

Proceso N° 11258

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote

Aprobado Acta No.100 (VI-14/2000)

Bogotá, D.C., diciembre dieciocho (18) de dos mil (2000).

VISTOS:

Se pronuncia la Sala sobre la demanda de casación presentada a nombre de EZEQUIEL ANTONIO LOPEZ VILLALBA contra la sentencia proferida el 13 de diciembre de 1.994 por el entonces Tribunal Nacional que confirmó la dictada por un Juzgado Regional de Cali, por medio de la cual se condenó anticipadamente a dicho procesado, a Alvaro Gutiérrez Arcila y Eduardo Fajardo Millán a las penas principales de 48 meses de prisión y multa de 13 salarios mínimos mensuales vigentes y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas como coautores de infringir el inciso primero del artículo 33 de la Ley 30 de 1.986, agravada conforme a los numerales 4º y 7º del artículo 66 del Código Penal; al tiempo que ordenó en favor del Estado el comiso de 2 revólveres Cassidy calibre 38 largo, series IM 2644 K y ordenó a favor de Fanny Londoño de Ramírez, la devolución definitiva de una moto marca Honda de placas TPR 68, modelo 1.992.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL:

Luego de un seguimiento y la infiltración de un agente encubierto de la SIJIN que para

estos hechos se identificaba como Jorge, quien logró hacer contacto con EZEQUIEL ANTONIO LOPEZ VILLALBA, persona de la que se tenía conocimiento trabajaba en actividades del narcotráfico relacionadas con el denominado cartel de Cali, el 22 de enero de 1.994 se organizó un operativo para lograr la captura de los integrantes de la organización criminal dado que previamente el agente Jorge estableciera que el antes mencionado ejercía funciones de contacto y además llevaba a cabo las transacciones con la droga, y en razón a ello le manifestara a aquél que estaba interesado en adquirir 10 kilos de cocaína, comprometiéndose LOPEZ VILLALBA a conseguirle más o menos 7 kilos a valor de \$ 1'270.000 cada uno, para cuya entrega habían acordado las cuatro de la tarde en la carrera 20 entre calles 18 y 19 de la ciudad de Armenia.

Llegada esa hora, transportándose en una motocicleta marca Honda Lead de placas TPR 68 arribó a dicho sitio EZEQUIEL LOPEZ VILLALBA en compañía de ALVARO GUTIERREZ ARCILA, manifestándole a Jorge que “la mercancía” la entregaría a las cinco y treinta de esa misma tarde, por lo que aproximadamente a las seis llegaron al mismo lugar para advertirle al supuesto comprador de la droga que alistara el dinero porque “la mercancía” se la darían a las ocho de la noche, volviéndose a retirar para regresar a las ocho y treinta, haciéndolo de inmediato en un vehículo Renault 12 color beige de placas KE 1299 conducido por Luciano Mejía Fernández, acompañado de Eduardo Fajardo Millán, quien luego de apearse del automotor le entregó a LOPEZ VILLALBA un paquete que contenía aproximadamente dos kilos de cocaína como adelanto y muestra de la venta, para posteriormente llevarle la cantidad restante. En dicho momento hizo su intervención el Capitán Javier Antonio Uribe Uribe, Jefe de la SIJIN del Quindío junto con otros agentes de la institución procediendo a la captura de EZEQUIEL ANTONIO LOPEZ VILLALBA, Alvaro Gutiérrez Arcila, Eduardo Fajardo Millán y Luciano Mejía Fernández, quien mientras eran conducidos a las instalaciones de la SIJIN le ofreció al Director del operativo la suma de \$10'000.000 para que les “colaborara” dejándolos en libertad, o para que, de no ser posible ello, no se le diera publicidad a los hechos y se tuviera a uno solo de los

capturados como el responsable de la droga incautada.

Así, por auto del 23 de enero de 1.994, el Jefe de la Unidad Investigativa de la Regional Quindío dispuso, de conformidad con los Decretos 2790 de 1.990 y 099 de 1.991, iniciar investigación previa, ordenando, entre otras diligencias, la prueba de campo para la identificación y pesaje de la sustancia incautada, lo que se llevó a cabo el 24 siguiente, sometiéndola a los reactivos de Mathers y Scott Reagent System Modified arrojando resultado positivo para cocaína y un peso bruto total de 2.160 gramos.

En la misma fecha, las diligencias fueron remitidas a la Fiscalía Regional de Armenia, en donde de inmediato se abrió formalmente la investigación procediendo a vincular mediante indagatoria a los aprehendidos y a recepcionar las declaraciones de los agentes de la SIJIN que participaron en el operativo, al igual que diligencia de toma de muestras y pesaje de la sustancia, cuyo peso neto fue de 2.074 gramos; habiéndoles definido su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva como coautores de las infracciones previstas en los artículos 33, inciso primero y 34 de la Ley 30 de 1.986.

Posteriormente, al pronunciarse la Fiscalía sobre la solicitud que elevara la defensa de los procesados en cuanto a la sustitución de la detención preventiva por domiciliaria, por resolución del 17 de mayo de 1.994 la Fiscalía Regional negó tal pretensión y oficiosamente revocó para todos los investigados la medida de aseguramiento en relación con el cargo de violación al artículo 34 de la Ley 30 de 1.986, manteniéndola únicamente por infracción al inciso primero del artículo 33 ibídem, decisión contra la que el mismo petente interpuso el recurso de reposición que le fue resuelto adversamente por interlocutorio del 17 de junio de 1.994.

Entre tanto, EZEQUIEL ANTONIO LOPEZ VILLALBA, coadyuvado por su defensor solicitó la aplicación de artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, habiéndose llevado a

cabo la diligencia de formulación de cargos el 29 de junio de 1.994 por un Fiscal Regional de Cali, en donde aceptó la acusación que por infracción al inciso primero del artículo 33 de la Ley 30 de 1.986 le propuso la Fiscalía, aclarando que no se le imputaba el delito de porte ilegal de armas para la defensa personal porque las decomisadas en su captura las tenían los otros tres sindicados. En la misma fecha, elevaron idéntica petición los procesados Eduardo Fajardo Millán, Alvaro Gutiérrez Arcila y Luciano Mejía Fernández, con quienes se llevó a cabo la respectiva diligencia el 13 de julio siguiente, en la que todos aceptaron la misma imputación hecha a LOPEZ VILLALBA, precisándose que no procedía el cargo contra la seguridad pública por haberse acreditado en la actuación el legal porte de las armas relacionadas en el informe de captura.

Remitidas, entonces, las diligencias a los Juzgados Regionales de Cali para que se prohiriera la consiguiente sentencia, por auto del 22 de agosto de 1.994, un Juez de esa especialidad decretó la nulidad parcial del acuerdo suscrito con Fajardo Millán, Gutiérrez Arcila y Mejía Fernández, dejándolo sin efectos únicamente respecto de este último, a quien, a juicio del juzgador, debió imputársele el delito de cohecho por dar u ofrecer; procediendo seguidamente, esto es, el 23 del mismo mes, a dictar el fallo anticipado de primer grado en relación con LOPEZ VILLALBA, Fajardo Millán y Gutiérrez Arcila, el cual fue recurrido por los defensores de los encausados y confirmado por el Tribunal Nacional en los términos precedentemente expuestos.

Habiéndose recurrido en casación la sentencia de segunda instancia por todos los procesados y sus defensores, por auto del 9 de agosto de 1.995, el Tribunal Nacional aceptó el desistimiento impugnatorio presentado a nombre de Eduardo Fajardo Millán y Alvaro Gutiérrez Arcila, debiéndose pronunciar ahora la Corte en relación con la demanda presentada a nombre de EZEQUIEL ANTONIO LOPEZ VILLALBA.

LA DEMANDA:

Cargo principal

Con sustento en la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, acusa el defensor de EZEQUIEL ANTONIO LOPEZ VILLALBA el fallo impugnado de violar la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de existencia por suposición.

Así, en orden a demostrar la censura, inicia el demandante por sentar como premisa básica de su posición argumental, el que considera es el sustento del artículo 246 del Código de Procedimiento Penal, de conformidad con el cual, debe entenderse que el funcionario judicial está en la obligación de recaudar la prueba necesaria para demostrar tanto la responsabilidad, como la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de la conducta investigada en orden a establecer un “juicio de valor negativo aplicando la correspondiente condena” como una derivación del principio de la carga de la prueba que le compete al Estado y en desarrollo del de presunción de inocencia que cobija a todo ciudadano, procediendo a “emitir un acto de habla por medio del cual el Estado le dice al ciudadano que la presunción de inocencia se ha desvirtuado, pero para que ello suceda el Estado debe dar razones, aportar pruebas, en últimas legitimar su enunciado. Si ello no se hace, lo que se da es un juicio -en el sentido Kantiano - ilegítimo y por tanto un acto de habla que suscita- ni lo puede hacer consenso alguno. El marco normativo de estas pretensiones viene dado por las exigencias del artículo citado, de modo que sólo una prueba legal y oportunamente allegada puede servir de razón para el juicio emitido”.

A partir de esta postura, afirma el censor que el juicio asertivo del juzgador necesariamente debe fundarse en pruebas y no en sus prejuicios particulares, los cuales no tienen cabida en el proceso penal y si se dan, no pueden tenerse como emitidos por carecer de validez alguna, como que esa es la consecuencia de la regularización de la actividad judicial, según la cual, los actos permitidos son los expresamente autorizados, “y por ello el Art. 246 del C. de P. P. exige claramente la demostración plena de la responsabilidad del procesado, de modo que ante una simple probabilidad del procesado no cabe más que

la aplicación del principio del in dubio pro reo”.

Por tanto, y frente al caso concreto, dice el casacionista, que no puede admitirse que a pesar de no existir procesalmente el testimonio de Jorge, haya servido para la condena, resultando inexplicable que la sentencia de primera instancia se basa en la versión de esta presunta persona, que como agente encubierto, “al parecer”, realizaría la negociación con los procesados, debiéndose así suponer que, “se trata de un prejuicio del juzgador o de su conocimiento privado y, en el peor de los casos, un burdo invento que daría lugar a las acciones correspondientes, pues durante la investigación se le solicitó a la Fiscalía el recaudo de esta declaración, obteniéndose como respuesta que “ello no era posible pues ni siquiera bajo identidad cubierta el sujeto prestaría su colaboración para declarar”, lo cual, a la postre implica, que en la decisión cuestionada no concurren los requisitos del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, esto es, certeza para condenar.

Sin embargo, y como dentro de la actividad probatoria del proceso, los testimonios de los miembros de la Policía Nacional dieron cuenta de la participación del supuesto agente Jorge, debe concluirse que, ante la “demostración de la inexistencia” del mismo, como de su no pertenencia a la institución, “y ello lo da a entender así”, resulta cuestionable el operativo que aparentemente desplegaron en este asunto y sospechosas las versiones que rindieran ante el Fiscal Regional, puesto que están apoyadas en la labor del “supuesto o postizo ‘Jorge’”.

Solicita, en consecuencia, se case el fallo impugnado y se dicte uno de reemplazo absolviendo a su defendido.

Cargo subsidiario

Al amparo de la causal segunda de casación, ataca el demandante el fallo impugnado por “FALTA DE CORRELACION ENTRE LA ACUSACION Y LA SENTENCIA”, por cuanto si bien

el proceso penal se divide en dos etapas, siendo la instrucción la que comprende los actos por medio de los cuales el Estado cumple con la carga de la prueba para que se predique responsabilidad penal del ciudadano inculcado, ésta debe ser sostenida en el juicio, como que es allí donde se exponen los argumentos que van a ser refutados o aceptados en la sentencia, pues “lo que se tiene es, por una parte, un acto de habla que asocia asimismo una serie de pretensiones de validez de las cuales se defiende el procesado esgrimiendo a su vez actos de habla con sus propias pretensiones de validez, las que -como las del Estado- deben estar argumentadas y fundamentadas con base en razones”.

De ahí que -continúa-, si la sentencia se considera “un acto de habla - o una suma de actos de habla- en la que a un sujeto se le predica la no aplicación del principio de presunción de inocencia”, deba estar debidamente sustentada y emitida por quien tiene legitimación para ello, para que por ende, sea susceptible de ser fundamentado de una crítica racional en donde “el hablante sea capaz de dar razones de validez que asocia a su acto: la sentencia en nuestro caso”, la cuales, enfatiza, con apoyo en citas textuales de la Teoría de la Acción Comunicativa de Jürgen Habermas, deben ser más fuertes que las expuestas por el inculcado, dado que los actos suyos están amparados por una presunción de veracidad y por ello le corresponde al Estado demostrar de manera clara que no es así.

Bajo este supuesto, explica: siendo, entonces, que todo acto de habla debe ser emitido por quien tiene la función para ello, tratándose del proceso penal es la Fiscalía la autoridad que puede pronunciarse sobre la acusación, ya que en el juicio lo que se presenta es un enfrentamiento suyo con el ciudadano, por lo que, si en esa segunda etapa aparece una prueba nueva, “es obligación del Fiscal adicionar la acusación, pues solo él tiene la función constitucional de hacerlo”, ya que de permitirle al Juez modificar ese acto procesal se desvertebraría el proceso, porque a la postre estaría asumiendo funciones que constitucionalmente no le competen, lo cual, dice se desprende

de la Teoría de la Argumentación Práctica y jurídica, según la formula que transcribe de la Teoría de la Argumentación Jurídica, de Robert Alexy.

Estas premisas, así, le sirven para concluir que el Juez está atado por la acusación, pues no la puede modificar sin violar el principio de correlación entre la acusación y la sentencia, máxime si ya no parece haber discusión jurisprudencial en cuanto a que las circunstancias genéricas subjetivas deben estar incluidas en el pliego de cargos, a efectos de que el procesado tenga la oportunidad de defenderse frente a ellas, lo que dentro de su fundamento teórico equivale a que “el acto de habla en que consiste la predicación de una conducta agravada debe estar expresado y fundamentado con el fin que se haga susceptible de crítica”, siendo predicable lo mismo respecto a las circunstancias genéricas objetivas de agravación, dado que ese solo hecho “no implica que estén ontológicamente constituidas con independencia de cualquier interpretación”, como que de aceptarlo así equivaldría a recuperar la ya superada teoría de la imputación fáctica, por lo que, a su juicio, no es válida la distinción entre causales genéricas de agravación objetivas y subjetivas, “pues ella no deja de ser artificial y por completo alejada de la naturaleza de la materia que se trata, esto es el derecho” y por ende, tanto las unas como las otras debe estar expresamente consignadas en el pliego de cargos, para que el procesado se defienda de todas ellas, habida cuenta que “las dos configuran actos de habla que debe estar debidamente fundamentados, pues su consecuencia no es nimia, pues implican la agravación de la pena, esto es, aparejan un tipo penal cuya pena se ve agravada”, como, dice, lo sostuvo la Corte aunque con premisas diferentes pero apuntando a la misma conclusión, en sentencia del 15 de abril de 1.991.

Y, si bien así se ha venido comprendiendo este fenómeno ante la necesidad de que al procesado no se le sorprenda con imputaciones no formuladas, es también lo cierto que “ha sido reacia la jurisprudencia a incluir dentro de su esquema de respeto al derecho de defensa y a la estricta correlación entre acusación y sentencia a las circunstancias

genéricas objetivas, como si de ellas no precisare de defensa el reo, o como si tuviese que preverlas todas anticipándose al pensamiento del juzgador”, con mayor razón si se trata de sentencia anticipada en donde el acusado renuncia al juicio y acepta sin más “las pretensiones de validez del acusador” y lo hace también “por completo a defenderse de ellas”, ya que en estos casos se origina una grave violación al principio de lealtad procesal y al derecho de defensa al ser sorprendido el procesado con cargos no aceptados.

En el presente asunto, afirma, el Fiscal Regional de Cali le imputó a LOPEZ VILLALBA el cargo por infracción al inciso primero del artículo 33 de la Ley 30 de 1.986, sin agravantes, y siendo que de conformidad con lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 37B del Código de procedimiento Penal, el acta de proposición de cargos bien se trate del artículo 37 o 37 A ibídem, equivale a la resolución acusatoria, es claro que el Juez Regional y el Tribunal Nacional le imputaron a su defendido agravantes no propuestas en la formulación de cargos hecha por la Fiscalía, como son las previstas en los numerales 4º y 7º del artículo 66 del Código Penal, es decir, se violó la consonancia que se impone entre aquella y la sentencia.

Por tanto, solicita de la Corte, se case el fallo impugnado, par a que en su lugar se dicte fallo de reemplazo absolviendo a su defendido y en consecuencia se ordene su libertad inmediata.

CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO EN LO PENAL:

Cargo Principal

Luego de reproducir el texto del numeral 5º del artículo 37 B del Código de Procedimiento Penal sobre el interés para recurrir la sentencia anticipada, afirma el Delegado que como en esta censura el demandante pretende la absolución del procesado acusando el fallo impugnado de incurrir en un error de hecho por falso juicio de existencia respecto del

testimonio del agente encubierto de la Policía a quien llamaron Jorge, la defensa no podía cuestionar tal aspecto en casación, pues se estaría retractando de lo ya aceptado, como en varias oportunidades lo ha sostenido esta Corporación.

Cargo subsidiario

Para el Ministerio Público, esta censura tampoco está llamada a prosperar, por cuanto “la causal segunda de casación se refiere a un tema distinto al planteado por el demandante”, como que las circunstancias genéricas de “la preparación ponderada del hecho punible” y “el obrar con la complicidad de otro”, “no trascienden en modo alguno la calificación genérica del delito, ya que solamente inciden en la dosificación de la pena en el momento de proferirse la sentencia y por ende, “la censura no encuadra dentro de la causal segunda de impugnación extraordinaria, pues el ataque debió ser presentado a través de la causal tercera por presunta transgresión del derecho de defensa que es lo que en el fondo argumenta el actor” cuando afirma, que al haberse deducido en la sentencia circunstancias de agravación que no fueron objeto del pliego de cargos aceptado por el procesado en la diligencia que con tal fin se llevó a cabo con la Fiscalía, se atentó gravemente contra el principio de lealtad procesal y el derecho de defensa.

Este también, afirma el Delegado, ha sido criterio de la Corte sobre la técnica casacional utilizable para plantear este tipo de situaciones en punto de las referidas circunstancias objetivas y subjetivas genéricas de agravación punitiva, como se observa en el fallo del 9 de noviembre de 1.994, que ahora se impone reiterar.

Solicita, entonces, no casar el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES:

1. Conforme quedó reseñado, dos son los cargos que el demandante formula contra el fallo proferido por el hoy desaparecido Tribunal Nacional, uno como principal y otro con

el carácter de subsidiario, siendo dable analizar únicamente el segundo, habida cuenta que, como lo afirma el Delegado, por tratarse de un proceso sometido al trámite de sentencia anticipada y apuntar las pretensiones del censor a la absolución del procesado con base en la proposición de un presunto error de hecho por falso juicio de existencia por suposición de la prueba, es evidente que respecto del primero carece el casacionista de interés para recurrir, y se debe desestimar, pues como reiteradamente lo viene afirmando la Sala, siendo esta clase de fallos el producto de la aceptación libre y voluntaria del procesado de los cargos formulados por el Fiscal, las posibilidades de discrepancia frente a ella, tanto en la apelación como en la casación, se circunscriben a los aspectos expresa y taxativamente enunciados en el numeral cuarto del artículo 37 B, es decir, en lo relacionado con la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional y la extinción del dominio sobre los bienes, más no el de pretender demostrar la irresponsabilidad delictual, ya que un tal proceder implica, nada más ni nada menos, que la retractación de los cargos que previamente aceptó el procesado y precisamente, ese fue el fundamento y razón de ser del proferimiento de la sentencia.

2. Ahora, en cuanto se refiere al segundo cargo, que como subsidiario propone el casacionista al amparo de la causal segunda de casación, referido a la incongruencia entre la acusación y la sentencia, pues el juez habría deducido circunstancias genéricas que no fueron objeto de la formulación de cargos, siendo claro que respecto a esta censura sí le asiste al demandante interés para recurrir, pues se trata de aspectos incidentes de la pena que escapan a la aceptación de la responsabilidad por el delito que le fuera imputado a su defendido, debe también precisar la Sala, ab initio, y dado que para el Ministerio Público este ataque adolece de fallas técnicas en su formulación, como que la causal invocada corresponde a un tema distinto al planteado, pues ha debido acudir a la causal tercera, esto es, por motivo de nulidad, que el criterio sostenido en la sentencia de 9 de noviembre de 1.994 sobre la técnica con la que en este

recurso procede la alegación de tales vicios, y que cita como apoyo, fue recogida en sentencia de 25 de septiembre de 1.997 con Ponencia del Magistrado, Doctor Jorge Enrique Córdoba Poveda, porque si bien una tal situación implica de suyo la vulneración del derecho de defensa, imputar en la sentencia circunstancias subjetivas de agravación, que por su naturaleza requieren de valoraciones previas para su legítima deducción, equivale a desconocer el marco de la acusación, generándose un vicio de inconsonancia, por manera que no es desacertado acudir a cualquiera de estas dos causales para invocar esta clase de yerros, puesto que en ambos casos solo se afecta la sentencia y la Corte puede dictar la de reemplazo, imponiéndose así su estudio.

3. Es, entonces, a partir de una argumentación apoyada en las teorías de las denominadas éticas dialógicas o del discurso, que para el demandante el fallo carece de concordancia entre la formulación de cargos -que equivale a la resolución acusatoria- y la sentencia, pues LOPEZ VILLALBA aceptó el único cargo que la Fiscalía le imputó, esto es, el de infracción al inciso primero del artículo 33 de la Ley 30 de 1.986 y no obstante ello, en la sentencia se le imputaron los agravantes genéricos de la preparación ponderada del hecho punible y actuar con la complicidad de otro, imponiéndose, por ende, que la Corte case el fallo impugnado y que el de reemplazo sea de carácter absolutorio.

4. En estas condiciones y si bien el yerro en que incurre el censor respecto de la petición final del cargo de suyo no impondría su rechazo, necesario es también observar el desacierto conceptual en que incurre en cuanto a la naturaleza del motivo de casación escogido y las consecuencias que de él se derivan, ya que siendo que la causal segunda de casación comporta un vicio in procedendo, en la medida en que la acusación y la sentencia deben conformar una unidad jurídica congruente, pues el delito imputado en el pliego de cargos es el que debe comprender el objeto del fallo en donde al Juez le corresponde determinar las precisas consecuencias punitivas que de él se desprendan en el evento en que exista certeza para condenar, ya que de lo contrario lo que procede es la absolución del procesado, opciones éstas que resultan válidas cuando se agotan por los

ritos normales las instancias, tratándose de la sentencia anticipada debe tenerse en cuenta un matiz diverso, ya que, en esencia la decisión del inculcado de acogerse voluntariamente a este mecanismo para que sin necesidad de que se cumpla con las demás etapas subsiguientes al estado en que solicite la aplicación de este medio de culminación anormal del proceso, dependiendo desde luego del momento en que se haga -después de ejecutoriada la resolución que define la situación jurídica y antes de que se cierre la investigación o con posterioridad a la ejecutoria de la resolución acusatoria-, la decisión que necesariamente debe tomarse y así conscientemente lo espera quien se acoge a ello, es el proferimiento de una sentencia condenatoria, salvo que medie afectación de las garantías fundamentales.

De ahí que, en estos casos, una vez descartada la única posibilidad de improbación del acuerdo, el debate jurídico en casación respecto de la citada segunda causal del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, habrá de limitarse a que el delito por el que se profirió condena no fue el aceptado por el acusado, salvo que se trate de uno que dentro del mismo título y capítulo le represente consecuencias punitivas más benignas o un grado de culpabilidad que implique menor sanción punitiva, o que las circunstancias que lo agravan no fueron imputadas en la correspondiente diligencia, y en ese orden, la consecuencia de las pretensiones casacionales frente al fallo de reemplazo no podrán variar en cuanto a la naturaleza condenatoria sino en relación con el delito que es objeto de una tal decisión y la pena aplicable, pero no, porque no es lógico ni posible, como lo hace en este asunto el casacionista, una sentencia absolutoria, ya que de lo que se trata es de corregir el yerro en que incurrió el Juzgador al determinar la sanción correspondiente frente a los extremos de la imputación delictiva, pues como se precisó al analizar el cargo principal, la sentencia anticipada no es retractable en cuanto a los cargos y circunstancias aceptadas libremente, por lo que su ataque tanto en las instancias como en esta sede está limitado a aspectos como la dosificación punitiva, la condena de ejecución condicional y la extinción del dominio sobre los bienes.

5. Así, y por descontadas estas precisiones, es entonces el cargo referido a la falta de congruencia entre la sentencia y la acusación el que impone a la Corte su estudio, en orden a establecer si como lo pretende el censor, se ha desconocido por el Tribunal al imputarle a su defendido para efectos de la condena que se le impuso, además de la infracción por el inciso primero del artículo 32 de la Ley 30 de 1.986, los agravantes genéricos de la complicidad, esto es, haber actuado con otro, y el de la preparación ponderada del delito, previstos en los numerales 4º. y 7º. del artículo 66 del Código Penal, a pesar de no haberle sido atribuidas en el pliego de cargos.

Efectivamente, como éste lo afirma, viene siendo criterio reiterado de la Corte, el distinguir respecto de esta clase de agravantes, entre las denominadas objetivas y las subjetivas, siguiendo para ello la tradicional división y cualificación doctrinaria, admitida, tanto en el derecho interno como en el comparado, reconociéndose abiertamente en el ámbito jurisprudencial hacia 1.994, cuando en fallo casacional del 9 de noviembre, con ponencia del entonces Magistrado de esta Corporación, doctor Dídimo Páez Velandia, luego de enfatizar sobre su carácter externo en relación con el tipo, por cuanto “no afectan en manera alguna la descripción legal de la conducta por la cual el procesado es llamado a responder en juicio criminal”, pues “tan sólo entran en acción al momento de dosificar la punibilidad ya que son criterios generales, señalados por el legislador, para que sirvan de guía al juez en la individualización judicial de la punibilidad”, remitió las “objetivas” a aquellas que son “evidentes con la sola narración del aspecto fáctico del proceso”, razón por la cual, “no requieren su mención expresa como agravante en la respectiva resolución acusatoria”, siendo suficiente su deducción debidamente fundamentada en la respectiva sentencia, quedando así respetado el derecho a la defensa, toda vez que, “nadie puede sentirse afectado en sus derechos si en la sentencia se le agrava la pena por haber actuado, por ejemplo, con la complicidad de otro, o de noche, etc., si en la resolución acusatoria al narrar los hechos se mencionaron dichas circunstancias, así no se hubiesen considerado

expresamente como agravación genérica de la conducta ni mencionado las normas que las contienen”, no pudiendo, por tanto, “ser de recibo ciertamente sostener, en tal evento, que el pliego de cargos no las contiene”.

“Sin embargo, -se precisó en el mismo fallo- no escapa a la Corte que en la norma referida existen otras circunstancias que requieren de una valoración o análisis previos a su deducción, como sería el caso del “motivo innoble o fútil” o “la preparación ponderada del hecho punible” o “el infortunio o peligro común”, aspectos que pueden tener diferentes interpretaciones según la óptica con que se examinen y las circunstancias mismas que rodean el hecho pudiendo ser objeto entonces de cuestionamiento en un momento determinado; de donde surge la necesidad de señalar claramente los presupuestos fácticos que las contienen o mencionarlas en la forma como lo hace la ley, así no se indique ésta en concreto, en el pliego de cargos o resolución de acusación en garantía del derecho de defensa para que pueda el procesado probatoriamente defenderse de esa imputación ya que de por sí su deducción le implica un incremento punitivo, así sea mínimo”.

Igualmente, en fallo de casación de 30 de noviembre de 1.999, con ponencia de quien ahora funge en la misma calidad, en punto de las denominadas circunstancias específicas del delito se explicitó cómo al integrar el tipo en cuanto lo implementan enriqueciéndolo en su contenido, bien agravando o atenuando la pena, pero de todas maneras formando parte de la prohibición; lo que no sucede con la nomenclatura con que el legislador los distingue, que como en esa oportunidad se profundizó, no integra la norma positiva, resultando, por tanto, intrascendente que en el pliego de cargos no se haya especificado el número del artículo contentivo de la circunstancia, ya que lo realmente importante es que en su concreción se impute además de la prohibición básica las circunstancias constitutivas legalmente del agravante, para así garantizarle al procesado el derecho de defensa al haber tenido conocimiento de ellas, y en estas condiciones pueda efectivamente ejercerlo.

Así mismo y respecto de las genéricas y concretamente, de las denominadas subjetivas, que son las que aquí se cuestionan, realmente, y como lo afirma el censor, los calificativos deslindantes que ha sostenido la doctrina y admitidos por la jurisprudencia, en el sentido de distinguir respecto de las circunstancias genéricas de agravación punitiva entre las subjetivas y las objetivas, a la postre carece de la trascendente importancia que se le ha querido imprimir por el demandante, pues, en últimas, unas y otras están sometidas a valoración, sin que interese el calificativo que doctrinalmente se les dé. Lo fundamental en punto del respeto a los derechos y garantías constitucionales frente al procesado, es que, igualmente, se le hayan atribuido, ya que estando las dos sometidas a juicios de valor, el hecho de que respecto de las subjetivas su exigencia implique un plus mayor frente a las objetivas, en cuanto a la consideración de todos aquellos elementos de juicio que aún también manifestándose objetivamente al momento de exteriorizarse imponen su demostración, no significa que las dos no deban exigir esa clase de raciocinio.

No se trata, entonces, de establecer juicios apriorísticos para que so pretexto de cuestionar la nominación de esta clase de circunstancias, es decir las genéricas, se infiera su no imputación en el pliego de cargos, cuando en su propio contenido legal se ha imputado, así no se haya utilizado esta expresión de atribubilidad de la conducta, sino que, al igual que lo que sucede con las específicas, si bien estas no integran el tipo, lo exigible es que en la acusación no quede duda sobre la imputación del supuesto fáctico que con relevancia jurídica establece el legislador en su descripción, lo cual en ninguna forma excluye la valoración que se impone en el juzgador para su deducción, quedando todo remitido a un problema de denominación, por una parte, y de otra a la exigencia de un extremo formalismo que desconociendo los contenidos reales de las disposiciones positivas llega a convertir en rigorismo, quizá en interesados análisis sicológicos y filosóficos, desde luego, entendibles en pro del ejercicio del derecho de defensa, pero en el fondo desconocedores del contenido de las normas que las regulan, que deben ser el real objeto

de la imputación, exigencia ésta, que incuestionablemente, debe resultar comprensible en la acusación.

No se trata, así, de entronizar el sorprendimiento de esta clase de circunstancias, como de ninguna en la acusación; y si esta no es la comprensión que emana del citado fallo del 9 de noviembre de 1.994, debe entenderse aquí precisado, su alcance pues, por el contrario, su imputación es imprescindible. Distinto es que a una tal exigencia pretenda llevarse a extremos sacramentalismos, que a la postre conduzcan a convertir el proceso penal en mera forma, desconociendo el real sustento de la imputación y de la regulación positiva que contenga las circunstancias objeto de atribución.

Es por ello que las recursivas disquisiciones del censor, apoyadas en importantes tesis filosóficas, básicamente de la teoría argumentativa, si se ubican en la realidad argumental que procede dentro de la dinámica procesal en nada resultan desconocidas con la distinción nominal de las circunstancias genéricas de agravación punitiva, entre subjetivas y objetivas, que ha venido utilizando la Corte, pues, como ya se dijo, unas y otras no pueden escapar de un previo juicio valorativo para poder ser deducidas. Cosa distinta es que dándole prelación al extremo formalismo, se pretenda ignorar la realidad de la dinámica procesal y la verdadera dimensión del derecho de defensa, ya que lo que importa para un juzgamiento debido es que, lejos del discurso especulativo, se le haya concretado al procesado el objeto de la acusación y que respecto de las circunstancias delictivas, éstas resulten atribuidas en sus contenidos fáctico-legales.

6. Ahora bien en el presente asunto, en la audiencia de formulación de cargos llevada a cabo el 29 de junio de 1.994, el Fiscal Regional de Cali, concretó la acusación que aceptó LOPEZ VILLALBA, así:

“El 22 de enero de este año, cuando unidades de la SIJIN QUINDIO, retuvieron a cuatro individuos en la carrera 20 entre calles 18 y 19 de Armenia (Q), cuando se movilizaban en un vehículo y una motocicleta con el objeto de realizar una transacción relacionada con estupefacientes, en los mismos hechos fueron incautados dos bipeer (sic) y tres revólveres. Este positivo judicial se efectuó gracias a la colaboración de un agente encubierto. Hecho el análisis probatorio de quienes han declarado en estas diligencias comprometen seriamente a LOPEZ VILLALBA como uno de los cuatro sujetos implicados en la negociación de estupefacientes. A folio 11 del cuaderno original obra la diligencia de pesaje y (sic) identificación preliminar de la sustancia incautada que ha determinado un peso de 2.160 gramos de cocaína. A folio 372 del mismo cuaderno obra la certificación del Instituto de Medicina Legal cuyo resultado a las muestras resultó positivo para cocaína, igualmente a folio 373, 374, 375, aparece el estudio balístico efectuado a las armas y municiones incautadas. La existencia de los hechos punibles en la investigación no solamente se imputan su responsabilidad a EZEQUIEL ANTONIO, sino a los demás sindicados comprometidos en los mismos hechos y de su materialidad, no cabe ninguna duda toda vez que la sustancia cocaína y los elementos incautados han sido relacionados en la diligencia correspondiente al operativo y obrante en el informe policial del primer folio, de otra parte se ha establecido en el decurrir (sic) probatorio hasta ahora recepcionado que los procesados encubridos (sic) LOPEZ VILLALBA, son responsables por la comisión de conductas al margen de la ley protegidas por el artículo 30 corrijo por el articulado de la Ley 30 de 1.986, amén de la flagrancia en que fueran capturados, en momentos en que pretendían hacer una transacción con la sustancia estupefaciente cocaína. EZEQUIEL ANTONIO LOPEZ VILLALBA, en su versión injurada inicial en que ha negado conocer a los demás sujetos comprometidos en la empresa criminal de tráfico de estupefacientes por las declaraciones de los policiales amparados en informe y labores de inteligencia han determinado la correlativa vinculación de todos los procesados con los mismos hechos por lo que es importante resaltar el reconocimiento de su participación en el negocio de la cocaína por parte de EZEQUIEL,

en su ampliación de indagatoria a donde explícitamente ha manifestado la entrega de la bolsa que contenía el estupefaciente y haber recibido a cambio la suma de un millón cuatrocientos mil pesos, por consiguiente la FISCALIA le formula los cargos a EZEQUIEL ANTONIO LOPEZ VILLALBA por VIOLACION de las conductas protegidas por el ART. 33 de la LEY 30/86, concretamente por llevar consigo droga que produce dependencia, cuya pena establecida en la citada norma es de 4 a 12 años de prisión y multa de cuantía de 10 a 100 salarios mínimos. No se hacen cargos por el porte de Armas por cuanto estos fueron decomisados a los otros tres sindicados.

PREGUNTADO: EZEQUIEL ANTONIO LOPEZ VILLALBA, Acepta Usted los cargos que le ha formulado la FISCALIA: CONTESTO: Sí su señoría, si acepto los cargos que me formula la Fiscalía”.

7. Así, como sin esfuerzo se observa, respecto de la circunstancia agravatoria de haber actuado en complicidad de otro, ésta fue integrada en el cargo como objeto de imputación penal que voluntariamente fue aceptado por aquél sin condicionamiento alguno, como que admitió haber infringido el artículo 33 de la Ley 30 de 1.986 con el concurso de otras tres personas, entre las que él ejerció la función de contacto para su venta, con lo cual mal podría afirmarse ahora que fue sorprendido en la sentencia, como con otra dialéctica lo sostiene el censor. Y, en relación con la preparación ponderada del delito, si bien no aparece citada en la acusación la nomenclatura con que la ley la distingue en el cuerpo legal, realmente no se ve cómo no pueda entenderse que toda la actividad delictiva desarrollada por LÓPEZ VILLALBA, en ningún momento fue casual, sino debida y previamente planificada, habiéndose previsto de manera detallada y atenta las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se iba a desarrollar el comercio de la droga, hasta el punto de guardar las precauciones debidas con el fin de lograr los propósitos lucrativos y la impunidad del delito, y éste y no otro es el contenido y alcance de la “ponderación” delictual que acuña la ley como circunstancia genérica de agravación punitiva y que corresponde a la imputada por los juzgadores cuando tasaron la

pena que le fue impuesta.

El cargo, no prospera.

8. Por último, y teniendo en cuenta que se trata de un asunto fallado en segunda instancia por el ya desaparecido Tribunal Nacional, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 504 de 1.999 y las sentencias C-392 y C-393 del año en curso, proferidas por la Corte Constitucional, mediante las cuales se declaró la inexecuibilidad de las disposiciones sobre la existencia de dicha Corporación, que con la referida Ley pasó a denominarse Sala de Descongestión adscrita al Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, D.C., habrá de remitirse la actuación a los Juzgados Especializados -reparto- de Armenia, no solo porque cuando entró vigencia la referida normatividad el fallo aquí recurrido aún no se hallaba ejecutoriado, sino porque como en la actualidad no hay personas privadas de la libertad por cuenta de este asunto, dado que a los mismos se les concedió libertad provisional durante el trámite de este recurso, y por ende al cobrar ejecutoria la sentencia de casación una vez se surtan las notificaciones de Ley, no sería posible devolver el asunto a una autoridad que ya desapareció, como tampoco podría hacerse a los juzgados de Cali porque ante la actual realidad legislativa no serían competentes, ni a un Juez de Ejecución de Penas por no haber personas privadas de la libertad.

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:

1. No casar el fallo impugnado.

1. Por competencia, disponer la remisión de estas diligencias a los Juzgados Especializados -reparto- de Armenia.

Cópiese y cúmplase.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL JORGE ENRIQUE CORDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEG0

MARIO MANTILLA NOUGUES CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON NILSON PINILLA PINILLA

Salvamento de voto

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO

(Casación 11.258)

Señores Magistrados:

Respetuosamente me permito plasmar las razones por las cuales he salvado el voto. Lo hago de la siguiente manera:

1. En el asunto estudiado se incrementa la pena con base en dos causales genéricas de

agravación punitiva: una, haber actuado con la complicidad de otro; y dos, la preparación ponderada del hecho punible, circunstancias que no fueron imputadas en el acta de formulación de cargos.

2. Para que haya correspondencia entre la acusación y el fallo respecto de las circunstancias es imprescindible que éstas hayan sido previstas expresamente en el pliego de cargos, ya fácticamente, ya jurídicamente.

3. Lo anterior no significa que necesariamente se tenga que aludir a determinado artículo, numeral u ordinal, que sería lo ideal y propiamente jurídico. Pero sí que se transmita, que se comunique a las “partes” todo el pensamiento judicial, más exactamente, que claramente se les diga qué se imputa al procesado.

Desde luego, es suficiente que del pliego se desprenda la imputación entera, es decir, con todas las circunstancias que han rodeado al hecho. Pero que se desprenda sin esfuerzo, sin acudir a interpretaciones, menos si estas se hacen a posteriori y por personas muy versadas en la materia. No puede perderse de vista que la imputación se hace al procesado y que a éste no se puede exigir plena capacidad de asimilación fácil. Tampoco puede olvidarse que la decisión judicial es un diálogo establecido entre las “partes” y el funcionario y que por tanto éste debe ser nítido sobre aquello que “coloca en cabeza” de una de aquellas, y que el imputado debe comprender sin incertidumbres, sin perplejidades ni confusiones el alcance de lo transmitido por el “juez”.

4. Por fortuna la sentencia extendida por la Corte en este proceso ya supera la distinción que durante mucho tiempo se venía haciendo entre circunstancias objetivas y subjetivas y que se hacía para afirmar que sólo las últimas requerían de “valoración”, más no las primeras. Afirma el fallo de la Corte que lo importante no es la distinción entre unas y otras sino el reconocimiento de que las dos implican el “juicio valorativo”. No obstante, el suscrito insiste en lo siguiente en pro de su manera

de pensar:

a) La convicción que me acompaña desde hace muchos años, desde cuando se hablaba de “auto de proceder”, en cuanto las circunstancias genéricas de agravación de la pena deben ser incluidas en la resolución de acusación, se mantiene aun, en momentos en que la terminología ha variado para hablar de “resolución acusatoria” y hasta de su equivalente, el “acta de formulación y aceptación de cargos” y la subsiguiente “sentencia anticipada”. No obstante, volví sobre el tema y como conclusión hallé que la postura no podía cambiar por cuanto nada me indicaba – ni me indica – que debía declinar el pensamiento: ni la doctrina, ni la tradición, ni la ley, ni la jurisprudencia.

b) De acuerdo con el artículo 441 del C. de P.P., un requisito sustancial de la resolución acusatoria es que esté demostrada la ocurrencia del hecho, y en virtud del artículo 442-1 es exigencia formal de la misma decisión hacer la “...narración sucinta de los hechos investigados, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que los especifiquen”. La resolución de acusación comporta, entonces, entre otras cosas, la prueba del hecho con todas sus circunstancias. Desde el punto de vista legal impónese, así, la necesidad de afirmar en la acusación cuál es el hecho imputado, con carácter de certeza, y cuáles son todas sus particularidades.

c) Si sustancia es esencia, sustrato, base primera, invariable, si es aquello que está abajo, que sustenta¹; y forma es el aspecto dinámico, organizativo del contenido de la sustancia, si es el conjunto de los rasgos exteriores que caracterizan un objeto²

, no hay duda que son inescindibles y, por consiguiente, el requisito sustancial del artículo 441 del C. de P.P. y la exigencia formal del artículo 442-1 del mismo estatuto constituyen una unidad, un ser. Por tanto, la resolución de acusación debe contener

la demostración del hecho con todas las circunstancias que lo singularizan, que lo identifican, es decir, que permiten diferenciarlo de otro u otros.

d) Según el artículo 180 del mismo código, la sentencia debe contener, entre varios aspectos, un resumen de la acusación (No.3). Dicho de otra manera, la resolución y la sentencia se deben corresponder con respecto a la demostración del hecho y todas sus circunstancias. Y las otras consecuencias son lógicas: si acusación y fallo coinciden a plenitud en cuanto a las imputaciones, éste es jurídico. Y, al contrario, si no coinciden, éste no es jurídico.

e) Cuando el artículo 442-1 del C. de. P.P. pide que en el pliego de cargos se haga un relato de los hechos con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que los especifiquen, no hace distinciones, no se refiere a una o a unas u otra u otras categorías de ellas y, por ende, las incluye a todas, justamente como lo dice la norma a la simple luz de la gramática.

f) Del estudio contextual del C.P. en materia de penas y, concretamente, de su artículo 61, emanan tres clases de circunstancias:

En primer lugar, las denominadas modificantes, que aumentan o disminuyen la sanción. Dentro de las primeras, cuéntanse los concursos (artículo 26), el delito contra empleado oficial (artículo 62) y el incremento por el lugar de comisión del delito (artículo 63^a). Dentro de las segundas, el delito emocional (artículo 60), el exceso en las causales de justificación (artículo 30), la tentativa (artículo 22) y la complicidad (artículo 24).

En segundo lugar, las circunstancias específicas de agravación y atenuación, ubicadas en el libro II del C.P. y en los estatutos especiales, predicables de determinados hechos punibles, incluidas las llamadas causales generales referibles a un delimitado grupo de delitos, como ocurre, por ejemplo, con las

agravantes comunes a varias infracciones sexuales (artículo 306), los aumentos en los hechos punibles contra el patrimonio económico privado (artículo 372) y la intensificación del mínimo sancionatorio en materia de algunos delitos relacionados con estupefacientes (artículo 38 de la ley 30 de 1986).

Y en tercer lugar, las denominadas causales genéricas de atenuación y agravación punitivas, previstas respectivamente en los artículos 64 y 66 del C.P.³

La clasificación no es caprichosa pues que emana del propio artículo 61 que, entre otros motivos, ordena, para dosificar la pena, tener en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación en su inciso 1º., y observar también la tentativa, la complicidad y el fenómeno de los concursos, en su inciso 2º. Y nótese cómo el inciso 1º., en lo que referimos, no diferencia entre causales “genéricas” y causales “específicas” de atenuación y de agravación, con lo que incluye las dos formas.

Entonces, cuando el artículo 442-1 del estatuto procesal dispone incluir en la acusación todas las circunstancias que especifiquen los hechos, ordena incrustar en el seno del pliego de cargos las modificantes, las específicas y las genéricas, es decir, las contempla en su totalidad y, por supuesto, no excluye ninguna.

g) Frente a las habitualmente denominadas circunstancias genéricas de atenuación y de agravación, algunas legislaciones establecen criterios diferenciadores. Así, por ejemplo, el C.P. del Uruguay de 1934, exige tener en cuenta la calidad de las circunstancias y la mayor o menor peligrosidad del agente (artículo 50); el de 1924 del Perú, distingue circunstancias objetivas y subjetivas, según la doctrina⁴; el C.P. federal mexicano de 1931 pide atender preferencialmente las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente (artículo 51); el C.P. de Costa Rica de 1970 orienta hacia la gravedad del hecho y la personalidad del partícipe (artículo 71); y el C.P. italiano (1930) distingue entre circunstancias objetivas y subjetivas (artículo 70). El

C.P. colombiano en parte alguna fija distinciones ni categoriza las causales genéricas para decir, vrg., que unas son objetivas y otras subjetivas, o que unas requieran de valoración especial y otras no. Por ello no es válido, como sí lo es en otros países, extraer diferencias que la ley no ha establecido para hacerlas producir efectos dispares en el terreno procesal.

La revisión del C.P. colombiano permite observar que en su artículo 25 alude a “circunstancias personales” y a “circunstancias materiales” que agravan la punibilidad (inciso 1º.) y que la disminuyen o excluyen (inciso 2º.). Ante ello, téngase en cuenta, de una parte, que lo hace exclusivamente para separar las predicables del hombre de aquellas que no le pertenecen; y, de otra, que las divide sólo para efectos de su comunicabilidad entre los varios partícipes.

h) De la ley procesal penal surge una afirmación palpable: durante todo el proceso, especialmente durante la etapa de instrucción, es necesario mirar en detalle el tema de las circunstancias y de esa visión detenida se concluye que en parte alguna hace distinciones entre ellas. Así por ejemplo, en materia de audiencia especial, el rito debe versar, entre otros aspectos, sobre las circunstancias del delito (artículo 37ª); el principio de investigación integral ordena al instructor averiguar varios temas, entre ellos las circunstancias que agraven o atenúen la responsabilidad del imputado (artículos 249-1 y 333); y uno de los objetivos de la investigación está constituido por la práctica de pruebas conducentes a la detección de “Los motivos determinantes y demás factores que influyeron en la violación de la ley penal”, la búsqueda de “Las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó el hecho” y “Las condiciones sociales, familiares o individuales que caracterizan la personalidad del imputado, su conducta anterior, sus antecedentes judiciales, de policía sus condiciones de vida” (artículo 334, Nos.3, 4 y 5), propósitos que, en buena medida, coinciden con las circunstancias señaladas en los artículos 64 y 66 del C.P.

Los ejemplos indicados enseñan que la etapa instructiva también se debe dirigir a la preparación del calificadorio. Y no hay duda que con la pretensión de éste, se impone indagar por las “circunstancias”, por todas, vale decir, entre otras, por las genéricas y las específicas.

i) Es normal encontrar que los tipos penales se clasifican, desde un ángulo, en básicos, especiales y subordinados y que todos ellos, en la hipótesis delictiva concreta, pueden estar acompañados de una o varias de las denominadas circunstancias genéricas atenuantes o agravantes. Por lo tanto, si la ley procesal incluye en su decurso normativo la atención que se debe prestar también a estas últimas, es obvio que la imputación que se hace al acusar a una persona debe incluirlas. No tendría sentido que el legislador ordenara buscar circunstancias de toda índole y que “perfeccionada” la investigación que conduce al cierre de la misma, hiciera caso omiso de una o de varias clases de ellas. Resulta imperativo, entonces, que tras la búsqueda de hechos y circunstancias, se deduzcan y se fijen en el pliego de cargos todas las halladas durante las averiguaciones.

j) La historia legislativa procesal penal de Colombia confirma que en la acusación se deben precisar todas las circunstancias, sin distinción alguna. Así, el C. de P. P. de 1938 preveía en su artículo 431-3 que la parte motiva del auto de proceder debía contener “la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen”, fórmula seguida por el artículo 471-1 del decreto 0050 de 1987, que exigía que la resolución acusatoria narrara los hechos investigados, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que los especificaran, en terminología similar a la hoy utilizada.

No hay duda, entonces, en que desde el punto de vista legal – procesal la totalidad de las circunstancias deben ser incrustadas en la resolución acusatoria, sin diversificaciones. Sin embargo, si hubiera alguna, recobraría su fortaleza el viejo principio hermenéutico *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, o lo que es lo mismo:

donde la ley no distingue, nosotros tampoco debemos hacer distinciones.

k) Desde la óptica normativa, es decir, mirando los comportamientos a partir de las definiciones de la ley, suele decirse que una conducta es típica cuando se adecua a un tipo penal básico o especial, y que la tipicidad de la acción u omisión no se predica de los tipos subordinados porque estos tan solo se limitan a aumentar o disminuir las penas, dependiendo siempre de un tipo penal básico o especial. Por esta vía, entonces, menos importancia tendría una conducta acompañada de causales genéricas de agravación o de atenuación, como que no van de la mano de ningún tipo, salvo en aquellos casos en que unas causales genéricas coinciden con unas específicas.

Desde el punto de vista del comportamiento humano la situación varía porque lo típico es la conducta global del hombre en el asunto concreto y si éste realiza determinada acción central pero acompañada de circunstancias, la adecuación se debe hacer a un tipo, básico o especial, seguida de todas sus particularidades, sean específicas y/o genéricas. Dicho con otras palabras, la tipicidad predicable del hombre se refiere a aquello que ha hecho en su integridad, sin que sea posible, porque es su conducta, escindirla.

Por eso, con base en una concepción imperativa -psicológica, un sector de la doctrina estima que “Nada, entonces, se opone... a la inclusión de las circunstancias en el ámbito del precepto primario y, consiguientemente, en aquel tipo delineado por éste”, para distinguir entre tipos simples y tipos circunstanciados⁵.

En síntesis, por lo anterior, en la resolución acusatoria, deben ser incluidas todas las circunstancias determinadas durante la instrucción, llámense “modificantes”, “específicas” o “genéricas”. Si no se hace, y en contra de la ley la sentencia aumenta la pena con fundamento en cualquiera de ellas, surge nítida una inconsonancia entre aquella y la sentencia.

5. Como todas las causales de agravación requieren juicio valorativo, la conclusión es obvia: el investigador debe imputar en cada caso concreto el motivo de incremento genérico, debidamente sustentado y, se repite, con alcance suficiente para que el receptor de su decisión con facilidad capte el mensaje que se le comunica.

6. De otra parte, téngase en cuenta un aspecto más: la sentencia de casación, luego de decir que no es de trascendencia la distinción entre circunstancias objetivas y subjetivas, agrega: “Lo fundamental en punto del respeto a los derechos y garantías constitucionales frente al procesado, es que, igualmente, se le hayan atribuido, ya que estando las dos sometidas a juicios de valor, el hecho de que respecto de las subjetivas su exigencia implique un plus mayor frente a las objetivas, en cuanto a la consideración de todos aquellos elementos de juicio que aún también manifestándose objetivamente al momento de exteriorizarse imponen su demostración, no significa que las dos no deban exigir esa clase de raciocinio”.

La acotación es esta: la misma importancia tienen las denominadas circunstancias objetivas y subjetivas. Siendo así, no se ve cómo éstas puedan implicar un plus mayor valorativo, en relación con aquellas. La valoración se refiere a todas las circunstancias, en igualdad de condiciones.

7. Como de la lectura de la transcripción que se hace del acta de formulación de cargos no se deduce ni fáctica ni jurídicamente que la fiscalía imputara a LÓPEZ VILLALBA las dos circunstancias, como tales, aparte de la manera como fue fraguado el hecho y de la intervención de otras personas, también investigadas y juzgadas por el mismo hecho, la consecuencia es nítida: no coinciden acusación y sentencia y, por consiguiente, se imponía casar el fallo impugnado.

De los Señores Magistrados

Seguro Servidor

Álvaro Orlando Pérez Pinzón

1 Cfr. Jaime M. Mans Puigarnau, *lógica para juristas*, Barcelona, Bosch, 1978, p 50; M.M. Rosental y P.F. Iudin (directores), *Diccionario filosófico*, Bogotá, ediciones nacionales, 1994 p.441.

2 Cfr. Louis-Marie Morfaux. *Diccionario de ciencias humanas*, Barcelona, Grijalbo, 1985, : J.C. García B., p.138.

3 Esta tridivisión es la que se observa en la composición del C.P. y es la más o menos identificada por nuestra doctrina, ya con larga tradición. Cfr., por ejemplo, Alfonso Reyes Echandía, *La punibilidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1978; *Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Temis, 5ª. Reimpresión de la 11 edición, 1996, ps. 265 s.s.; Emiro Sandoval Huertas, *La pena privativa de la libertad en Colombia y en Alemania Federal*, Bogotá, Temis, 1988, ps. 41 s.s.

4 Así, Angel Gustavo Cornejo, según Felipe Villavicencio T, *Código Penal, comentado, con jurisprudencia y doctrina*, Lima, Grijley, 2ª. Edición, p. 199.

5 Giuliano Marini, *Le circostanze del reato*. Milano, Giuffre, 1965, ps. 42 s.s.