

Proceso Nº 10577

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente Dr.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Aprobado por Acta No.110

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil (2000).

VISTOS:

Decide la Sala la casación interpuesta por el defensor del procesado LUIS FRANCISCO SANTOS FORERO contra el fallo del 10 de noviembre de 1994, mediante el cual el Tribunal Nacional confirmó la sentencia anticipada proferida por un Juzgado Regional de Bogotá que lo condenó a las penas principal de 64 meses de prisión, sin derecho a la condena de ejecución condicional, y multa equivalente a 20 salarios mínimos y accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, por infracción al artículo 33 de la Ley 30 de 1986.

H E C H O S Y A C T U A C I O N P R O C E S A L :

Agentes de la Unidad Investigativa de Policía Judicial -SIJIN- de Leticia (Amazonas) fueron informados el 16 de diciembre de 1993 que en la casa de Jaime Forero, ubicada en la carrera 11A No. 12-109 de esa ciudad, estaban al cuidado de LUIS FRANCISCO SANTOS FORERO unos guacales que probablemente contenían

cocaína, los que habían sido llevados en lancha desde Puerto Asís (Putumayo) con el fin de transportarlos hasta Manaus (Brasil) una vez llegara -procedente de Cali- JOSE CARMELO FORERO OSPINA, quien efectivamente arribó al Aeropuerto Vásquez Cobo en un vuelo de Avianca el 18 de diciembre acompañado de CARLOS ALBERTO SOTO CELIS, allí abordaron el vehículo de Santos Forero que los llevó hasta dicha residencia donde dejaron el equipaje y salieron a recorrer la ciudad.

Esa misma tarde, previa comparecencia de los recién llegados y Santos Forero ante el Comando de la SIJIN, la Fiscalía Regional adscrita a esa institución practicó en su presencia el allanamiento del citado inmueble y la incautación de 20 cajas de madera que contenían tornillos tubulares, dentro de los cuales fueron hallados veintisiete mil doscientos cincuenta (27.250) gramos de una sustancia de color blanco que a la postre resultó ser cocaína.

Al día siguiente el mismo Fiscal ordenó la apertura de investigación, oyó en versión libre tanto a los ya mencionados como a las demás personas que se encontraban en el lugar del allanamiento y luego le recibió indagatoria a quienes consideró responsables del alijo. Posteriormente la Unidad Especial de Ley 30 de 1986 de la Dirección Regional de Fiscalías de Bogotá avocó el conocimiento del proceso y el 30 de diciembre de 1993 profirió medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva, en contra de Forero Ospina, Soto Celis y Santos Forero.

Estando en curso la investigación, el apoderado de Luis Francisco Santos Calderón solicitó la celebración de “audiencia especial, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4o. de la Ley 81 de 1993”; sin embargo, lo que se tramitó el 14 de julio de 1994 fue la diligencia previa a la sentencia anticipada (artículo 3o. de la citada ley) y, como consecuencia de la aceptación de cargos por parte del procesado, (art. 33 ley 30 de 1986) el expediente pasó a conocimiento de los Jueces Regionales de Bogotá, donde uno de ellos profirió el 30 de agosto de 1994 la

sentencia condenatoria a que se hizo referencia en el acápite inicial y ordenó la ruptura de la unidad procesal respecto de quienes no se acogieron a la terminación anticipada del proceso.

Inconforme con la pena impuesta, la defensa apeló el fallo, el que confirmó en su integridad el Tribunal Nacional mediante sentencia del 10 de noviembre de 1994, la que ahora es objeto de la casación.

L A D E M A N D A :

Inicialmente, al amparo de la causal primera de casación, prevista en el artículo 220 del Código de procedimiento Penal, presenta la casacionista dos cargos por violación indirecta de la ley.

Primer cargo.- Critica la sentencia del Tribunal Nacional por haber incurrido en error de hecho sobre la existencia de la prueba, de forma tal que incurrió en un falso juicio de existencia al considerar que estaba probada la captura en flagrancia de Santos Calderón, por lo que negó la aplicación del artículo 299, ibidem, que le concedía la rebaja de una sexta parte de la pena; cuando, de no haber sido por la confesión del procesado, no se le habría podido endilgar la conducta reprochada en la sentencia (transportar), ni deducir responsabilidad alguna, pues no hay prueba testimonial que lo vincule y quien cuidaba la casa donde fue hallada la sustancia ilícita era César Augusto Vilca y no él. Además, si la sustancia llegó a ese lugar el 15 de diciembre, para que la captura fuera en flagrancia tenía que haber ocurrido ese día en el trayecto donde supuestamente desarrolló la actividad transportadora y no días después, como ocurrió.

De manera que no habiendo concurrido la situación de flagrancia y siendo la confesión el medio para vincularlo penalmente, como lo señala el sentenciador de primer grado, era merecedor del beneficio establecido en el artículo

299 del Código de Procedimiento Penal por cuanto se cumplen los requisitos del artículo 296. De ese modo el fallador dejó de aplicar la ley.

Segundo cargo.

Le increpa al ad quem un error de hecho por falso juicio de identidad, desacierto en que incurrió cuando le negó al procesado el beneficio que por delación le concede el artículo 44 de la Ley 81 de 1993 -de naturaleza acumulable- consistente en la reducción de una sexta a las dos terceras partes de la pena; pues, habiendo señalado como coautor del ilícito a Pablo Andrés Andrade Salazar, en forma tal que resultaba indiscutible su individualización, prestó a la justicia la colaboración eficaz que demanda la referida norma, sin que pueda afirmarse validamente que las pruebas aportadas no eran idóneas, ya que, como las instancias lo reconocen, fue la inactividad de la Fiscalía la que no permitió establecer la veracidad de la imputación.

De ahí el falso juicio de identidad, consistente en no haberle dado “el valor probatorio que merece el hecho acreditado por mi defendido de la existencia de un personaje de quien recibió la sustancia incautada”, actitud que, además, atenta contra los derechos fundamentales del inculpado y le resta credibilidad a la política de sometimiento diseñada por el Estado para poner a merced de la justicia a los grandes capos de la mafia.

Nulidad.- Con fundamento en la causal tercera de casación, acusa la sentencia de haber desconocido el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución, según el cual en materia penal se debe aplicar la ley permisiva o favorable -entendida como la más benigna-, aún cuando sea posterior. Lo cual considera que genera una nulidad de rango constitucional.

Estima el actor como indudable que el éxito de la investigación se debió a la confesión del sentenciado, tanto que si no hubiera asumido su propia

responsabilidad los procesados hubieran sido César Augusto Vilca y Betty Vela (empleados encargados del cuidado y vigilancia de la casa allanada), mientras la participación de aquel estaría en duda, pues nadie lo vio transportar los guacales -hecho que solamente él reveló permitiendo que el sentenciador tuviera la prueba necesaria para condenarlo-, de lo contrario el proceso en su contra no habría podido superar la fase instructiva en la que seguramente el fiscal le estaría atribuyendo una conducta distinta de la que realmente desarrolló.

Cita el fallo de casación fechado en diciembre 1 de 1987 y afirma, que no es cierto que Santos Forero hubiera sido capturado en flagrancia, pues, no se cumplen los mencionados requisitos de actualidad e identidad del autor al no existir prueba testimonial de su participación en el ilícito y, mucho menos, de la ocurrencia del hecho que se le imputa.

Igualmente considera que se desatendió el principio de favorabilidad cuando le negó los beneficios por colaboración eficaz con la justicia previstos en el artículo 369A-d del Código de Procedimiento Penal, con el argumento de que la prueba aportada por el procesado (fotocopia de un documento donde están consignados el domicilio y otros datos personales del coautor) y la ratificación del cargo que le hizo a Andrade Salazar “no son prueba idónea que amerite la rebaja”, siendo que la no verificación del señalamiento se debió a negligencia de la Fiscalía que por disposición del artículo 250 de la Carta tiene la obligación de asegurar la comparecencia de los infractores de la ley penal.

Conclusiones.- En acápite separado consigna la casacionista las siguientes conclusiones:

El falso juicio de existencia que le permitió al fallador asegurar que Santos Forero fue capturado en flagrancia, incidió en la negativa de la rebaja de pena por

confesión.

Así mismo, el error de hecho por falso juicio de identidad, consistente en la tergiversación del contenido de la prueba resultante del señalamiento que aquél hizo del coautor Andrade Salazar (propietario de la sustancia ilícita) y de Manuel N. (encargado de sacarla del país), dio lugar a la falta de aplicación del precepto que autoriza la rebaja de la pena por colaboración eficaz con la justicia.

Y el marginamiento de los beneficios legales establecidos con posterioridad al hecho dio lugar a la violación del principio constitucional de favorabilidad.

Por lo tanto, solicita que la Corte case el fallo del Tribunal y, en su lugar, profiera la sentencia en que se reconozcan las rebajas de pena a que tiene derecho Santos Forero por delación y confesión.

C O N C E P T O D E L M I N I S T E R I O P U B L I C O :

El Señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal es del parecer que se deben desestimar los cargos por las siguientes razones:

1.- El primero por cuanto lo hace consistir en el quebranto indirecto del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, por falta de aplicación, por haber supuesto el sentenciador la captura del procesado en estado de flagrancia que no existió; sin embargo, lo que pretende no es demostrar un error in iudicando por falso juicio de existencia, sino interpretar las circunstancias de la captura de forma tal que se enmarquen dentro del criterio tradicional que entiende la flagrancia como el sorprendimiento del sujeto al momento de cometer el hecho; lo que representa una equivocada selección de la vía de ataque, pues así las cosas, debió acudir a la forma directa de violación por interpretación errónea de la ley, en la medida que el

sentenciador le dio a esa figura un alcance que no corresponde al legalmente establecido.

Además, no es que se haya supuesto la prueba, sino que las circunstancias antecedentes y concomitantes de la captura permiten saber que se cumplió en las condiciones previstas en el artículo 370, ibidem, es decir, que se dieron los requisitos de actualidad e individualización de los partícipes en el hecho a través de la permanente vigilancia de las autoridades y transcribe lo que al respecto consideró el Tribunal sentenciador.

Concluye que el hecho de no haber sido capturado en plena actividad de movilización de la droga, no desnaturaliza la situación de flagrancia, pues el mantener bajo su responsabilidad dichos guacales “implica una prolongación permanente de la actualidad” del ilícito comportamiento; más aún cuando las autoridades sabían que siendo otro el destino de la sustancia su paso por la casa de los Forero era transitorio, lo que les permitió dedicarse a vigilar los movimientos de sus moradores.

Así, estima que lo expresado en la indagatoria es apenas “una corroboración de la información que ya tenía la autoridad, y el hecho de aceptar su responsabilidad narrando de manera específica cuál fue su actuar no lo hace de facto acreedor a la rebaja que por confesión consagra el artículo 299”, si se tiene en cuenta que se trata de una distribución de funciones para la comisión del ilícito.

2.- En el segundo cargo, “a sabiendas de la sinrazón”, pretende la defensa beneficios que van más allá del procedimiento agotado, como lo demuestra el hecho de admitir que aquellos requieren de un pacto con la Fiscalía, para el que nunca se hizo solicitud; sin embargo, espera que la Corte acceda a concederlos cuando, al igual que los juzgadores, no está llamada a establecer el “grado de

eficacia o importancia de la colaboración”, puesto que esa actividad le corresponde cumplirla es a la Fiscalía de manera exclusiva. Por lo tanto, “no se puede entrar a revisar lo que no existe”.

3.- Acerca del tercer reproche dice que la manera vaga y antitécnica de plantear la censura por nulidad hace que el cargo no prospere, pues la fundamentación del reproche pone de relieve el desconocimiento del tema planteado y del reiterado criterio jurisprudencial que advierte cómo las nulidades en casación no pueden “utilizarse como pretexto para hacer formulaciones abiertas sin ninguna concreción, y mucho menos sin cumplir... con el requisito demostrativo de la vulneración de garantías fundamentales de los sujetos procesales o el desconocimiento de las bases de la instrucción y el juzgamiento”.

- Más evidente -finaliza la Delegada- resulta el desatino cuando pretende la actora fundar la violación del principio de favorabilidad en el hecho de no habersele concedido a su representado las rebajas por confesión y colaboración eficaz, con los mismos argumentos de las anteriores censuras, y sin tener en cuenta que esas modalidades de rebaja nada tienen que ver con dicho principio, el que únicamente se aplica cuando existe tránsito de legislación.

Finalmente sugiere la Delegada a la Corte no casar la sentencia impugnada.

C O N S I D E R A C I O N E S D E L A C O R T E :

1.- La nulidad.- Por las repercusiones que sobre la validez de la sentencia impugnada tiene la eventual prosperidad de una censura de naturaleza invalidante, se torna imperioso examinar, primero este cargo, el cual la actora hace como último.

De manera errónea convirtió la libelista las acusaciones de violación indirecta de la ley por error de hecho en factores de nulidad, como si los yerros en que puede incurrir el sentenciador al emitir un juicio de valor sobre los medios probatorios pudieran acomodarse caprichosamente dentro de las irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

De otra parte, no se ve cómo pueda llevarse al terreno de la favorabilidad una situación cuyo debate no giró en torno de la vigencia de determinado privilegio y su aplicación retroactiva, sino exclusivamente sobre la existencia de una circunstancia adversa (flagrancia) al reconocimiento del beneficio por confesión, en el primer caso; y de la falta de requisitos para que la supuesta delación adquiriera el carácter de colaboración eficaz con la justicia, en el segundo. Es decir, en ninguno de los dos eventos el Tribunal se abstuvo de reconocer los aludidos beneficios bajo el pretexto de que solo podían aplicarse a hechos ocurridos dentro de su vigencia; por el contrario, sin hacer mención de ese aspecto, entró de lleno a considerar los demás requisitos que los hacen procedentes.

Así las cosas, no puede atenderse el reproche por violación del principio de favorabilidad puesto que en ningún momento la sentencia impugnada puso en duda la aplicación de los preceptos contenidos en los artículos 299 y 369-A (literal d) del Código de Procedimiento Penal con el argumento de que no estaban vigentes cuando se cometió el hecho y, por lo tanto, no es la nulidad la vía adecuada para censurar el no reconocimiento de dicha rebaja.

Este cargo, pues, -de entrada- se formuló equivocadamente y, por tanto, no prospera.

2.- Los dos cargos que ofrece el libelo por violación indirecta de la ley se refieren a la tasación de la pena, lo que ciertamente cabe dentro del interés para

impugnar, según el artículo 37B-4 del Código de Procedimiento Penal.

2.1.- Como se vio, el casacionista afirma que el sentenciador incurrió en un error de hecho por falso juicio de existencia al suponer la prueba referida al estado de flagrancia en que afirmó fue aprehendido el procesado.

Empero en la “diligencia de sentencia anticipada” que el Fiscal Regional llevó a cabo el 14 de julio de 1994” (fl.195 cdno.Nro.3) se lee:

“Los cargos se le formulan al sindicado FRANCISCO SANTOS, teniendo en cuenta que además de haber sido sorprendido (sic) en estado de FLAGRANCIA, él mismo narra en su Injurada, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, como en compañía, según dice, de otras dos personas, llevaron los Guacales, contentivos de los tornillos, con la sustancia (sic) estupefaciente, al Garaje de la casa ubicada en la carrera 11 A, No. 12-109 de Leticia Amazonas, a la cual tenía acceso para guardar un vehículo de su propiedad, en el garaje de ésta residencia”.

Y a folio 197 insistió:

“El sindicado SANTOS FORERO fue sorprendido (sic) en estado de FLAGRANCIA, según las normas que al respecto se refieren en forma clara.- La conducta del sindicado FRANCISCO SANTOS, es TIPICA, ANTIJURIDICA Y CULPABLE”.

Hecho ése y los demás cargos, se le preguntó al procesado SANTOS FORERO “si acepta o no”, y él respondió: “Acepto los cargos y la responsabilidad en el ilícito”.

Esas premisas conducen inexorablemente a afirmar la falta de interés del demandante para formular este cargo, que sustancialmente traduce una retractación de la aceptación total que hizo en la referida diligencia, postura inadmisibles que, de suyo, lleva a la improsperidad del mismo.

2.2.- En la formulación del segundo cargo, que hace consistir en un falso juicio de identidad por no habersele reconocido a su representado el beneficio por la “delación de copartícipes” establecido por el artículo 44 (literal “d”) de la Ley 81 de 1993, también yerra la casacionista cuando reclama del sentenciador el ejercicio de facultades que la ley no le ha conferido, pues por expresa disposición del primer inciso de la citada norma (incorporada al Código de Procedimiento Penal como artículo 369-A) es al Fiscal General de la Nación o el Fiscal que éste designe, previo concepto del Procurador General de la Nación o su delegado, quien “podrá acordar uno o varios de los beneficios consagrados en este artículo con las personas que sean investigadas, juzgadas o condenadas, en virtud de la colaboración que presten a las autoridades de cualquier orden para la eficacia de la administración de justicia, sujetándose el acuerdo a la aprobación de la autoridad judicial competente”.

Así las cosas, sea cual fuere la actividad positiva desarrollada por el procesado (delación, presentación voluntaria, entrega de bienes, etc.), el beneficio por colaboración eficaz establecido en el mencionado artículo 369-A requiere de un acuerdo previo con la Fiscalía, que de no existir impide el reconocimiento de sus efectos por parte del sentenciador, a quien únicamente corresponde revisarlo a fin de impartir o negar su aprobación. Es decir, si, como aquí ocurrió, no se pactó con la entidad legalmente autorizada ningún acuerdo en torno a la colaboración eficaz, es un imposible jurídico pretender que a falta de tan fundamental requisito los juzgadores de instancia o la Corte entren a suplantar a la Fiscalía en el ejercicio de

funciones que expresamente y de manera exclusiva le ha asignado la ley.

El cargo no prospera y la sentencia, pues, no se casará.

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,

R E S U E L V E :

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, comuníquese, devuélvase y cúmplase.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

MARIO MANTILLA NOUGUÉS

CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

No hay firma

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

NILSON E. PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria