

Proceso N° 12245

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS AUGUSTO

GALVEZ ARGOTE

Aprobado Acta No 172 (Nov. 3/99)

Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve. (1.999).

VISTOS:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de HUGO EFRAIN ZULUAGA DUQUE contra la sentencia proferida por el Tribunal Nacional el 26 de enero de 1.996, mediante la cual confirmó el fallo emitido por un Juzgado Regional de Medellín el 31 de agosto de 1.995, que condenó a este procesado, junto con Jesús María García Restrepo y Mauricio Antonio Zuluaga Duque, a la pena principal de 8 años de prisión y multa en el equivalente a 20 salarios mínimos legales mensuales, como coautores responsables del delito descrito por el artículo 33 de la Ley 30 de 1.986, agravado conforme a lo dispuesto por el artículo 38.3 del mismo ordenamiento.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL:

Mediante auto del 12 de mayo de 1.990, con fundamento en lo dispuesto por los Decretos de Estado de Sitio 1856, 1859, 1863, 2103 y 2390 de 1.989, el Juzgado 20 de

Instrucción Penal Militar de Medellín de entonces, ordenó practicar “Registro y Decomiso” en la finca ubicada en la Vereda “El Potrero” del Municipio de San Vicente, Antioquia. Con apoyo de personal militar adscrito al Batallón Pedro Nel Ospina acantonado en el Municipio de Bello, en la misma fecha se produjo la respectiva diligencia, siendo encontrado en el interior de la casa principal un completo laboratorio para el procesamiento de estupefacientes, decomisándose, entre otros elementos y sustancias, 2 hornos microondas, una balanza, 5 tubos de ensayo, una motobomba, 74 kilos de una sustancia amarillenta base para la elaboración de cocaína, 15 kilos de sal yodada, 2 kilos de carbón, una prensa manual, 1.500 pliegos de papel filtro, 14 kilos de coca en proceso, 54 unidades de coca pura en pastas y 16 galones de ácido disolvente, una escopeta calibre 20 mm., una escopeta marca Trooper y múltiples cartuchos y vainillas para escopeta y revólver, siendo aprehendidos en el desarrollo del operativo, Jesús María García Restrepo, Nelson de Jesús Ramírez, José Angel Sánchez Vanegas, José Israel y Jairo Alberto Sánchez Zapata, Mauricio Antonio y Hugo Efraín Zuluaga Duque, quienes junto con las actas en las que se hizo constar lo sucedido y las exposiciones libres y espontáneas que estos rindieran, fueron puestos a disposición de un Juez Especializado el 22 de mayo siguiente.

Allegado el resultado del Laboratorio Químico Forense de la Decypol de Medellín, de conformidad con el cual, entre otras sustancias, las muestras sólidas tomadas del material incautado corresponden en diferentes manifestaciones a cocaína, el 24 de mayo, el Juzgado Primero Especializado de dicha ciudad, decretó la apertura formal de investigación penal, disponiendo la vinculación mediante indagatoria de los imputados, a quienes les fue resuelta su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva como infractores de los artículos 33, 34 y 43 de la Ley 30 de 1.986, con excepción de José Israel y Jairo Alberto Sánchez Zapata, en relación con quienes se abstuvo de decretar cualquier medida, ordenando su inmediata libertad.

Recibidas declaraciones y ratificación de sus informes a los miembros de las Fuerzas

Militares que comandaron el operativo, la investigación fue cerrada mediante auto del 26 de febrero de 1.991, calificándose su mérito el 5 de agosto de 1.993, en proveído que cobró firmeza el 9 de noviembre posterior, con el proferimiento de resolución de acusación contra Jesús María García Restrepo, Nelson de Jesús Ramírez Naranjo, Mauricio Antonio y HUGO EFRAIN ZULUAGA DUQUE, como infractores del artículo 33.1 de la Ley 30 de 1.986, disponiendo a la vez proseguir la investigación respecto de Sánchez Vanegas por la misma infracción, además de la contenida en el artículo 34 ídem. y la de conservación ilegal de armas y municiones, precluyendo igualmente toda actuación adelantada en contra de los hermanos Sánchez Zapata.

El 11 de noviembre, un Juzgado Regional de Medellín abrió el juicio a pruebas ordenando dar traslado para efectos de la presentación de alegatos de conclusión el 12 de enero de 1.994, como quiera que ninguno de los sujetos procesales hizo uso de este derecho ni se decretaron de oficio. El 27 de junio, como se probara el deceso de Nelson de Jesús Ramírez, se dispuso la extinción de la acción penal respecto de este inculcado, procediéndose el 28 de septiembre a decretar la nulidad lo actuado a partir de la resolución calificatoria por considerar el a quo que al no existir claridad sobre la concurrencia concursal delictiva de infracciones a la Ley 30 de 1.986 y no haberse deducido en la acusación la agravante específica prevista en el artículo 38.3 ídem, se había vulnerado el debido proceso.

Apelado este proveído por el defensor del procesado HUGO EFRAIN ZULUAGA, en determinación del 17 de marzo de 1.995 el Tribunal Nacional la revocó, precisando en relación con la agravante, que esta circunstancia no daba lugar a una irregularidad que viciara lo actuado, pues sobre la cantidad de droga incautada no surgía duda alguna en el proceso ni era desconocida por los sujetos procesales, pues “nadie discute que la droga supera los cinco kilos de cocaína”, siendo un hecho cierto que la infracción imputada era agravada, y en estas condiciones, conforme lo consideró esta Corporación en decisión del 20 de octubre de 1.987, sin lugar a equívocos, no procede invalidez alguna.

Remitidas las diligencias al Juzgado de origen, finalmente, se profirieron las sentencias de primera y segunda instancia en los términos señalados en precedencia.

LA DEMANDA:

Con fundamento en la causal segunda del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal un cargo propone el defensor del procesado HUGO EFRAIN ZULUAGA DUQUE contra el fallo impugnado, sustentado en el hecho de que no obstante haberse imputado en la resolución acusatoria a su defendido el delito descrito y punido por el artículo 33.1 de la Ley 30 de 1.986, sin agravante alguna, los juzgadores de primera y segunda instancia, le incrementaron la pena atribuyéndole la circunstancia agravatoria específica del numeral 3 del artículo 38 ibídem, esto es, referida a la cantidad de sustancia estupefaciente incautada, produciéndose, así, una evidente falta de consonancia entre los cargos y la sentencia.

Acto seguido, y en orden a demostrar la censura, parte de precisar con apoyo en el fallo de esta Corporación del 2 de agosto de 1.995, los requisitos que debe cumplir la acusación, para a partir de allí confrontarlos con la proferida en este proceso, con el fin de evidenciar cómo, en su criterio, ni en la parte motiva ni en la resolutive de esta última se hizo cargo alguno por la agravante en mención, no obstante lo cual, le fue atribuida a su defendido en la sentencia a la hora de dosificar la pena que finalmente se le impuso, cuando al no habersele imputado en la resolución acusatoria no era posible tenerla en cuenta en el fallo, por más que el Tribunal para justificar un tal procedimiento afirmara que, si bien no se “señaló de manera expresa, en diferentes apartes de la misma resolución la Fiscalía hace mención a que los procesados fueron capturados conservando en el aludido inmueble 14 kilos de cocaína”, pues, además de que ello no es cierto, por cuanto lo que en verdad se dijo fue que se trataba “cocaína” pero “en proceso”, esto subsana el hecho de que el Fiscal no la imputó en oportunidad legal para ello.

“Es decir, entonces, que, agrega, al lado del aspecto estrictamente jurídico de la cuestión que se examina, concurre una razón fáctica suficiente para señalar que no se trató de una simple omisión mecanográfica o contextual, sino que existen motivos serios que bien pueden explicar la omisión de cualquier referencia a la causal de agravación punitiva, tanto en la parte motiva como en la parte resolutive de la Resolución de Acusación, y que, en tales circunstancias, ella no podía introducirse por los falladores en sus respectivas sentencias, so pena de incurrir en la causal de Casación que se invoca como sustento de la presente demanda y sin que quepa pensar siquiera en la posibilidad de que se hubieran incurrido por el calificador en alguna irregularidad procesal, pues claramente señalados han quedado los motivos que pudo tener para desecharla, que acertados o no, según el criterio de cada quien, de todas maneras no pueden ser objeto de controversia en este momento procesal”.

Por último, y para insistir en su aserto, reproduce en extenso el salvamento de voto que dejara uno de los el Magistrados que conformó la Sala de Decisión del Tribunal Nacional que conoció de la acción de tutela que el ahora demandante incoó por iguales razones a las que ahora le sirven de fundamento para sustentar el presente recurso de casación y que le fuera resuelta en forma desfavorable por mayoría, en el cual se destaca con apoyo en doctrina de la Corte Constitucional, que la aplicación en la sentencia de una agravante no imputada en la acusación, transgrede en forma ostensible el debido proceso.

Solicita, en consecuencia, se case el fallo recurrido, suprimiendo la agravante deducida, “Teniendo sí en cuenta que tanto en la sentencia de primera como de segunda instancia se dejó consignado que procedía el juicio de reproche bajo los parámetros del mínimo de pena contemplado en el inciso primero del artículo 33 de la Ley 30 de 1.986”.

CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO EN LO PENAL:

Dando seguramente por sentado el supuesto procesal de la actuación, pues, lo omite en su concepto para partir exclusivamente de la demanda, el Representante del Ministerio Público es del criterio que el cargo propuesto por el demandante está llamado a prosperar, pues siendo que el legislador ha exigido que la sentencia sea consecuente con los cargos imputados en la resolución de acusación, en el caso concreto, al haberse omitido la agravante referida a la cantidad de droga incautada en el pliego de cargos, la sentencia habría significado duplicar la condena, impidiéndose así la defensa en relación con aquélla por parte del procesado.

Se trata, entonces, en criterio del Delegado, de una omisión “poco justificable por parte del funcionario instructor, pues revela falta de diligencia y poco esmero, pues los cargos formulados en la resolución de acusación constituyen el límite a la sentencia y sobre ellos debe recaer la decisión. La necesaria congruencia entre los cargos y la sentencia no es opcional”.

De ahí que, apoyado en las decisiones de esta Sala fechadas el 14 de mayo de 1.996 y 27 de febrero de 1.997, en las cuales se enfatiza sobre la necesidad de incluir en el pliego de cargos las agravantes específicas, cuando estas concurren, pues son objeto de la imputación, y considerando que “le asiste razón al actor”, solicita se case la sentencia impugnada y se dicte la que deba reemplazarla dentro de la cual se suprima la agravante

CONSIDERACIONES:

1. El cargo propuesto por el censor al fallo del Tribunal Nacional, lo es, entonces, con sustento en la causal segunda de casación, por habersele imputado a su defendido para efectos de la tasación de la pena una agravante específica no atribuida en la resolución acusatoria, pues mientras la acusación lo fue únicamente por infracción al inciso primero del artículo 33 de la Ley 30 de 1.986, el sentenciador de primera instancia en

determinación avalada por el de segundo grado, le dedujo a su defendido la agravante prevista en el artículo 38.3 del mismo Estatuto referida a la cantidad de droga incautada, o sea, por cuanto la cocaína encontrada superaba los 5 kilos, pues, se ha desconocido en perjuicio de su defendido, el principio de congruencia que rige nuestro sistema procesal penal, de conformidad con el cual, el delito imputado en la acusación debe ser el mismo objeto de decisión en el fallo, sin que por motivo alguno pueda ser alterado.

2. Así, y sin que esto de suyo implique el anuncio anticipado de la prosperidad de la censura, pues ello dependerá de su correspondencia con el supuesto fáctico que igualmente propone para su demostración, es claro, como no podía ser de otra forma, que razón le asiste al demandante en cuanto al planteamiento teórico general del que parte, según el cual, en la acusación debe precisarse el objeto de la atribuibilidad típica, así lo sea en forma provisional en relación con la que finalmente se haga en la sentencia, pues de esta concreción no solo depende el marco dentro del cual debe ejercitarse en la causa la defensa, sino que constituye el soporte ineludible del objeto de la imputación en el fallo, pues el delito por el cual se condena debe corresponder a aquél por el cual se acusó, comprendiendo no únicamente la descripción básica de la conducta, o tipo básico en la terminología dogmática, sino también las circunstancias de agravación específicas cualificadoras de aquél, que, así mismo, resulten probadas, pues éstas deben ser igualmente típicas, así como las genéricas de naturaleza valorativa.

3. Esta exigencia procesal que, lejos de corresponder a un planteamiento especulativo, parte de ineludible fuente legal, como que precisamente el principio de congruencia lo impone el Estatuto Procesal Penal en su artículo 442, numeral tercero, al regular las exigencias formales que debe contener la acusación, ha sostenido esta Corporación en su jurisprudencia, no se queda en el ámbito de una imputación simplemente fáctica sino que de suyo es igualmente, jurídica, pues esta misma disposición así lo establece al ordenar, entre otros requisitos de la resolución acusatoria, el de “La calificación jurídica provisional, con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del

Código Penal”, la cual debe coincidir con aquella constitutiva del objeto de la sentencia, con claridad, eso sí, de que, como igualmente se ha precisado, puede variar de tipicidad siempre y cuando continúe correspondiendo al mismo capítulo y título originario y no torne más gravoso el tipo objetivo.

4. Trátase, por tanto, no exclusivamente de una mera exigencia formal, entendida en la simplista comprensión de lo carente de sustancia, sino por el contrario, de una fundamental garantía procesal tan sustantiva que implica el reconocimiento del hecho valorado en el ámbito del derecho, que como tal emerge de una fuente legal, pues este mandato, esto es, el referido al citado artículo 442, no puede interpretarse aisladamente con desprendimiento del 441, pues si bien es cierto que, mientras en aquél la ley lo intitula como “Requisitos formales de la acusación” y éste último como “Requisitos sustanciales”, es lo cierto que éstos deben estar contenidos en aquéllos, pues si para acusar se requiere que “esté demostrada la ocurrencia del hecho y existan confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que comprometa la responsabilidad del imputado”, y la resolución acusatoria “con carácter interlocutoria”, no es nada menos que el proveído, o más exactamente la decisión, en el cual deben indicarse y evaluarse “las pruebas allegadas a la investigación”, precisándose la “calificación jurídica provisional”, es lo entendible, que se trata de aquella que emane de lo probado en la instructiva con relevancia típica, es decir, de los que en su comprensión de humanos estén previamente prohibidos o mandados en el tipo penal, bien como valoración o como imperativos, según se quisieren comprender, pero de todas maneras concretados en conductas, activas u omisivas descritas en los supuestos de hecho de la ley punitiva.

5. Es por ello, que no puede confundirse el tipo penal objeto de la imputación con el número del artículo en que el legislador lo haya ubicado o mejor dicho, el que le corresponda en el orden metódico que para una mejor organización de la normatividad y fácil utilización práctica, finalmente le ha dado, pues si bien respecto de estos recursos

de ayuda técnica la doctrina también ha tenido la necesidad de ocuparse con el fin de establecer su incidencia frente a los contenidos de las disposiciones, como ha sucedido, por ejemplo, con la intitulación con que, más últimamente, se suelen acompañar, polemizándose sobre si integran la descripción típica o únicamente la ilustran gramaticalmente, o en fin, si cumplen alguna función hermeneútica y en ese evento cuál, pues mientras para unos no dejan de ser simples rótulos metodológicos, para otros, la problemática es más de fondo, ya que la importancia del nomen juris, los precedentes históricos, la posición del elemento en la estructura del delito, la tradición, etc., sólo puede dimensionarse, partiendo de un criterio funcional y en un “plano jurídico, a través de un proceso de valoración e interpretación”, al decir de los doctrinantes italianos Giovanni Fiandaca y Enzo Musco, en la segunda edición de su Derecho Penal, Parte General, página 310; no sucede lo mismo con la nomenclatura ordenadora del conjunto normativo, como que el pensamiento penalístico ni siquiera se ha aproximado a poner en duda que unos tales símbolos aritméticos integren los supuestos de hecho legales, pues podría haberse recurrido a letras o a otra clase de signos o simplemente no haberse utilizado ninguno, y si así se hiciera no se vería alterada la descripción, toda vez que se insiste, ellos no forman parte del contenido del tipo.

6. En nuestro ordenamiento jurídico, aparte de lo dispuesto por la Ley 5ª de 1.992, referida al Reglamento del Congreso, en cuyo artículo 194 señala que “Las leyes guardaran secuencia numérica indefinida y no por año”, la Ley 4ª. de 1.913 sobre régimen político y municipal, al regular lo relativo a la “Clasificación de la Leyes y Reglas Generales relativas a ellas”, en el artículo 43, dispuso, que “Los códigos o leyes generales, para arreglar una o más materias, se dividirán en libros; estos, en títulos; los títulos en capítulos, y estos últimos, en artículos. Con todo, se omitirá la división en libros, y aun la de títulos y capítulos, cuando la naturaleza de la materia no los requiera. Los apartes de un mismo artículo se llamarán incisos, menos los que estén enumerados, los cuales se distinguen por su número y hacen parte del inciso que les precede” sin embargo, no

determina que las normas que conforman una Ley deban ir numeradas, pues es claro que cuando se refiere a los artículos, lo hace en el concepto de disposición, ya que únicamente es expresa la Ley en exigir numeración en lo relacionado con los apartes de un artículo con el fin de delimitar lo que conforma un inciso, en la medida en que aquello que a la manera de enumeración o clasificación se haga desprender de éstos no pueden entenderse como incisos sino como parte integrante de estos.

7. Pero aún, bajo la hipótesis de que se admitiera que del contexto de dicha disposición y en orden a fijar su teleología, se coligiese una tal exigencia, o más todavía si se pudiere argumentar que al imponer el artículo 157 del Código de Procedimiento Penal, que “Las actuaciones deben extenderse por escrito y en idioma castellano” y dentro de su comprensión ordenativa los números sean admitidos como signo de que se vale para expresar el rango o el orden de los seres o de las cosas, o que en vía de discusión, se afirmare que no era necesario legislar al respecto por “lo obvio” o que por aplicación lógica a ello se debe recurrir, o en fin, que por corresponder a un simbolismo cuantificador es imperativa su utilización, básicamente por razones prácticas, es lo cierto, que con la razón que se quisiese proponer para justificar su empleo, su función es exclusivamente ordenadora y en nada incide en el contenido de las normas, pues de suyo, su importancia axiológica se establece por su contenido y alcance y no por el orden numérico que la ley les haya otorgado; de ahí que su no mención en una decisión judicial, si el fenómeno jurídico formalmente distinguido con un número en el conjunto normativo legal se omite, nada pase, siempre y cuando, claro está, se haya especificado sin equívocos el contenido del tipo a aplicar.

8. Y, no se trata, desde luego, de clarificar una temática que en principio podría pensarse intrascendente, sino que como la problemática planteada hace relación con la congruencia que debe existir entre la acusación y la sentencia en cuanto se refiere al delito por el cual se ha deducido la responsabilidad penal, y esta está dada por la correspondencia entre el objeto de la imputación formulada en la resolución acusatoria y

la acogida en el fallo, es el contenido, límites y ritualidades que la rigen lo que se impone clarificar, pues ese “cargar a la cuenta de alguien algo”, por partir de la conocida definición Carrariana para su comprensión, precisada en el ámbito del proceso penal implica la concreción de ese “algo”, que como igualmente es conocido, ha deambulado entre lo fáctico y lo jurídico, para fijarla, bien “como atribución a una persona de un hecho determinado que constituye delito”, como la considera Leone (Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo II, E.J.E.A., pág. 256), o como “la descripción del delito, que constituye la materia de la sospecha”, al decir de Carnelutti, (Leccionens sobre el proceso penal, Tomo IV, pág. 10), y que en el ámbito de nuestra Ley Procesal Penal ha comprendido esta Corporación como estrictamente jurídica, pues no a otra conclusión puede llegarse cuando el artículo 442 de esta normatividad dispone que en la acusación debe precisarse “la calificación jurídica provisional” de la conducta, sin que con ello, desde luego, se esté excluyendo su fundamento fáctico-probatorio, pues necesariamente debe preceder como premisa insustituible para la consiguiente tipificación, sino que precisamente dando por supuesto los hechos, y por descontado que ellos por si solos constituyen esa calificación jurídica del comportamiento, es su relevancia jurídico-legal la que la precisa y determina. De ahí que cuando se afirma que en nuestro sistema procesal la imputación penal es jurídica, se da por sentado que ésta debe corresponder o mejor, tener, fundamente en los hechos probados en el proceso, toda vez que la imputación implica el juicio de valoración típica, esto es, la tipicidad de la conducta investigada y demostrada en la instrucción, quedando excluída la mera imputación fáctica o la apariencia de su cumplimiento con la insular cita del número del artículo en el que aparece ordenado un determinado supuesto de hecho en la Legislación Sustantiva, ya que como se ha observado, este símbolo no corresponde al tipo.

9. Ahora, si bien esta “calificación jurídica provisional” debe corresponder al supuesto de hecho típico de un delito, una tal exigencia no puede necesariamente condicionarse a la transcripción de la norma que lo contiene ni a su práctica

suplantación argumentativa teórica que lejos de fijar su sentido, esto es, su real contenido y alcance, implique abstrusas elucubraciones que tornen equívoco el supuesto legal y por ende, el juicio valorativo de tipicidad, sino que, siendo la acción prohibida por la norma la que lo sustenta, es esa prohibición normatizada mediante una precisa descripción típica la que viene a constituir el objeto de la imputación, pues la acción ejecutada por el autor, es la conducta prohibida cuando se subsume bajo un tipo penal, que ha sido identificada mediante un determinado instrumento conceptual brindado por la teoría del tipo penal, sin que su literalidad positiva o su nomenclatura utilizada por la ley e inclusive su nomen juris, convierta en inane la imputación, pues basta con que inequívocamente se concrete la prohibición para que al corresponder al supuesto legal pueda admitirse que se cumplió con la exigencia legal que impone la acusación, esto es, con la “calificación jurídica provisional” del delito.

Así, si inequívocamente se precisa cuál es el mandato o la prohibición que se está atribuyendo y que respecto de él es que al actor, al actor de la acción o dicho en términos más convencionales, al autor de la conducta, lo cual desde luego, no significa ni que se puede entender como tácitamente formulada frente a un genérico relato de los hechos objeto de la investigación, ni que se pueda dar por sobreentendida por la naturaleza misma de éstos, sino que dependiendo del contenido típico, el objeto de la prohibición o del mandato surja como imputado, es claro que la ausencia de sacramentalismos no vicia una actuación judicial, como igualmente lo ha sostenido la doctrina de la Corte en múltiples oportunidades, como cuando se imputa a un procesado la comisión de dos o más delitos y se obvia afirmar que se trata de un concurso delictual, o cuando por un evidente lapsus se omite el nomen juris de un determinado instituto jurídico; y menos, como ya se expuso, cuando no se precisa el número de un artículo en el que está ubicado un determinado tipo penal, ya que, strictu sensu, en estos casos, ni siquiera nos encontramos frente a una de las llamadas “expresiones sacramentales”, sino a un símbolo extraño al tipo penal. Por esta razón es que, precisamente, y bajo

argumentación opuesta, tampoco resultaría suficiente recurrir a la sola cita de un determinado número del articulado para dar por precisado el objeto de la imputación, sino al contenido de la norma.

10. Ahora, y siendo claro que lo atribuible es la conducta prohibida, o mandada y no realizada, según el caso, que el legislador ha considerado político criminalmente, y en orden a la protección de bienes jurídicos, necesaria su tipificación penal previniendo a su autor con la imposición de una pena, resulta igualmente imprescindible tener en cuenta que esos comportamientos humanos, como tales, se exteriorizan en un ámbito circunstanciado, pero que no todas esas circunstancias han sido tenidas en cuenta por la Ley para que produzcan relevancia punitiva como adecuables a los supuestos de hecho típicos objeto de la imputación, ni todas producen los mismos efectos, debiéndose distinguir por tanto, entre ellas, las que el mismo tipo penal establece como necesarias para integrar la prohibición, que bien pueden corresponder a la descripción genérica, abstracta y completa, que en estas condiciones se haga como tipo básico, todas imprescindibles para que la conducta sea básicamente típica, con aquellas que a título de agravación punitiva del tipo objetivo igualmente suele contener, constitutivas de los denominados tipos subordinados agravatorios, con aquellas que por mas que correspondan a la exteriorización de la conducta, si el tipo penal no las contiene bien como básicas o como agravantes específicas, referidas en últimas decisiones de la Corte como modificadoras de la pena, son irrelevantes al derecho penal, y éstas de las que quedan como simples circunstancias genéricas agravantes de la pena o también conocidas como dosimétricas.

11. En efecto, por descontado, como ya lo ha advertido la doctrina tanto comparada como nacional, que la expresión de “circunstancias” utilizada en el derecho penal, necesariamente debe ser restringida, en relación con la etimológica, por cuanto al corresponder ésta al “accidente de tiempo, lugar, modo, etc., que está unido a la sustancia de algún hecho o dicho”, una tal amplitud implicaría darle este carácter a cualquier

accidente distante de lo típico o de lo estrictamente dosimétrico, de acuerdo con las previas y precisas previsiones en que el legislador penal las ha utilizado, pues, las circunstancias que importan al Derecho Penal son las legalmente relevantes, lo cual, desde luego, no significa que en todo el ámbito normativo tengan el mismo contenido y alcance por más que se trate de la misma expresión utilizada en el tratamiento de diversos fenómenos penales, pues su sentido no depende de la sola literalidad de los términos, sino de los institutos que se regulen, de los medios conceptuales que se apliquen y básicamente de la dinámica que de el interprete en su labor hermeneútica a los principios que gobiernan el saber penal, y específicamente la teoría del delito y la propia teorización penológica, mediante una interpretación sistemática y teleológica del Estatuto punitivo, que los integra intrínsecamente para fijarles el sentido que jurídicamente les corresponda.

12. Así, si bien por efectos de las clasificaciones que la doctrina propone respecto de los tipos penales con el fin de conceptualizar los imperativos legales, a la hora de hacerlo respecto a su estructura, los ha distinguido entre básicos, especiales y subordinados o complementados, que Jiménez de Asúa los entiende, correctivamente, que sería más apropiado llamarlos complementarios. (Tratado de Derecho Penal, tomo III, pág. 909), concretando estos últimos a los que si bien referidos a aquellos, se caracterizan por señalar, al decir de Silvio Ranieri, “determinadas circunstancias o aspectos que cualifican la conducta, los sujetos o el objeto descrito en estos” (Tratado de Derecho Penal, tomo II, pág. 5), es lo cierto que estas circunstancias típicas no tienen el carácter secundario que caracterizaría a una circunstancia, sino que constituyen elemento del tipo, lo integran, pues para que concurra debe haberse realizado el tipo básico y su carácter delictual exigirá iguales características de la acción injusta y de reprochabilidad; entre tanto, las demás circunstancias no exigidas por el tipo así comprendido, como ya se advirtió, son irrelevantes frente al supuesto de hecho y no porque en estos eventos se conciba la acción como “vacía” o “abstracta”, como igualmente suele calificarla la

doctrina para clarificar que esto no es lo que sucede frente a tales situaciones, sino que el calificativo está dado para precisar que en estos eventos lo que ocurre es que son intrascendentes porque el tipo penal u otro elemento delictual no las contiene; pero además de éstas, excepcionalmente, la ley consagra las llamadas “circunstancias atinentes a la punibilidad” o también conocidas como las que “influyen en la mayor o menor punibilidad del hecho”, previstas en la parte general del Código Penal para todos los delitos que le sean compatibles, las cuales tienen como efecto señalar el quantum punitivo, proporcionando al juez criterios adicionales fuera de los básicos de gravedad del injusto, del grado de culpabilidad y de la personalidad del autor de que trata el artículo 61, para graduarla.

13. Es, entonces, labor interpretativa la de fijar el contenido y alcance que les corresponda a las circunstancias reguladas por la ley para efectos de integrar el supuesto típico a la tasación de las penas, y quedando, por exclusión de materia, descartadas las circunstancias no relevantes penalmente, son las específicas que conforman los tipos subordinados agravatorios o complementarios, ya referidos, y las genéricas, las que se impone confrontar frente a la consagrada en el numeral tercero del artículo 38 de la Ley 30 de 1.986, objeto de la censura, de conformidad con la cual, la pena impuesta en las descripciones típicas consagradas en los artículos 32 a 37 del mismo Estatuto, se aumentará en su mínimo hasta el doble, “cuando la cantidad incautada sea superior a mil (1.000) si se trata de marihuana; a cien (100) kilos si se trata de marihuana hachís; y a cinco (5) kilos si se trata de cocaína o metacualona”, con el fin de determinar su naturaleza, contenido, alcance e incidencia procesal en punto de su imputación a su autor.

En efecto, la inicial característica de las circunstancias genéricas de agravación o atenuación punitiva, es la de que son aplicables a todos los delitos, pero la esencial realmente radica en que éstas no describen una conducta típica ni se integran con un tipo básico para conformar un tipo de injusto, esto es, que por si solas no constituyen un

elemento del delito sino una circunstancia reguladora de la punibilidad con incidencia exclusiva en su dosimetría, lo cual significa que la que ahora nos ocupa, no corresponde a las de orden genérico, como que legalmente no dispone su imperativo respecto de todas las descripciones típicas, sino únicamente en relación con unas específicas conductas prohibidas, como son las ya referidas del Estatuto Nacional de Estupefacientes, pero además, y como en verdad no resulta suficiente colegir por esta vía que por cubrir sólo una especie de delitos sea específica sino que es necesario que integre el tipo básico, pues no obstante que ello es admitido actualmente por la doctrina mas autorizada, necesario es también demostrarlo, y en este caso es evidente que por mandato legal así lo es, no únicamente porque literalmente de ello no surja duda alguna, pues en el citado artículo 38 se dispone que “El mínimo de las penas previstas en los artículos anteriores se duplicará en los siguientes casos: 1.-....., 2.-....., y 3.- “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 achís; y cinco (5) kilos si se trata de cocaína o metacualona”, sino porque desde el contenido mismo de la prohibición, esta conclusión es clara, ya que esta circunstancia de “cantidad”, también en términos de cuño carrariano, como que a la postre son condiciones que aumentan o disminuyen “la cantidad política del delito”, está referida al objeto material de las prohibiciones típicas descritas en los artículos del 32 al 37 de la citada Ley 30, en las cuales y específicamente para el caso de este proceso, la que se hace en el artículo 33, lo es la cocaína, es decir, que se trata de un objeto material de los denominados reales, o sea, que está referido a la cosa física, “respecto de la cual se concreta la vulneración del bien jurídico protegido y a la que se oriente la conducta del agente”, atendida aquella en sentido naturalístico, o como lo afirman Grispigni, referida “a cualquier parte del mundo exterior”, excepción hecha del hombre, que en la circunstancia agravatoria específica se conserva igual, su esencia no varía, es su peso, en la medida en que por tratarse de una cosa cuantificable, la ley establece una especie de escala punitiva dependiendo de la cantidad de droga sobre la cual se ha ejecutado la conducta prohibida, esto es, que cuando en tratándose de cocaína sea

superior a los cinco kilos, la acción ejecutada debe ser alguna de las descritas en el artículo 33 y sobre el mismo objeto materia de la prohibición, pues la sola circunstancia del numeral tercero del artículo 38, per se, no constituye delito sino la conducta realizada sobre esa cosa naturalísticamente entendida, la cocaína, quedando así complementado o circunstanciado, si se quiere, el tipo básico.

14. Ahora, y si como se ha dicho, el tipo lo que describe es la conducta prohibida, y siendo que en este caso el tipo objeto de imputación es el contenido en el artículo 33 de la referida Ley 30 de 1.986 complementado por el numeral tercero del artículo 38 ibidem, la imputación se concreta en la prohibición de conservar más de cinco kilos de cocaína, variando así el objeto material real del delito en cuanto al tipo básico en la cantidad de alcaloide incautado, constituyéndose en un tipo circunstanciado como lo denomina la doctrina italiana, complementado a la manera del ya citado Jiménez de Asúa, o simplemente en un tipo penal, pues en estos eventos al constituir las denominadas circunstancias específicas de agravación punitiva un nuevo elemento típico modificador, como aquí ocurre, del elemento material, todo termina remitiéndose a una problemática de técnica legislativa en la que en lugar de volverse a repetir en la ley la integral descripción de la conducta prohibida lo hace por separado a la manera de la concreción de circunstancias, pero bajo el entendido de que se integra con la básica prohibición con una pena mayor o menor, según se trate de las que agraven la vulneración al bien jurídico objeto de tutela o las atenúen.

15. Por tanto, si lo imputado es el contenido de la prohibición típica, que de suyo constituye el cargo a la manera de reproche por su desconocimiento, se está cumpliendo plenamente con la exigencia legal de la acusación, en cuanto a que, si bien para abundar en formalidades podría señalarse el número del artículo al que corresponde un determinado supuesto de hecho, su específico nomen juris o inclusive, como se advirtió en otro acápite, transcribiendo la descripción legal de la conducta prohibida, el no hacerlo en nada afecta la concreción del objeto de la imputación,

pues “la calificación jurídica provisional” exigida por el Estatuto Procesal no puede comprenderse desconociendo los principios, conceptos, contenidos y dinámica de la dogmática penal, habida cuenta, que lo exigido por la ley a la manera de garantía, es la concreción de la conducta prohibida objeto de la atribución a su autor, como ha sucedido en este caso.

16. En efecto, la conducta que se ha atribuido a ZULUAGA DUQUE a través de todo el proceso, dice relación al hecho de conservar en la finca en que fue aprehendido junto con otras personas, diferentes elementos destinados a la producción de sustancias estupefacientes, además de precursores químicos con miras al mismo propósito, e igualmente, conforme de ello se dio cuenta en el Acta de incautación respectiva, “54 unidades de coca pura en pasta” y “14 kilos de coca en proceso” y aun cuando se desconoce la razón por la cual al mayor valor en cita no se le dio con posterioridad la demarcada importancia para establecer el criterio de intensificación de la sanción penal, concretamente, en la resolución acusatoria puede leerse que al referirse el Fiscal al relato consignado en la indagatoria si bien los procesados se mostraron desconocedores de los hechos, “En versión libre, contrariamente, informan que laboraban en la actividad ilícita a sabiendas, y que colaboraron en el procesamiento de los 14 kilos de pasta de coca, bajo el asesoramiento de Jesús María García”, en relación con lo cual se insiste en la parte considerativa, en los siguientes términos:

“Igual suerte jurídica se determinará para MAURICIO ANTONIO, HUGO EFRAIN ZULUAGA DUQUE y NELSON DE JESUS RAMIREZ NARANJO, quienes pretendieron en sus versiones exculpatorias, desdibujar lo que con las formalidades de ley, relataron en sus versiones libres, en cuanto a que libre y voluntariamente aceptaron participar en la empresa criminal, llegando la tarde antes de sus capturas y colaborando en el procesamiento del alcaloide que fuere decomisado. Esta determinación por cuanto el resultado de los hechos, conjuga armónicamente con la versión de los policiales, de hecho, una sola persona es incapaz de atender el procesamiento de 14 kilos de pasta de coca”.

17. Por tanto, el contenido de la imputación está dado, en forma muy concreta, por la conducta de conservar el estupefaciente cocaína en una cantidad muy superior a 5 kilos, de acuerdo con la descripción que de ella hace el artículo 33, inciso primero de la Ley 30 de 1.986, aspecto en relación con el cual ningún equívoco, sorpresa o desconocimiento ha tenido el procesado su defensor, guardando perfecta armonía la sentencia con la acusación, sin que elementos extras o nuevos se hayan introducido a los cargos, estos se mantienen incólumes, tanto desde el punto de vista de su significación jurídica como en su enunciado fáctico, no hay lugar a afirmar que existe incongruencia entre aquellas decisiones.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

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

RESUELVE:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEG0

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL JORGE ENRIQUE CORDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE EDGAR LOMBANA TRUJILLO

MARIO MANTILLA NOUGUES CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON YESID RAMIREZ BASTIDAS

Patricia Salazar Cuéllar

Secretaria