

Proceso N° 10107

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado ponente:

Nilson E. Pinilla Pinilla

Aprobado Acta No.034

Santa Fe de Bogotá, D.C. siete (07) de marzo de dos mil (2000).

A S U N T O

Decide la Sala la casación interpuesta por la defensora del procesado EDGAR MARLES TABARES, contra la sentencia proferida por el Tribunal Nacional el tres (3) de agosto de 1994, con la cual confirma la emitida por un Juzgado Regional de Santa Fe de Bogotá el 25 de marzo de ese año, imponiéndole como pena principal al acusado la de 40 meses de prisión y multa de doce salarios mínimos mensuales, como infractor del artículo 33, inciso primero, de la Ley 30 de 1986.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

1° EDGAR MARLES TABARES fue aprehendido por las autoridades de policía en las dependencias del Aeropuerto Eldorado de esta ciudad capital el día 15 de enero de 1994, cuando se disponía a abordar un vuelo con destino a los Estados Unidos de América, descubriéndose mediante examen radiológico que dentro de su abdomen alojaba un total de cincuenta y tres cápsulas, cuyo contenido resultó ser heroína.

2° Los hechos fueron llevados inicialmente al conocimiento de la Unidad Especial de Permanencia de la Fiscalía General de la Nación y luego al Fiscal 233 de Santa Fe de Bogotá, que después de la apertura de la instrucción vinculó al imputado mediante injurada y resolvió su situación jurídica, con medida de aseguramiento de detención preventiva como infractor al artículo 33 de la Ley 30 de 1986 (f.38).

Conocida dicha imputación, el sindicado solicitó la terminación anticipada del proceso, atendido a las previsiones del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal (f.49), lo que dio lugar el 8 de marzo de 1994 a la suscripción del acta respectiva, donde aceptó tal cargo (f.97).

El Juzgado Regional profirió el fallo de condena, estimando la pena en sesenta meses de prisión, atendida la gravedad del hecho y las modalidades de su preparación y ejecución, sanción que luego redujo en la proporción autorizada por terminación anticipada, para quedar en cuarenta meses de prisión.

Inconforme con esta decisión, la defensa interpuso el recurso de apelación; el Tribunal encontró ajustada a la ley la decisión de primer grado y así impartió confirmación, siendo esta la providencia sometida por iniciativa de la defensa a la impugnación extraordinaria.

LA DEMANDA

Considera que la sanción fue excesiva y desconoció el derecho del procesado a la condena de ejecución condicional, dada su buena conducta anterior, y pasa a concretar dos cargos en contra del fallo, uno por la vía de la causal tercera de casación y el otro por la causal primera, cuerpo primero.

Primer Cargo: Aduce que el fallo se produjo dentro de un juicio viciado de nulidad, con desconocimiento de los artículos 29 de la Constitución y 1 y 13 del Código de Procedimiento Penal, pues medió un cambio sustancial entre los cargos formulados por la Fiscalía Regional y el fallo de condena, dado que la acusación jamás aludió a circunstancias de agravación específicas o genéricas, que al aparecer en la sentencia como base del incremento punitivo vulneran el derecho de defensa, sin haber dado al procesado la ocasión de su controversia.

Dice que la jurisprudencia de esta Corte no ha sido uniforme al exigir que las circunstancias de agravación deban quedar plasmadas en el cuerpo de la resolución de acusación, para que luego puedan ser estimadas al proferir el fallo adverso, aduciendo que en sentencia con ponencia del Magistrado Edgar Saavedra, se sostuvo el 25 de octubre de 1989 que ese pliego de cargos no es pieza procesal de forma libre, sino que en él se ha de concretar el hecho con todas las circunstancias que se conozcan, incluidas las de agravación que hubieren sido deducidas, de modo que el incumplimiento de esta exigencia conduciría a la nulidad, por violación del debido proceso y del derecho de defensa.

Como en desconocimiento de aquella pieza procesal, donde el Fiscal omitió la inclusión de circunstancias de agravación que incidían en la graduación de la pena y la libertad del procesado, los juzgadores de primera y de segunda instancia optaron por incrementar la sanción, sobre la base de una circunstancia de la cual no se le concedió al procesado la posibilidad de controversia; se profirió una sentencia a espaldas del acuerdo y ello debe conducir a la invalidación por parte de la Corte, conforme en tal sentido se demanda, para que se proceda de la manera que indica el artículo 229-2 del Código de Procedimiento Penal.

Segundo Cargo: Imputa violación directa de la ley por aplicación indebida del artículo 66 del Código Penal, en concordancia con la Ley 30 de 1986 y el artículo 37 del

Código de Procedimiento Penal. Su desarrollo es presentado bajo las mismas razones exhibidas en el caso de la nulidad, conduciendo a que si el acuerdo entre el procesado y la Fiscalía se realizó sin matizar el cargo con la inclusión de circunstancias genéricas de agravación, la pena base de la condena debió ser la de 48 meses de prisión, que reducidos en un tercio por terminación anticipada, debieron dar lugar a una sanción definitiva de 32 meses de prisión.

Señala que si el procesado aceptó el pliego de cargos, debía reconocérsele como garantía que esa acusación no iría a sufrir modificaciones adversas, siendo de advertir que de haberlas conocido, ni siquiera habría solicitado la sentencia prematura, sino optado por solicitar pruebas que hicieran inoperante la desmejora.

Entrando luego a controvertir los argumentos que en concreto asistieron al fallador para desestimar la sanción mínima legal, considera equivocado inferir la solvencia del procesado por el solo hecho de que hubiese realizado viajes al exterior, porque precisamente lo acreditado era su desestabilidad laboral, lo que le obligaba a buscar con esas salidas una mejor condición y estabilidad social. Tampoco era acertado inferir la existencia de motivos innobles, pues como ya se dijo su comportamiento se vio forzado por la falta de ingresos, ni la ingestión de la heroína puede válidamente interpretarse como ponderada preparación del hecho, pues simplemente se trataba de procurar un mecanismo que asegurara que con la participación en el tráfico no se arriesgaría la vida, pormenores todos que el procesado no ocultó a la investigación, pudiendo hacerlo, precisamente por falta de experiencia.

Anota que de haber estimado estos elementos probatorios, no cabe duda que el Juzgado primero y luego el Tribunal hubieran apuntado a la imposición del mínimo de pena legal y de contera, tras fijar tan solo una sanción de 32 meses de prisión, hubieran rematado en el otorgamiento de la condena de ejecución condicional, lo que en este aparte se impetra, luego de proceder a la casación del fallo recurrido.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Compartiendo el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal la tesis de la casación, comienza por descubrir de entrada que los dos cargos de la demanda, pese a su aparente oposición al proponerse bajo causales diversas, en realidad apuntan a un mismo y único cuestionamiento: la legitimidad de deducir en la sentencia circunstancias genéricas de agravación no contempladas en la resolución acusatoria.

Con miras a responder esa inquietud coincide en que la doctrina de esta corporación no ha sido unánime, pues no le han faltado salvamentos de voto a la tesis de la mayoría, pero ni aún a esta la ve encaminada dentro de un mismo sendero, porque enfrentando un pronunciamiento del 17 mayo de 1995 -ponencia del Magistrado doctor Nilson Pinilla Pinilla-, con otro de noviembre 9 de 1994 y ponencia del Magistrado doctor Dídimo Páez Velandia, entrevé que mientras el primero sostiene que “la no inclusión de las circunstancias genéricas de agravación o atenuación punitiva en la providencia enjuiciatoria (llámese auto de proceder o resolución de acusación) no genera irregularidad sustancial que vulnere el debido proceso o desconozca el derecho de defensa, porque ellas constituyen, no el único, sino uno de los varios criterios dosificadores de la pena...”, en el segundo se hacen afirmaciones en contrario, reconociendo que aún siendo criterio conocido de esa Delegada el de que aquellas circunstancias genéricas son privativas del juzgador al proferir su fallo, es llegado el momento de unificar la doctrina hacia la tesis opuesta que así pasa a sustentar:

Expresa que los artículos 28 a 35 de la Constitución Política contemplan las condiciones cuyo cumplimiento hace legítimo el ejercicio del poder punitivo del Estado, garantizando entre otros el debido proceso, el principio de legalidad, la presunción de inocencia, el derecho de defensa, etc., de lo cual asoma que solamente procede la imposición de penas frente a conductas que causen daño o pongan a riesgo bienes jurídicamente protegidos, previo el cumplimiento de procedimientos

definidos y al resguardo de una concepción culpabilista.

Dice que la pena, dentro de este esquema, no deriva de consideraciones subjetivas del juzgador sino de aquellas objetivas que determina la ley, sin perjuicio de la función judicial relativamente discrecional de su graduación.

Precisa que el ejercicio de ese margen de discrecionalidad tampoco puede ejercerse con exclusividad en el momento del fallo sino que se halla supeditado al cumplimiento previo de un procedimiento que garantice al acusado el conocimiento de los cargos y el ejercicio de sus prerrogativas defensivas, lo que hace presuponer la necesidad de una providencia previa denominada resolución de acusación (o un acto equivalente), que de conformidad con el artículo 442 del Código de Procedimiento Penal deberá consignar los hechos materia del juzgamiento, como, en su integridad, “las circunstancias de modo, tiempo y lugar que los especifiquen”, lo mismo que la calificación jurídica provisional, lo que tiene por fin facilitar el enteramiento del procesado, tanto respecto de los hechos probados hasta ese momento sino, además, su valoración jurídica y las circunstancias que podrían incidir en la graduación punitiva.

Señala que una omisión de estos requisitos incidiría en un recorte de la garantía del derecho de defensa, porque desconociendo las circunstancias que servirán de base para la graduación de la pena se hará imposible ejercer la contradicción y la controversia probatorias, todo ello sin sacrificio de la discrecionalidad que asiste para la graduación punitiva, dentro de los parámetros ya dichos, lo que implica la consulta del pliego acusatorio para determinar el monto total con base en la estimación de los distintos factores señalados en la acusación.

Para el caso que se examina, encuentra el Ministerio Público que los hechos imputados al procesado lo fueron sin agravantes específicos ni genéricos, según consta en el proceso, de manera que el juez solo podía ceñirse a esa expresa advertencia sin que le

fuera posible acudir en la sentencia a circunstancias de agravación distintas, porque con ello privaría al procesado de su derecho de defensa.

Volviendo al análisis de la jurisprudencia de la Sala que la Delegada compartía, considera equivocada la tesis de la discrecionalidad final del juez tanto respecto de la graduación de la sanción como de la consideración de las circunstancias determinantes, solicitando ahora su reconsideración, bajo el sentido de que tal discrecionalidad tiene sus límites normativos, pues si tanto la materialidad del hecho como la responsabilidad del procesado deben estar probadas en grado de certeza, en su labor de tasación no puede considerar el juez sino aquellos aspectos conocidos y debatidos dentro del proceso, sopesándolos como eventos de atenuación o agravación mediante consideraciones objetivas y subjetivas, “pero, en todo caso, atado a la previa imputación que se haya realizado en la resolución de acusación”, de modo que la inclusión de tales circunstancias en el enjuiciamiento no se halla condicionada a la calificación de los factores objetivos o subjetivos que les atribuye la doctrina, sino por la imputación e inclusión en la resolución de acusación “a través de una declaración inobjetable que permita la identificación de las circunstancias fácticas que se consideran especialmente relevantes en la individualización de la pena y que, en sí misma, implica la determinación de la forma como tal condición es regulada por el derecho positivo...”

En tal sentido, “si la circunstancia de hecho no se incluye, o no contiene, en sí misma, la determinación de la manera como ella es regulada por el ordenamiento jurídico, nos encontraríamos frente a una defectuosa imputación que, a su turno, revela la vulneración del derecho a la defensa del acusado, ante la imposibilidad que se le presenta para debatir los condicionantes de la pena”, entendimiento que a su juicio resulta defectuosamente planteado en la sentencia de noviembre 9 de 1994 con ponencia del Magistrado Dídimo Páez Velandia, en cuanto en ella se da a entender que la condicionante de la validez de la agravante no es su imputación o falta de ella en la

resolución de acusación sino el carácter objetivo o subjetivo de la circunstancia, bajo el entendimiento de que en las primeras basta su enunciación fáctica en el pliego acusatorio, mientras que en las subjetivas no solo es necesaria su enunciación específica sino al mismo tiempo su valoración jurídica.

Ya de regreso al caso que se controvierte, halla el Ministerio Público que en el acto equivalente a la resolución de acusación no solamente omitió la Fiscalía la inclusión de circunstancias de agravación o atenuación genérica del hecho, sino que aún llegó al extremo de afirmar categóricamente su ausencia, de modo que su estimación por parte del juzgador se constituye en violación flagrante del derecho de defensa, en cuanto operó un sorprendimiento para el acusado, que sin tener la ocasión de conocer ese aspecto de la imputación ni de controvertirlo, se vio afectado por un incremento desmedido de la pena que, como consecuencia, debe entrar la Corte a rectificar mediante la anulación parcial del fallo recurrido, para que en su lugar se dicte el fallo de reemplazo en el que se elimine el incremento derivado de la preparación ponderada del hecho punible.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Un orden lógico lleva a abordar primero la nulidad alegada, pues de prosperar resultaría innecesario pronunciarse sobre el cargo formulado al amparo de otra causal. No obstante, la misma censura es imputada según las causales primera y tercera. Tenerse en cuenta una agravante en la sentencia, no deducida en la resolución de acusación, es un error que debe ser aducido por la casual segunda, establecida específicamente para superar este yerro. Aunque técnicamente así debe hacerse, es posible acudir a la causal tercera, ante la violación del derecho de defensa al ser sorprendido, de esa forma, el acusado.

Efectuada la anterior aclaración, se observa que el impugnante y el Ministerio Público parten de la base errónea de que el problema jurídico consiste en si es legal deducir en la sentencia circunstancias genéricas de agravación que no habían sido tenidas en cuenta en la resolución de acusación o su equivalente, a pesar de que en el fallo de primera instancia aparece con claridad que no hace mención de agravante alguna.

En el acta de que trata el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, en donde el sindicado aceptó los cargos que por infracción a la Ley 30 de 1986 le formuló la Fiscalía, expresamente se indica que no concurren circunstancias genéricas ni específicas de agravación punitiva. Así lo entendió el a quo y nunca hizo referencia a ellas, sino que procedió a tasar la pena de conformidad con los criterios establecidos por la ley y, por eso, indicó:

“El art. 61 del C. de P. Penal (sic) señala los obligatorios parámetros que deben considerarse al señalar la sanción y en atención la gravedad y modalidades del hecho punible que significaron una especial preparación, consistente en elaborar las cápsulas (en número considerable), ingerir especiales alimentos con antelación al hecho, para luego introducirlas en el organismo vía oral, no puede partirse del mínimo establecido en el tipo infringido, por lo que ello se hará de 60 meses de prisión y multa de 18 salarios mínimos legales mensuales.”

La preparación del organismo humano para que tolerara las cápsulas en las que estaba empacado el estupefaciente, la utilización del aparato digestivo como medio que servía para esconderlo, transportarlo y de esa forma eludir la acción de las autoridades, fueron aspectos atinentes a la modalidad del hecho punible, que resaltan su gravedad, llevando al juzgador de primer grado a no imponer el mínimo. Factores que no podían dejarse a un lado por su especial significación, en cuanto el acusado demostró

frialidad, con el fin de salir adelante en el empeño de obtener un beneficio pecuniario, sin importarle la severa incidencia del consumo de esa droga contra la salud de sus congéneres

Es posible que algunos copartícipes no conocidos hubieran preparado ponderadamente el ilícito, pero esta circunstancia genérica de agravación punitiva del ordinal 4° del artículo 66 del Código Penal, que ciertamente no fue imputada por la Fiscalía en el acta citada, tampoco la aplicó el a quo, que procedió a la tasación de la pena de conformidad con los lineamientos del artículo 61 ibídem.

Además, al deducir el Juzgado la culpabilidad por los actos externos que la revelaban, manifestó:

“En relación con este último elemento del hecho punible, se desprende del acervo probatorio, que el sindicado conocía el hecho punible y determinó su voluntad hacia su realización, es decir, que actuó con dolo como forma de culpabilidad (art. 36 ibídem); no otra cosa puede deducirse de la circunstancia misma de que los estupefacientes se colocaran en cápsulas cuidadosamente elaboradas y que debieron ser ingeridas, conducta del todo extraña a un proceder legítimo.”

La manera como sucedieron los hechos, permitió al fallador inferir que el acusado tenía conocimiento y artera voluntad de poner en peligro la salud pública, tras el mañoso ocultamiento del alcaloide, como se desprende de ingerirlo empacado en cápsulas, para ocultarlo en sus vías digestivas. Buscó un incremento patrimonial ilegal, sin importarle el grave deterioro de la salud pública que pudo ocasionar, especialmente en la juventud, y las funestas repercusiones que el narcotráfico acarrea en lo personal, familiar, social, económico, etc. Esta fue otra manifestación de la gravedad de esos actos, sin que se observe intento alguno por colegir la circunstancia genérica de agravación del ordinal 4° del artículo 66 del Código Penal.

A pesar de que el ad quem ciertamente yerra al hacer referencia a dicha agravante como deducida en el presente caso, se muestra de acuerdo con los planteamientos del Juzgado, que no la incluye, y considera correcto que se hubiera tasado la pena con seguimiento de lo dispuesto por el citado artículo 61. Si el Tribunal hubiera estimado que la pena estaba acertadamente fijada, pero por las razones que señala en segunda instancia, hubiera confirmado con dicha aclaración, que sería la motivación específica de la dosificación punitiva, pero se limitó a confirmarla íntegramente sin hacerle reparo alguno, con lo cual acogió plenamente lo señalado por el a quo.

Al ser ratificado el criterio plasmado en la sentencia de primera instancia, se aprecia que no fue deducida la agravante en mención y no se sorprendió en el fallo al sindicado, ni le fue recortada o impedida la defensa. En consecuencia, no se presenta el yerro endilgado y la censura no está llamada a prosperar.

Con relación al segundo cargo, han de tenerse en cuenta los lineamientos antes expresados, pues se trata de la misma censura pero invocada bajo otra causal. Se advierte que su defectuosa formulación no deja posibilidad alguna de respuesta, dadas las insalvables contradicciones que encierra, como que pese a anunciar e iniciar con el desarrollo de una violación directa que encaminaría el debate hacia aspectos netamente jurídicos, paso seguido se emprende una crítica demostrativa relacionada con la manera como el juzgador estimó, o dejó de hacerlo, la buena conducta del procesado, sus condiciones económicas y el sistema de ocultación de la sustancia para tratar de llevarla allende las fronteras.

Tampoco el impugnante identifica de manera clara y precisa, como lo demanda el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, cuál fue el error de juicio cometido, pues la alusión resulta apenas tangencial y desde un aspecto meramente subjetivo, que dista de constituir un verdadero cargo de casación.

En mérito de lo expuesto y oído el concepto del Ministerio Público, 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 la sentencia objeto de impugnación

Cópiese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

No hay firma

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL JORGE E. CORDOBA
POVEDA

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

MARIO MANTILLA NOUGUES CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON NILSON E. PINILLA PINILLA

No hay firma

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria