolver alguno de los cargos, o adicionó la imputación haciendo más gravosa la situación del implicado.

2. Según el demandante, el fiscal no incluyó en el pliego de

cargos la circunstancia de agravación punitiva prevista en el numeral tercero del artículo 38 de la Ley 30 de 1986, la cual fue aplicada por los sentenciadores de instancia incrementando la pena.

La disposición citada dice que las penas previstas en los artículos anteriores se duplicaran, entre otros eventos, “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.”.

3. En el acta de formulación de cargos, al precisar los hechos que fueron aceptados por el implicado, el Fiscal señaló:

“Una vez presente la autoridad en el inmueble allanado, fue hallada la persona que una vez identificada respondió al nombre de JOSE LUIS AGUDELO PAREJA, inspeccionado dicho lugar se encontró también un laboratorio para el procesamiento de alcaloides al igual que determinada cantidad de sustancias de estupefacientes distribuidas en tres paquetes diferentes; uno de 46 kilos, otro de 1.200 gramos y otro de 1.140 gramos de sustancia al parecer de estupefaciente.”

Más adelante, al concretar la “TIPICIDAD DEL HECHO” endilgado anotó:

“Se encuentra acreditada con la diligencia de inspección judicial, pesaje, toma de muestras, e identificación preliminar de la sustancia incautada que al ser sometida a la prueba de campo arrojó resultados positivos para sustancia estupefaciente, con un peso neto de 46 kilos un paquete, 1.200 gramos otro, y 1.140 gramos un tercero. La anterior evidencia probatoria es corroborada en el proceso por el experticio técnico practicado por el perito idóneo a las muestras tomadas a esta misma sustancia, conforme al dictamen pericial de fls. 131 del cuaderno de copias, en el cual se concluye que las muestras del material analizado, efectivamente corresponden a “cocaína base cloridrato”, además de otras

sustancias como acetona, Metil, Etil Cetona, Permanganato de potasio, éter, carbonato y otros ácidos, que también fueron encontrados en el laboratorio, según, la prueba de campo, inspección judicial e identificación de las sustancias. De modo que por lo que a este aspecto se refiere la prueba, en sentir de ésta oficina delegada ella acredita con suficiencia la materialidad del punible investigado.”

Con base en lo anterior el Tribunal en la sentencia recurrida respondió el cuestionamiento del apelante así:

“No obstante el instructor haber omitido mención en el pliego de cargos de la norma que fija el incremento de sanción a propósito del abundante material estupefaciente incautado, evidente resulta que tal circunstancia nunca fue ocultada en el proceso, y antes bien por el contrario, hizo parte de la acusación aunque fuera en forma natural, cuando en el relato de hechos y en el análisis de la tipicidad se puso de relieve insistentemente, que la sustancia cuya tenencia fue génesis de la acusación se halló en tres paquetes con peso neto de 46 kilos, 1200 gramos, y 1400 gramos respectivamente.”.

4. Aunque lo ideal es que en la parte motiva del llamamiento a juicio se indiquen las normas en las que están tipificadas las circunstancias agravantes que se imputan, el hecho de no hacerlo no significa que no hayan sido deducidas, pues ello depende de los términos en que se hubiere concretado la acusación. O lo que es lo mismo, no es el señalamiento del artículo lo que permite que la agravante pueda imponerse en el fallo, ya que ella puede ser atribuida precisando todas sus características, de modo que quede claro para el acusado y no sea sorprendido por la sentencia.

En el caso de circunstancias objetivas como el valor, el lugar, el peso, la edad, etc., la situación es más sencilla, pues basta que queden comprendidas dentro de las circunstancias que especifican los hechos que se imputan para que puedan aplicarse en la sentencia, y en ese caso no tiene cabida la alegación de que no se

sabía que ese aspecto formaba parte del cargo.

5. En el asunto que ocupa la atención de la Sala, desde la definición de la situación jurídica se le atribuyó al procesado JOSE LUIS AGUDELO PAREJA el haber sido capturado en un laboratorio destinado para el procesamiento de drogas alucinógenas, en donde, entre otras sustancias, fueron hallados cuarenta y seis (46) kilos de cocaína.

En el acta de formulación de cargos, equivalente a la resolución de acusación, no solo se precisó la cantidad de droga incautada al relatar los hechos, sino que al hacer la adecuación típica nuevamente se dejó sentado que la infracción al artículo 33 de la Ley 30 de 1986 se produjo por haber sido encontrada bajo su custodia la sustancia prohibida, en las cantidades ya anotadas.

En esas condiciones, es evidente que el juez al dosificar la pena no podía pasar por alto la agravación ordenada por el artículo 38, pues aunque la norma no fue mencionada, no hay duda de que la circunstancia objetiva que da lugar al incremento punitivo fue imputada con absoluta claridad, y aceptada por el acriminado sin condicionamiento alguno, de manera que resulta inexplicable que el defensor diga que no fue deducida en la formulación de los cargos, y que el fallo es incongruente.

Las consideraciones anteriores son suficientes para concluir que el reproche debe ser desestimado.

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

RESUELVE

No casar la sentencia recurrida.

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE ENRIQUE CORDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

MARIO MANTILLA NOUGUES

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

NILSON PINILLA PINILLA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria