

Proceso N° 13565

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

Dr. JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

Aprobado acta N° 69

Bogotá, D.C., quince (15) de mayo de dos mil uno (2001).

V I S T O S

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Nacional, del 12 de noviembre de 1996, en la que al confirmar, con unas modificaciones, la de un juzgado regional de Bogotá, fechada el 29 de abril del mismo año, condenó a INÉS GONZÁLEZ PULIDO a las penas principales de 9 años de prisión y multa de 500 salarios mínimos legales mensuales y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, y a JOSÉ WILLIAM HINCAPIÉ GUTIÉRREZ a las penas principales de 112 meses de prisión y multa de 520 salarios mínimos legales mensuales y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad, como coautores del delito tipificado en el artículo 44 de la ley 30 de 1986.

H E C H O S

Fueron sintetizados así por el juzgador de segunda instancia:

“Las rigurosas pesquisas que se derivaron de una denuncia presentada a finales del mes de septiembre de 1993, permitieron descubrir la existencia de una compleja red delincencial dedicada a la exportación de sicotrópicos a varias naciones europeas.

“La satisfacción del mercado ilimitado que ofrecían los países desarrollados, demandaba de los antisociales el diseño de las más diversas estratagemas para burlar la acción preventiva policial y trasladar a ellos el alcaloide. Propósito delictivo logrado por los concertados, colmando álbunes con delgadas láminas compuestas de él, introduciéndolo en forma de grageas aparentemente de café, envasándolo en estado líquido en frascos de perfume o de licor, o bien, impregnando de sustancia controlada prendas de vestir confeccionadas en algodón.

“El personaje que conducía la sustancia podía ser uno de los integrantes de la banda, o alguien ajeno a ella contratado expresamente al efecto, en este último caso, preferentemente natural del país de destino. El riesgo de pérdida derivado de la operación, o la correlativa posibilidad de éxito era compartida a pro rata por el conjunto de inversionistas, quienes se disputaban la participación en los envíos ilícitos.

“Fueron capturados por el señalamiento de ser integrantes del referido grupo delictivo, INÉS GONZÁLEZ PULIDO, JIMMY RODRÍGUEZ LOZANO, JOSÉ VICENTE RÍOS VARGAS y JOSÉ WILLIAM HINCAPIÉ GUTIÉRREZ, este último adicionalmente acusado de ser el oscuro director de una bien estructurada organización de ‘jíbaros’ dedicados al expendio de estupefacientes al detal en los establecimientos nocturnos del norte de la ciudad (Bogotá)”.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en la denuncia presentada por Carlos Mario Acosta Henao y las diligencias incorporadas en la investigación previa, un fiscal regional de la Dirección Regional de Fiscalías -Narcotráfico- de Bogotá, mediante resolución del 23 de marzo de 1994, ordenó la apertura de la instrucción.

Escuchados en indagatoria Inés González Pulido, José Vicente Ríos Vargas, José William Hicapié Gutiérrez y Jimmy Rodríguez Lozano, la situación jurídica les fue resuelta, el 5 de abril siguiente, con medida de aseguramiento de detención preventiva, por infracción a los artículos 33 y 44 de la Ley 30 de 1986.

Ampliadas las indagatorias de los procesados y practicadas otras pruebas, dicho funcionario instructor, el 30 de enero de 1995, decretó “el cierre parcial de la presente investigación con respecto a la infracción del artículo 44 de la Ley 30 de 1986” y, el 9 de marzo siguiente, calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de los sindicados, por el delito de concierto para delinquir, tipificado en la norma en precedencia citada, decisión que, por razón del recurso de apelación interpuesto por algunos de los defensores de los acusados, fue confirmada, el 15 de mayo de 1995, por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional.

El diligenciamiento le correspondió a un juzgado regional de Bogotá, el que luego de tramitar el juicio, dictó la sentencia, el 29 de abril de 1996, en la que condenó a los citados procesados a las penas principales de 6 años de prisión y multa de 10 salarios mínimos mensuales y a la accesoria de rigor, como coautores del delito imputado en el pliego acusatorio.

En razón a la consulta y por virtud del recurso de apelación interpuesto, el Tribunal Nacional, al conocer del expediente, el 12 de noviembre de 1996, modificó la decisión, así:

a) Condenó a Inés González Pulido y a José Vicente Ríos Vargas a las penas principales

de 9 años de prisión y multa de 500 salarios mínimos legales mensuales y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, como coautores del delito tipificado en el artículo 44 de la Ley 30 de 1986.

b) Condenó a Jimmy Rodríguez Lozano y a José William Hincapié Gutiérrez a las penas principales de 112 meses de prisión y multa de 520 salarios mínimos legales mensuales y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones pública por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad, como coautores del mismo delito.

Contra esta decisión los defensores de Inés González Pulido, José William Hincapié Gutiérrez y Jimmy Rodríguez Lozano interpusieron el recurso de casación, el que fue concedido, y dentro del término de Ley presentaron las respectivas demandas que se declararon ajustadas a las exigencias formales. El 21 de febrero de dos mil, la Sala aceptó el desistimiento del recurso de casación presentado por Jimmy Rodríguez Lozano.

LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

1. Demanda presentada a nombre de Inés González Pulido.

Al amparo de la causal tercera de casación, el defensor presenta un único cargo contra la sentencia del Tribunal Nacional, por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad.

Después de copiar los artículos 29 de la Carta Política, 1º, 333 y 249 del C. de P. Penal, en el título que denominó “DERECHO DE DEFENSA”, sostiene que en la fase instructiva se le transgredió a su defendida el derecho de defensa técnica, a pesar de haber designado un apoderado para tal fin, pues éste no cumplió con sus obligaciones por lo que se generó una nulidad, por desconocimiento de dicha garantía.

Afirma que el profesional nombrado por la procesada sólo ejerció una intervención, como fue la de asistirle en la indagatoria, ya que después no ejecutó ninguna actuación. Por tal motivo, nombró a otro abogado, quien sólo la asistió en la diligencia de toma de voces, realizada el 31 de mayo de 1994. Posteriormente, solicitó ampliación de indagatoria, la que se llevó a cabo el 11 de noviembre siguiente, pero sin la asistencia de su defensor, lo que le implicó pedir la designación de uno de oficio.

Asevera que durante la instrucción sí hubo intervención activa de los defensores de los demás coprocesados, lo que no sucedió con su representada, quien contó finalmente con un profesional del derecho al momento de la presentación de los alegatos de conclusión, pudiéndose colegir que Inés González Pulido careció, en dicha etapa, de defensa técnica, lo que acarrea una nulidad de orden constitucional.

Considera que lo anterior “cumple con las exigencias que la causal de nulidad demanda”, por cuanto su poderdante careció de la citada defensa por “manifiesta INCAPACIDAD o POR INERCIA de los llamados a desempeñarla”. Agrega que, como lo señala la Corte, dicho derecho no es una “declaración romántica” sin ninguna consecuencia. Por el contrario, es la síntesis de los derechos individuales frente a la pretensión punitiva del Estado, para lo cual el legislador ha creado una serie de mecanismos tendientes a la efectiva protección de los mismos, al punto de contemplar sanciones penales para los funcionarios que violan esos preceptos, así como “sanciones procesales que van desde la inexistencia jurídica hasta la nulidad constitucional o supralegal para la actuaciones que se realizan con pretermisión o inobservancia de tales requisitos”.

Recuerda que el derecho de defensa, que se realiza a través de una serie de prerrogativas, como son, entre otras, la de pedir pruebas, ser escuchado cuantas veces sea necesario, interrogar a los testigos, conocer específicamente la imputación penal e impugnar las decisiones que sean desfavorables, es inviolable, implicando una

presencia activa del imputado y su defensor. Por ello, si su poderdante hubiese contado con la debida defensa técnica, éste habría solicitado la práctica de pruebas tendientes a demostrar su inocencia tanto en el calificadorio como en la sentencia.

Sostiene que las citas que hizo su defendida en la indagatoria no fueron verificadas, como sucedió cuando mencionó al señor Regulo Castro, lo que no habría sucedido si hubiese contado con una defensa técnica, la que tenía el deber de pedir pruebas, siendo el abogado de otro coprocesado el que solicitó oír a dicho testigo, con el fin de que depusiera sobre las relaciones comerciales que sostenía con aquél y la sindicada, medio de convicción que no se practicó, “acarreado una nulidad”.

También refiere que a los sindicatos se les indagó por personas como Martha Soto, Paolo Serge Marcos, Manuel, alias Cheo, y otros, sin que la Fiscalía hubiese hecho ningún esfuerzo por ubicar a tales sujetos, a pesar de que sus nombres los suministró el denunciante, como tampoco mostró interés por verificar las citas que su defendida hizo respecto de Patricia Mercado, María Cecilia Pulido de González, Julián Bedoya, Gonzalo Hernández, Gonzalo Soto, Clara Ospina y María Clara Consuelo Pineda Capla.

De lo anterior, concluye que la acusada careció de defensa técnica “por inercia o incapacidad”.

A continuación, en el acápite que denominó “DEL DEBIDO PROCESO”, sostiene que las irregularidades en precedencia señaladas, apuntan con “simultaneidad a violarse el DEBIDO PROCESO”, pues, en su criterio, si es evidente la transgresión del derecho a la defensa, ello demuestra la violación de aquél, “como que la irregularidad sustancial compromete de plano el debido proceso, siendo edificada como ‘CAUSAL DE NULIDAD’ por el artículo 304, numerales 2° y 3° del C.P.P.”.

Reitera que las citas que hizo su defendida en la diligencia de indagatoria, atinentes a su actividad comercial en el área de las esmeraldas, la que originó sus reuniones con

Régulo Castro, Jimmy Rodríguez y José Vicente Ríos Vargas, no fueron corroboradas por la Fiscalía, omisión que condujo a la ausencia probatoria que impidió a su procurada defenderse de las acusaciones que a la postre condujeron a la sentencia condenatoria.

Anota que tampoco el ente instructor puso empeño para tratar de identificar y ubicar a las personas señaladas por el denunciante como miembros de la organización delictual, limitándose tanto aquél como el juez regional a dar credibilidad a lo dicho por Carlos Mario Acosta Henao, sin adelantar una investigación a fondo respecto a la información suministrada por el quejoso.

Estima que las irregularidades denunciadas, las que causaron irremediable perjuicio a Inés González Pulido, transgrediendo el debido proceso, tienen la suficiente capacidad para “afectar lo actuado”, siendo la nulidad supralegal el único remedio para enmendarlas.

Agrega que las exculpaciones dadas por su defendida no merecieron la más mínima credibilidad, siendo tenidas como inverosímiles frente a aquellas pruebas de cargo que, a su juicio, no la señalaban inequívocamente como infractora del delito imputado y, menos, responsable del mismo, olvidando que la denuncia es falaz y las interceptaciones telefónicas sólo tratan de negocios de esmeraldas.

Advierte, nuevamente, que si la procesada no contó con defensa técnica, ello redundó en que no tuvo, en igualdad de condiciones, la oportunidad de controvertir el recaudo probatorio.

Luego de transcribir los artículos 11 del C. Penal y 304. 2.3 del C. de P. Penal, de citar y de copiar a algunos doctrinantes y unas jurisprudencias de la Corte, de reiterar que su procurada careció de defensa técnica y de insistir en que los testimonios solicitados eran pertinentes e indispensables respecto a los intereses de la procesada, solicita a la Sala

casar el fallo impugnado y, en su lugar, declarar la nulidad a partir de la fase instructiva de la actuación, con el fin de que se subsanen las citadas irregularidades.

2. Demanda presentada a nombre de José William Hincapié Gutiérrez.

Con apoyo en las causales primera y tercera de casación, formula ocho cargos contra la sentencia, de la siguiente manera:

Causal tercera

Acusa al Tribunal Nacional de haber aumentado desmesuradamente la pena principal que el juzgador de primera instancia impuso a su defendido, así como de proferir una sentencia en un juicio viciado de nulidad, afectando los “principios constitucionales del debido proceso y el derecho de defensa”.

Primer cargo

Asevera que la sentencia está viciada de nulidad, por cuanto que no se dictó la resolución de apertura de investigación, decisión que, en su criterio, era de ineludible pronunciamiento por parte de la Fiscalía Regional que tramitó la investigación previa, tal como lo ordena el artículo 324 del C. de P. Penal.

Dice que si la apertura de instrucción es la orden que da el funcionario instructor para que se practiquen las diligencias necesarias, con el fin de averiguar los hechos y descubrir los autores (art. 334 del C.P.P.), y siendo claro que el debido proceso apunta al cumplimiento de una serie de etapas, previamente establecidas en la ley, que aseguran que los procedimientos tengan un curso determinado, es decir, que una acción preceda lógicamente a otra, es indiscutible que, en este asunto, lo procedente y necesario era dictar la resolución de apertura de instrucción una vez agotada la etapa preliminar.

Por lo tanto, arguye que la omisión de dicha resolución originó una irregularidad con capacidad suficiente para generar la nulidad de la actuación, así no se haya causado daño alguno a los sujetos procesales, porque siendo esa providencia una de “las formas del debido proceso”, ningún funcionario la puede pasar por alto.

Confiesa que después de hacerle varias lecturas al proceso, no halló la citada resolución, y si antes no le prestó atención a la misma, se debió a que creyó que se encontraba en el cuaderno que contenía los testimonios reservados, al que no tuvo acceso ni en la instrucción ni en el juicio. Por lo mismo, si no se profirió dicha pieza procesal, no fue por causa imputable a los sujetos procesales, quienes, por el motivo ya indicado, no tuvieron oportunidad de conocer el contenido del mencionado cuaderno, siendo la justicia regional la causante de tal irregularidad.

Acota que lo cierto es que no se dictó la resolución de apertura de investigación, siendo presupuesto indispensable para la actuación subsiguiente, lo que genera una irregularidad procedimental con capacidad para anular toda la actuación, es decir, que la “sanción conduciría a un reconocimiento expreso de una ilegal detención y un juzgamiento” de los procesados.

Concluye solicitando a la Sala que case la sentencia impugnada y, por ende, decrete la nulidad de todo lo actuado en este proceso, con el fin de subsanar la irregularidad anotada. Como consecuencia de tal declaración, dice que se debe disponer la libertad inmediata de su defendido.

Segundo cargo

Acusa al Tribunal de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, toda vez que a su representado “jamás se le interrogó por el delito de concierto para delinquir previsto en el Art. 44 de la Ley 30 de 1986”.

Recuerda que la indagatoria es un medio de defensa, según lo establecen los artículos 376 y siguientes del C. de P.P., lo que implica que no preguntar en la indagatoria por todos los delitos investigados y, aún así, imputarlos en la resolución de acusación o en la sentencia, constituye nulidad por violación al derecho de defensa y, consecuentemente, al debido proceso.

Manifiesta que el proceso se encaminó a establecer los delitos previstos en los artículos 33 y 44 de la Ley 30 de 1986, por los que se dictó medida de aseguramiento en contra de su procurado, para luego, conforme al cierre parcial de la investigación, acusarlo por el segundo de los punibles. Agrega que la nulidad que ahora plantea, no se pudo proponer en el juicio, dado que en la justicia regional no se contempla el trámite que de que trata el artículo 446 del C. de P. Penal.

Reitera que la omisión anotada es evidente y tuvo incidencia en el fallo acusado, ya que de haber sido advertida en su debida oportunidad, otra hubiese sido la suerte de su poderdante.

Tercer cargo

Considera que la sentencia impugnada también se dictó en un juicio viciado de nulidad, ya que ni en la resolución de acusación ni en los fallos de primera y segunda instancia se “hizo expresa referencia a la época en que se cometió el delito de concierto para delinquir, previsto en el Art. 44 de la Ley 30 de 1986”.

Advierte que revisadas cuidadosamente las citadas providencias y la actuación procesal, en ninguna parte se hizo referencia a la época de comisión de los hechos punibles que fueron investigados y juzgados, conociéndose únicamente que a partir de octubre de 1993 se inició la averiguación previa, sin que pueda tenerse ésta como la fecha de

ocurrencia del acontecer fáctico. Agrega que esa omisión es un error que suscita incertidumbre sobre el hecho que se imputa al procesado.

Acota que todo hecho punible debe tener realización en el tiempo y en el espacio, lo que debe aparecer en la investigación. Sin embargo, si el Estado “estuvo en imposibilidad física de establecer estas circunstancias, a los procesados no se les puede sorprender ni con la fecha del hecho punible que se les atribuye, ni con el lugar en donde ocurrió, porque esa omisión hace parte del derecho de defensa” y del debido proceso.

Cuarto cargo

Del mismo modo, estima que el fallo recurrido se dictó en un juicio viciado de nulidad, por cuanto que la calificación del sumario se hizo en forma parcial, esto es, por el delito previsto en el artículo 44 de la Ley 30 de 1986, “siendo que la indagación comprendía el de violación al art. 33 ibídem, de manera que al decretarse el cierre parcial, se generó rompimiento de la unidad procesal, con desmedro de los derechos de los procesados”.

Añade:

“En efecto, la conducta delictiva descrita en el Art. 33 de la Ley 30 de 1986 y la prevista en el Art. 44 ibidem, generan una relación tan íntima, que la estructura del concierto para delinquir a que se refiere la segunda de las disposiciones, depende de la ocurrencia de la primera, por consiguiente cuando aparece ese estrecho ligamen, los delitos deben investigarse y fallarse en un mismo proceso, porque de lo contrario no podría lograrse debidamente la tipificación de la segunda conducta que depende necesariamente de la demostración de la primera...”.

Asevera que si el delito previsto en el artículo 44 de la citada Ley depende de las

conductas descritas en los artículos anteriores, no era procedente el cierre parcial de la investigación y, menos, la calificación del sumario únicamente por la posible violación de aquel precepto, lo que generó un rompimiento de la conexidad con clara violación de las normas propias del juicio, configurándose la nulidad contemplada en el artículo 304.2 del C. de P. Penal, además que también se quebrantó lo establecido en el artículo 27 del C. Penal.

Por último, refiere que el anterior planteamiento lo expuso ante el Tribunal Nacional pero sin éxito, toda vez que fue considerado insensato.

Quinto cargo

Dice que la sentencia se profirió en un juicio viciado de nulidad, “por omisión de pruebas que incidían en los presupuestos axiológicos previstos por el legislador en el Art. 247 del C. P.P., principalmente en cuanto a la certeza del hecho punible y también en el juicio de responsabilidad penal”.

Manifiesta que con motivo de la revocatoria de la medida de aseguramiento que en su oportunidad solicitó, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional insinuó al instructor la práctica de una serie de diligencias, entre ellas, “insistir en la Carta Rogatoria S-19-001 de junio 7 de 1994, prueba que brilla por su ausencia” y que resultaba de vital importancia respecto de la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad de su procurado, ya que con ella se hubiese podido establecer si existió o no el envío de cocaína al exterior y, consecuentemente, si hubo o no concierto para delinquir.

Sostiene que unos de los principios que orientan el proceso penal es el de defenderse probando, por lo que se incurre en nulidad cuando por “inercia de los jueces no se practican oportunamente las pruebas relevantes para la defensa”. En consecuencia, reitera que la ausencia del citado medio de convicción constituye nulidad legal, toda vez que “tenía capacidad inequívoca de modificar sustancialmente la situación” del

procesado.

Con base en los anteriores cuatro cargos formulados, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y, por ende, decretar la nulidad de todo lo actuado a partir, inclusive, de la resolución que decretó el cierre parcial de la investigación. Igualmente, depreca la libertad provisional de su defendido.

Causal Primera

De manera subsidiaria y apoyado en el cuerpo segundo, presenta los siguientes reproches.

Primer cargo

Acusa al sentenciador de haber violado indirectamente la ley sustancial, por error de hecho en la apreciación de las pruebas que tuvo en cuenta para dar por establecida la materialidad del delito tipificado en el artículo 44 de la Ley 30 de 1986, “con evidente violación al art. 29 de la Constitución Nacional y arts. 247 y 445 del C. de P. P.”.

Recuerda que su defendido fue vinculado por la posible infracción a los artículos 33 y 44 de la Ley 30 de 1986, habiéndose clausurado parcialmente la investigación, proferido resolución de acusación y condenado por el último de los punibles, “con desbordante aumento de la pena principal” por parte del juzgador de segunda instancia.

Asevera que el artículo 44 de la multicitada Ley, el que transcribe, contiene, como ingrediente subjetivo, “ ‘...con el fin de realizar alguna de las conductas descritas en los artículos antes citados...’ ”, lo que, en su criterio, implica que para que se estructure este delito es necesario que se realice cualquiera de las conductas punibles descritas en los artículos anteriores, es decir, “debe existir plena prueba que ofrezca certeza sobre la realización de alguna de esas conductas, para que se pueda tener como satisfecho el primer presupuesto que exige el legislador para dictar sentencia

condenatoria, según el artículo 247 del C.P.P.”.

Anota que en este asunto, para llegar al convencimiento de la materialidad de la violación del artículo 44, los falladores acudieron a una serie de hipótesis sin “fundamento probatorio contundente”, tales como decir que se capturó al holandés con 20 kilos de cocaína impregnada en sus prendas de vestir, la que había sido despachada desde Colombia hacia Ecuador y con destino final Amsterdam, hecho que no tiene respaldo probatorio alguno, además de que jamás se diligenció la mencionada Carta Rogatoria S-19-001, único medio de convicción legal y válido que podía confirmar tal aspecto, por lo que el envío del citado estupefaciente no está demostrado, implicando que los jueces de primera y segunda instancia supusieron la prueba de tal acontecer fáctico, derivando de allí “la existencia material de la violación al art. 44 de la Ley 30 de 1986, e implícitamente la materialidad de la violación al art. 33 ibidem”.

Así, entonces, estima que si por parte del juzgador hubo un falso juicio de existencia al suponer la captura del holandés en posesión de la droga ilícita, no es factible concluir en la existencia del concierto para delinquir, siendo indiscutible, por ende, que esa “ausencia probatoria” configuró la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por suposición de pruebas.

En su criterio, la citada suposición permitió la violación del artículo 29 de la Carta Política, norma que obliga a los jueces a fallar con certeza y prontitud, lo que no se cumplió por “inexistencia de esa prueba con capacidad de ofrecer certeza sobre el hecho punible, ‘concierto para delinquir’, conllevando a que se aplicara indebidamente el artículo 247 del C. de P. Penal y se dejara de aplicar el 445 de la misma obra. Agrega que de no haberse presentado la citada suposición, la sentencia habría sido absolutoria.

Segundo cargo

Acusa al sentenciador de haber violado indirectamente la ley sustancial, por error de hecho en la apreciación de las pruebas que se tuvieron como base para dar por establecida la responsabilidad de los procesados frente al delito imputado.

Sostiene que la prueba que condujo al convencimiento de los falladores fue el examen fonoespectrográfico que se practicó sobre las grabaciones de varias conversaciones telefónicas, lo que permitió la identificación de las voces de los procesados, medio de convicción que, a su juicio, fue tergiversado en su contenido material, ya que se “puso a esas charlas a decir lo que realmente no decían, es decir, se les cambió su contenido material”.

Luego de transcribir un aparte de las citadas grabaciones, advierte que el Tribunal Nacional tergiversó totalmente el contenido de las conversaciones al darles un sentido diferente, configurándose así la acusada violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de identidad, error que sirvió de base para dar por establecida la certeza sobre la responsabilidad de su defendido y, consecuentemente, su condena.

Añade que dicho error condujo a la aplicación indebida del artículo 247 y falta de aplicación del 445 del C. de P. Penal, así como a la transgresión del artículo 29 de la Constitución Política.

Por lo expuesto, respecto de los dos anteriores reproches, solicita a la Corte casar el fallo atacado y, consecuentemente, que se absuelva a su procurado del delito imputado en el pliego acusatorio. Del mismo modo, que se le conceda la libertad inmediata e incondicional.

Tercer cargo

Finalmente, acusa al Tribunal Nacional de haber violado de manera indirecta la ley sustancial, por error de hecho en la apreciación de las pruebas, al aumentar la pena que en primera instancia se impuso a su defendido, decisión que tomó al momento de desatar el recurso de apelación interpuesto y el grado jurisdiccional de la consulta.

Después de copiar un fragmento de la sentencia de segunda instancia, relacionado con el “desbordado incremento punitivo”, dice que el artículo 34 de la Ley 81 de 1993, que derogó el 217 del C. de P.P., contempla la prohibición de la “REFORMATIO IN PEJUS absoluta”, es decir, “restringe en forma notoria la capacidad del funcionario de segunda instancia para modificar la providencia apelada, limitando su capacidad de revisar solamente los aspectos impugnados, aquellos que fueron motivo de inconformidad. Por lo tanto, si la providencia es solo impugnada por algún sujeto procesal, o solo por determinado o exclusivo motivo, el superior no podrá modificarla en contra de lo manifestado por el recurrente o por motivos diferentes a la impugnación”.

Luego de transcribir el artículo 227 del C. de P. Penal y de recordar que el artículo 206, ibídem, modificado por el 29 de la Ley 81 de 1993, mantiene el grado jurisdiccional de la consulta, reitera que acusa la sentencia recurrida por ser violatoria de manera indirecta de la ley sustancial, por error de hecho “en la prueba que se tuvo en cuenta para aumentar la pena principal de seis (6) años de prisión a ciento doce (112) meses de prisión”, incremento que tuvo como fundamento la supuesta existencia de la organización criminal de la que hipotéticamente hacía parte su defendido, la captura del holandés que portaba 20 kilos de cocaína y el envío al exterior de considerables cantidades de alucinógeno, “circunstancias que ninguna demostración tuvieron en el proceso”.

Agrega que si aquellos fueron los argumentos que sirvieron para aumentar la pena principal, “no hay duda que se hizo mediante un error de hecho por la suposición de la

existencia material de la prueba”, lo que incidió para que se hiciera dicho incremento desmesurado.

Como normas violadas cita los artículos 34 de la Ley 81 de 1993, 227 del C. de P. Penal y 61 del C. Penal.

Conforme a lo expuesto en precedencia, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y, en su lugar, proceder a “redosificar” la pena que legalmente debe imponerse a su defendido.

CONCEPTO DE LA PROCURADORA CUARTA

DELEGADA EN LO PENAL

1. Demanda presentada a nombre de Inés González Pulido.

Sostiene el Ministerio Público que la afirmación del libelista, según la cual, su defendida careció de defensa técnica durante el curso de la investigación, ya que los abogados que la representaron no desplegaron actuación alguna con el fin de demostrar la ausencia de responsabilidad en los hechos a ella atribuidos, lo que condujo a la violación del derecho de defensa y del debido proceso, está sujeta a los siguientes comentarios:

En primer término, recuerda que las denominadas nulidades supralegales referidas por el actor, con ocasión de la entrada en vigencia de la nueva normatividad constitucional y legal deben entenderse incluidas en las causales contempladas en el C. de P. Penal.

En segundo lugar, que el diligenciamiento demuestra que la sindicada, al rendir indagatoria, el 28 de marzo de 1994, nombró un defensor de confianza, para,

posteriormente, el 9 de mayo siguiente, otorgar poder a otro abogado, quien asistió a la diligencia de toma de muestra de voces realizada el 31 de mayo de dicho año. Luego, el 11 de noviembre de la misma anualidad, al realizarse la ampliación de indagatoria de Inés González Pulido, a solicitud suya, se le designó un defensor de oficio únicamente para esa diligencia, ya que el de confianza no asistió.

Agrega que el 17 de enero de 1995, la procesada designó un nuevo profesional del derecho para que la asistiera, el cual presentó alegatos precalificatorios, en los que solicitó la preclusión de la instrucción, e interpuso recurso de apelación contra la resolución de acusación proferida en contra de su procurada.

Conforme a lo precedentemente expuesto, conceptúa que durante el trámite de la investigación la sindicada González Pulido no estuvo desprovista de defensa técnica. En cuanto a que los distintos abogados hubiesen guardado silencio, pues no hay constancia que indique que solicitaron la práctica de pruebas, considera que esa circunstancia, por sí sola, no implica que se haya violado el derecho de defensa, pues para que sea viable un cargo en este sentido, es necesario que el demandante demuestre la relación existente entre la inactividad del defensor y la consecuencia adversa a los intereses del procesado, además de señalar qué actividades debió desplegar el profesional, para así acreditar que de haberse obrado de tal forma, otra habría sido la suerte del procesado.

En cuanto a las pruebas echadas de menos por el casacionista como la declaración de Régulo Castro, la verificación por parte del instructor de las citas hechas en la indagatoria y la ubicación de las personas señaladas por el denunciante como miembros de la organización criminal, si bien habrían allegado mayor información al expediente, de todos modos no implican que la decisión adoptada por los juzgadores de instancia hubiese sido diferente.

En cuanto a la declaración de Régulo Castro, solicitada por el defensor de José Vicente

Ríos, fue ordenada, pero el testigo no pudo ser localizado. Y en lo atinente a las personas mencionadas por el denunciante como partícipes en los hechos, el instructor dispuso interceptar los abonados telefónicos mediante los cuales se comunicaban, sin que fuera posible obtener resultados positivos en todos los casos.

Dice que los anteriores aspectos demuestran, de una parte, que la actitud pasiva de los abogados de la sindicada bien pudo obedecer a una estrategia defensiva, pues la investigación se encaminó desde su inicio a verificar la información dada por el denunciante y los procesados, pudiendo estimar “el defensor que cualquier petición al respecto resultaría intrascendente” y, de otra, que aun en el evento de que hubieran elevado las peticiones en el sentido que ahora reclama el actor, en nada habría modificado la situación procesal de la acusada, ya que los esfuerzos por concretar tales aspectos resultaron infructuosos.

En consecuencia, concluye que el demandante se limitó a señalar algunas posibles pruebas que los abogados debieron solicitar en la fase instructiva, “sin concretar el beneficio que dicha actuación hubiera tenido en la situación de la procesada González Pulido, como tampoco su trascendencia” frente a las conclusiones del fallo, por lo que carece de fundamento la pretendida vulneración del derecho de defensa.

Luego de transcribir fragmentos de una jurisprudencia de esta Corporación que trata el tema, finaliza sugiriendo la improsperidad del reproche.

2. Demanda presentada a nombre de José William Hincapié Gutiérrez.

Acota que si bien el recurso de apelación que el procesado Hincapié Gutiérrez interpuso contra el fallo condenatorio de primera instancia fue declarado desierto por ausencia de sustentación, de todos modos le asiste interés jurídico para acudir en casación, pues, como lo ha enseñado reiteradamente la jurisprudencia de la Corte, al tratarse de la sentencia de primer grado respecto de la cual recae el grado jurisdiccional de la consulta,

no es indispensable que la parte interesada que intenta el recurso extraordinario de casación la haya apelado.

Causal tercera

Inicialmente observa la Procuraduría Delegada que no obstante fundarse los cinco cargos en la citada causal, el actor no indicó el orden de prioridad de cada uno frente a la cobertura que eventualmente tendría la declaración de nulidad, yerro técnico que conduce a la desestimación de los mismos.

De otra parte, dice que tampoco demostró en ninguno de ellos la existencia de una irregularidad de carácter sustancial con virtualidad suficiente para afectar las garantías esenciales o la estructura del proceso, pues se limitó a afirmar, de manera indiscriminada, que el fallo se dictó en un juicio viciado de nulidad, para seguidamente relacionar una serie de hipotéticas anomalías, pero sin resaltar su trascendencia frente al fallo impugnado.

En efecto, en cuanto al primer reproche, referente a la supuesta ausencia de la resolución de apertura de instrucción, encuentra el Ministerio Público que no le asiste razón, toda vez que, contrario a lo afirmado, en el proceso aparece la providencia fechada el 23 de marzo de 1994, visible a los folios 68 y 69 del cuaderno original número uno, mediante la cual se dispuso el inicio de la etapa instructiva, lo que implica que no existió la mencionada irregularidad, razón por la cual el cargo no está llamado a prosperar.

Respeto al segundo cargo, atinente a la ausencia de interrogatorio al procesado por el delito de concierto para delinquir, dice que no es cierta tal omisión, toda vez que estudiada la indagatoria, visible a los folios 128 a 135 y 193 a 200 del cuaderno original uno, se observa que el funcionario instructor lo cuestionó sobre todos los hechos que originaron su vinculación al diligenciamiento, incluido el relacionado con la organización de la cual formaba parte, habiendo contestado cada una de las preguntas. Por lo

tanto, estima que la censura es infundada.

Tampoco, dice, está llamado a prosperar el reproche concerniente a la ruptura de la unidad procesal por el cierre y la calificación parcial del mérito del sumario, toda vez que no se encuentra cómo tal circunstancia quebrantó el esquema del proceso e, igualmente, las garantías esenciales del acusado. Agrega que la afirmación genérica, según la cual, existía una relación íntima entre los ilícitos previstos por los artículos 33 y 44 de la Ley 30 de 1986, comportando una ineludible dependencia entre una y otra conducta punible, no deja de ser una simple divergencia conceptual del libelista con la decisión procesal adoptada, sin que logre probar la existencia de una irregularidad con entidad suficiente para invalidar la actuación.

Recuerda que, de conformidad con el artículo 88 del C. de P. Penal, la ruptura de la unidad procesal no genera nulidad, siempre que no se afecten las garantías constitucionales. Además, que el artículo 438 A del citado estatuto, faculta al funcionario instructor para disponer el cierre parcial de la investigación, normatividad sobre la cual el Fiscal Regional fundó la resolución del 30 de enero de 1995.

Por lo tanto, asevera que correspondía al demandante demostrar la incidencia que tuvo en la sentencia el haberse clausurado y calificado parcialmente la investigación, es decir, “debió acreditar en qué consistió la afectación sufrida por las garantías constitucionales, pues se observa que aún en el caso de aceptar los planteamientos del censor, la decisión adoptada por el ad quem respecto a la responsabilidad penal del procesado quedaría incólume, pues el delito de concierto para delinquir en materia de narcotráfico previsto en la mencionada norma, contrario a como lo entiende el demandante, en nada depende para su estructuración de otra u otras conductas delictivas...”.

Luego de transcribir una jurisprudencia de esta Corporación relacionada con el tema de la

ruptura de la unidad procesal, añade que no se demostró en este caso que se haya omitido algún requisito procesal que conculque los derechos del sindicado. Asimismo, que aunque la unidad del proceso posibilita la acumulación jurídica de penas, sin embargo, la propia ley prevé la solución para aquellos eventos en que se rompe esa unidad, al contemplar en el artículo 505 del C. de P. Penal la acumulación jurídica de penas proferidas en varias sentencias.

En consecuencia, concluye que al no existir vulneración del debido proceso, el cargo no tiene vocación de éxito.

En cuanto al cuarto cargo, en el que se argumenta que en los fallos de primera y segunda instancia no se hizo expresa referencia a la época en que se cometió el delito imputado, afirma que si bien pareciese asistirle la razón, lo cierto es que de la lectura de la resolución de acusación y de las sentencias, se deduce claramente el período de ejecución de los hechos delictivos, sin que aparezca ninguna confusión que haya menoscabado el derecho de defensa del Hincapié Gutiérrez.

Acota que se constituyó en pilar fundamental del pliego de cargos el análisis del contenido de las grabaciones magnetofónicas, además de la denuncia presentada por Carlos Mario Acosta y lo manifestado por los propios procesados en sus indagatorias, elementos de convicción de los cuales se desprende no solo la fecha de ocurrencia de los hechos, sino también las diversas actividades ilícitas que ejecutaron, lo que fue confirmado con las operaciones que a partir del mes de octubre de 1993 adelantaron los organismos de seguridad, con el fin de dismantelar la red conformada por los sindicatos.

Por lo mismo, asegura que como de la providencia calificatoria se infiere que el abogado encargado de la defensa de Hincapié Gutiérrez no tuvo ningún obstáculo para concretar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los

hechos atribuidos a su procurado, necesario es colegir que no se presentó la alegada transgresión de las garantías del sindicado, motivo por el cual tampoco puede prosperar esta censura.

Finalmente, en lo que respecta al último cargo, en el que se acusa omisión probatoria, concretamente por no haberse insistido en la Carta Rogatoria S-19-001 del 7 de julio de 1994, la que incidía en los presupuestos del artículo 247 del C. de P. Penal, advierte el Ministerio Público que el actor no cumplió con los parámetros técnicos reiterados por la Jurisprudencia de la Corte, esto es, “si el ataque a la sentencia de segunda instancia se funda en la falta de práctica de pruebas que eventualmente harían variar la decisión allí adoptada, corresponde efectuar una confrontación de los elementos de juicio echados de menos, con los efectivamente tenidos en cuenta por el fallador, es decir, que debe surgir de manera clara y específica su trascendencia e incidencia en la suerte del encausado, pues no toda omisión en la práctica de una prueba implica vulneración del principio de investigación integral...”.

Luego de copiar una providencia de esta Corporación sobre el tema, señala que el libelista tampoco tuvo en cuenta que tanto el funcionario instructor como el de conocimiento, en diversas oportunidades, solicitaron copias de las pruebas que se hubiesen practicado en Amsterdam, relacionadas con la aprehensión de Steven Redan. Además, dice que de haberse recibido respuesta a la solicitud mediante la Carta Rogatoria, “en nada se modificaría la situación procesal de JOSÉ WILLIAM HINCAPIÉ GUTIÉRREZ, pues el concierto para delinquir previsto en el artículo 44 de la Ley 30 de 1986, por el cual fue acusado y condenado, se encuentra debidamente acreditado en la actuación...”, sin olvidar que el delito de narcotráfico no incide en la estructuración del concierto, ya que la norma exige únicamente la intención de realizar algunas de las conductas descritas como constitutivas de narcotráfico, es decir, que se trata de un tipo penal autónomo, al configurarse la infracción por la simple concertación para realizar las conductas que violan la Ley 30 de 1986.

Por lo tanto, concluye que ante la inexistencia de la irregularidad demandada, el cargo no puede prosperar.

Causal primera

Primer cargo

Conceptúa que en la construcción de la censura el actor incurre en error de técnica al efectuar en el mismo reproche planteamientos incompatibles, toda vez que la inicia afirmando que el Tribunal incurrió en violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho en la apreciación de las pruebas tenidas en cuenta para “catalogar como establecida la materialidad del delito, pues tuvo que acudir a una serie de hipótesis para decir que se capturó al holandés Steven Redan en posesión de 20 kilos de cocaína”, para posteriormente aducir, con argumentos propios del falso juicio de existencia, que no concurría ninguna prueba válida que permitiera establecer esa situación y, por lo tanto, que hubo una suposición de prueba respecto de dicha captura, “en razón a que jamás se diligenció la Carta Rogatoria”.

En otro términos, asevera que el demandante atenta contra el principio lógico de no contradicción, al mezclar indiscriminadamente, al interior del mismo cargo y respecto de una misma circunstancia, reproches propios del falso juicio de existencia por suposición de prueba y del falso juicio de identidad por tergiversación material del medio de convicción, inconsistencia que, como lo ha reiterado la jurisprudencia, impide medir el verdadero alcance de su pretensión.

De otro lado, manifiesta que si se entendiese que la censura está dirigida a demostrar la invención de la prueba tendiente a demostrar la captura del multicitado holandés, de todos modos la afirmación del censor no consulta la realidad procesal, toda vez que el Tribunal en el fallo de segunda instancia, adoptó la decisión fundada en pruebas legalmente aportadas al diligenciamiento, “sin que se hubiera presentado

invención de elemento probatorio alguno”.

Afirma que igual suerte corre la censura si se tratase de un falso juicio de identidad, ya que no especificó cuál o cuáles fueron los medios de convicción tergiversados, como tampoco concretó la trascendencia del mismo, no logrando, entonces, desvirtuar la doble presunción de acierto y legalidad que recae sobre el fallo, razones suficientes para sugerir la desestimación del ataque.

Segundo cargo

Estima que no le asiste razón, pues no obstante edificar la censura sobre un falso juicio de identidad en la apreciación de la prueba, relativa al contenido material de las conversaciones telefónicas grabadas, no logra comprobar que el Tribunal cometió yerro alguno, sino que simplemente se ocupa de exponer sus personales apreciaciones, aspecto “inaceptable en sede de casación”, como así lo ha reiterado la jurisprudencia de la Sala, la que transcribe en algunos de sus apartes.

Añade:

“El examen de la actuación procesal permite concluir que el Tribunal Nacional no tergiversó en modo alguno el contenido material de las conversaciones telefónicas a que se refiere el casacionista, sino que por el contrario tales elementos de juicio fueron examinados con detenimiento en la sentencia impugnada, y con fundamento en el mencionado estudio elaboró deducciones plenamente lógicas y válidas, para concluir que los sustantivos utilizados en los diálogos, tales como ‘madera de nogal’, ‘diamantes’, ‘mercancía’, ‘libros’, ‘camisas’, ‘tejas’, etc., se referían en forma velada a sustancias estupefacientes”.

En conclusión, como no logró demostrar la existencia del error alegado, limitándose a disentir de la valoración probatoria realizada por el ad quem, considera que el cargo no

está llamado a prosperar.

Tercer cargo

Dice que del contenido de las argumentaciones esgrimidas en el libelo, se desprende que la inconformidad radica en que el Tribunal Nacional, al pronunciarse en segunda instancia, reformó la sentencia en perjuicio de los procesados, pues incrementó considerablemente la pena impuesta. Sin embargo, una vez más estima que el actor incurrió en insalvables deficiencias técnicas en la elaboración del reproche, ya que en un principio invocó la violación de la ley sustancial por vía indirecta, por error de hecho en la apreciación probatoria, para luego exponer una “suposición de la existencia material de la prueba que sirvió de soporte a la decisión de aumentar la pena”.

Tal planteamiento, sostiene, realza la falta de claridad que tiene el demandante acerca de la autonomía de las causales y de los cargos, pues, de una parte, formula, dentro de la misma censura, proposiciones irreconciliables y, de otra, “equivocó la causal a la que debía acudir, en razón a que ha debido invocar violación directa de la ley sustancial, por exclusión evidente del artículo 31 de la Constitución Política”.

Acota que la discusión sobre presuntos errores de apreciación probatoria no tiene cabida cuando se pretende cuestionar la irregularidad relacionada con el aumento de la pena impuesta, ya que se trata de un aspecto que necesariamente debe apoyarse en el cuerpo primero la causal primera de casación.

Advierte que en el evento de que el cargo hubiera sido planteado adecuadamente, tampoco estaría llamado a prosperar, por cuanto no puede perderse de vista que el funcionario de segunda instancia revisó el fallo de primer grado en razón al grado jurisdiccional de la consulta, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 206 del C. de P. Penal, modificado por el artículo 29 de la Ley 81 de 1993, “y no con ocasión de la apelación interpuesta por el procesado o su defensor, es decir, que no concurre en su caso

la figura del apelante único a que se refiere el artículo 31 de la [Constitución Política](#)".

Así las cosas, finaliza solicitando la desestimación de la censura.

Casación oficiosa

Estima la Agencia del Ministerio Público que, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 228 del C. de P. Penal, resulta necesario que la Sala case parcialmente la sentencia de segunda instancia, toda vez que, en su criterio, vulnera una de las garantías fundamentales de los procesados, como es la consagrada en el artículo 31 de la Carta Política, "habida consideración que la pena impuesta en el fallo emitido por el Juzgado Regional en relación con los procesados INÉS GONZÁLEZ PULIDO y YIMMY RODRÍGUEZ LOZANO, quienes lo apelaron oportunamente, fue objeto de notorio incremento por el funcionario de segunda instancia, pese a tratarse de providencia en que se satisfacía el requisito referente al 'apelante único', que permitía invocar la operancia del principio de non reformatio in pejus".

Asevera que no desconoce los reiterados pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia acerca del problema planteado. Sin embargo, considera que dicha garantía constitucional se aplica cuando ha llegado la actuación a conocimiento del funcionario de segunda instancia en virtud de la impugnación, contando el condenado con la condición de apelante único, caso en el cual no debe tenerse en cuenta el grado jurisdiccional de la consulta.

Agrega:

"Lo anterior por cuanto, de una parte, la prerrogativa del funcionario de segunda instancia para examinar las sentencias condenatorias a través del grado jurisdiccional de consulta opera residualmente, es decir, que sólo procede si la decisión no es impugnada por cualquiera de los sujetos procesales, pues así lo establece el artículo 206 del C. de P.

Penal, al expresar que tendrán este grado de jurisdicción las decisiones contra las que 'no se interponga recurso alguno', de suerte que la consulta se constituye en un mecanismo de revisión al cual se acude como consecuencia del silencio de las partes.

"De otro lado, el artículo 217 ibidem preceptúa que 'cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá en caso alguno agravar la pena impuesta', concluyéndose de la literalidad de su contenido, que una vez acreditada la concurrencia de la figura del apelante único, no existe excepción alguna a la aplicación de tal mandato y, por lo tanto, ante la claridad de la norma, no resulta consecuente darle un alcance diferente, para en su lugar argumentar que existe autorización legal para desmejorar la condición del apelante único, si de manera simultánea procede la consulta respecto de la decisión impugnada".

En consecuencia, arguye que, en este asunto, al tratarse de sentencia condenatoria de primera instancia, que no fue impugnada por el Ministerio Público ni por la Fiscalía, pero si apelada por los defensores de los procesados González Pulido y Rodríguez Lozano, entra en plena vigencia la figura del apelante único y, por ende, "la prohibición de reformar en peor, toda vez que no concurre en este evento la condición para que sea viable la consulta del mencionado fallo..."

Luego de transcribir en su totalidad el concepto que sobre este tema emitió la Procuraduría Delegada el 12 de julio de 2000, dentro del proceso radicado bajo el N° 13553, reitera que, en el presente diligenciamiento, se cumplen las exigencias establecidas en la citada norma constitucional, razón por la cual solicita a la Corte casar parcialmente la sentencia de segunda instancia y, en consecuencia, disponer que la pena principal de dichos procesados sea la deducida en el fallo de primer grado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Demanda presentada a nombre de Inés González Pulido.

Causal tercera

Único cargo

1. Acusa al Tribunal Nacional de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, por vulneración del derecho de defensa y del debido proceso, por cuanto su poderdante careció de defensa técnica en la etapa de instrucción, como quiera que los profesionales del derecho por ella designados no desplegaron ninguna actividad defensiva a lo largo de dicha fase, lo que implicó que no se recibiera declaración a las personas mencionadas en la denuncia ni se verificaran las citas hechas por la procesada en la indagatoria, lo que determinó el fallo de condena.

2. Esta censura adolece de insalvables desatinos técnicos que la condenan al fracaso.

2.1. En efecto, entremezcla los conceptos de debido proceso y de derecho de defensa, sin acatar que si bien el segundo se deriva del primero, han sido claramente diferenciados por la ley y la jurisprudencia, razón por la cual su vulneración amerita postulación y desarrollo autónomos, pues la primera es un vicio de estructura y la segunda de garantía, sin descartar que hay irregularidades que al mismo tiempo afectan los dos derechos, pero sin que evidencie que éste sea uno de esos casos.

2.2. Se observa, igualmente, que al interior del mismo cargo pretende oponerse al criterio del Tribunal en cuanto no le otorgó credibilidad a las exculpaciones dadas por la acusada, las cuales fueron desechadas al ser tenidas como inverosímiles frente a las demás pruebas allegadas legalmente al diligenciamiento, desviándose a la causal primera y violando el principio de autonomía de las causales y los cargos, al tenor del cual, no se pueden intermezclar dentro de un mismo cargo ataques correspondientes a causales distintas, como quiera que su configuración, reglas técnicas de

demostración y consecuencias son diferentes.

2.3. Afirma que cuando se quebrantan las garantías consagradas a favor del procesado se estructura no sólo una nulidad legal, sino de carácter constitucional o supralegal, con lo que desconoce que si bien todas las nulidades tienen como fuente inmediata la C.P., a partir de la entrada en vigencia del Decreto 050 de 1987 se recogió la clasificación de nulidades supralegales, en forma tal que su expresa consagración en la ley implica que basta aludir a la norma legal que las prevé.

2.4. Asimismo, el impugnante no desarrolla la censura, pues aunque dice cuáles fueron, a su juicio, las pruebas que ha debido pedir el defensor, no demuestra la conducencia y utilidad de las mismas ni su trascendencia, esto es, cómo de haberse practicado hubieran redundado en beneficio de la defensa, ya que, como lo ha reiterado la Sala, éste no deriva de la prueba en si misma considerada, sino de la confrontación lógica con los elementos de convicción que sustentaron el fallo, de modo que se evidencie que de haberse llevado a cabo la orientación de éste hubiera sido distinta y favorable al acusado.

2.5. Finalmente, no es cierto que en la fase instructiva haya habido abandono de la defensa, ya que los diferentes profesionales del derecho que tuvo la procesada y que cambió por su propia voluntad, la asistieron en las distintas diligencias en que se requirió su presencia.

En efecto, el expediente muestra que el 28 de marzo de 1994, fecha en la cual la sindicada rindió indagatoria, nombró a un abogado de confianza, para luego, el 9 de mayo siguiente, designar a otro, quien, el 31 de mayo del mismo año, la asistió en la diligencia de toma de muestras de voces. Posteriormente, el 17 de enero de 1995, procedió, nuevamente, a conferir mandato a otro profesional del derecho, quien presentó alegatos precalificatorios, solicitando la preclusión de la instrucción, e impugnó la resolución de acusación proferida en su contra.

Cabe también destacar que si bien la procesada contaba con defensor de confianza, el 11 de enero de 1995, se le designó uno de oficio para la realización de la diligencia de ampliación de indagatoria, toda vez que el letrado que venía representándola no asistió, aspecto que lejos de indicar abandono de la defensa, demuestra que siempre estuvo asistida jurídicamente.

En consecuencia, el cargo no prospera.

2. Demanda presentada a nombre de José William Hincapié Gutiérrez.

Causal tercera

Como lo ha sostenido la Sala, aunque las nulidades permiten alguna amplitud para su proposición y desarrollo, no puede la demanda en que se invoquen equipararse a un escrito de libre formulación, sino que están sujetas, como las demás causales, a unos insoslayables requisitos, pues si se trata de un medio para preservar la estructura del proceso y las garantías de los sujetos procesales, quien las aduzca no sólo debe acatar los principios generales que rigen este medio de impugnación extraordinario, sino que debe sustentarlas en debida forma, indicando el motivo de la nulidad, la irregularidad sustancial que alega, la manera como ésta socava la estructura del proceso (error de estructura) o afecta las garantías de los sujetos procesales (error de garantía) y la actuación que en virtud del yerro queda viciada.

Si no se cumplen esos requisitos, la censura no puede tener éxito, toda vez que a la Corte, por virtud del principio de limitación, le está vedado corregir los defectos del libelo.

Primer cargo

1. Acusa al Tribunal Nacional de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, por violación del debido proceso, por cuanto que en el presente

diligenciamiento no se dictó la resolución de apertura de instrucción, pieza procesal que, en su criterio, es de ineludible proferimiento para delimitar las diferentes etapas de la actuación.

2. Si bien escogió el motivo de nulidad adecuado, de todos modos no desarrolla la censura, pues no señala cómo la ausencia de la providencia que echa de menos se constituye, por mandato legal, en pieza fundamental de la estructura del proceso, cuya omisión conlleve el desquiciamiento del mismo.

3. De otro lado, no es cierto, como lo destaca el Ministerio Público y como quedó consignado en los antecedentes de esta sentencia, que no se haya proferido dicha resolución, toda vez que a los folios 68 y 69 del cuaderno original número uno, aparece que el Fiscal Regional dispuso la apertura de instrucción, mediante resolución fechada el 23 de marzo de 1994.

Ante la falta de técnica y de razón, el cargo no prospera.

Segundo cargo

1. Denuncia que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, por cuanto que a su defendido no se le interrogó por el cargo concerniente al concierto para delinquir, previsto en el artículo 44 de la Ley 30 de 1986, lo que condujo a la transgresión del derecho de defensa y del debido proceso.

2. Aunque entremezcla, antitécnica, los conceptos de derecho de defensa y de debido proceso, del desarrollo se infiere que quiso referirse al primero, cuando asegura que se sorprendió al procesado con una imputación que no fue motivo de interrogatorio en la diligencia de indagatoria.

1. Sin embargo, no es cierto que al procesado Hincapié Gutiérrez no se le haya preguntado lo relacionado con la organización criminal de la cual formaba parte.

En efecto, revisados los folios 128 a 135 y 193 a 200 de los cuadernos originales números uno y dos, respectivamente, resulta fácil colegir que el instructor cuestionó al indagado por las personas que formaban parte de la organización delictiva, las actividades ejercidas por cada uno de sus miembros, su dedicación al tráfico de estupefacientes, la manera como se financiaban, los medios utilizados para transportar la droga, los contactos que tenían y el contenido de las conversaciones telefónicas sostenidas por los diferentes integrantes del grupo, aspectos que, sin lugar a dudas, hacen directa referencia al delito de concierto para delinquir, previsto en el artículo 44 de la Ley 30 de 1986, el cual fue imputado en la resolución de acusación.

Sobre este punto, es oportuno reiterar que la ley procesal no exige que al sindicado se le interroge en términos técnicos, tales como el nomen juris de la conducta que se le atribuye, toda vez que el artículo 360 del C. de P. Penal establece que el funcionario judicial interrogará al imputado en relación con los hechos que originaron su vinculación, es decir, sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que los mismos ocurrieron, sin que existan formas sacramentales cuya omisión genere alguna irregularidad.

1

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

Tercer cargo

1. Manifiesta que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, toda vez que ni en la resolución de acusación ni en los fallos de instancia se hizo expresa referencia a la época en que se cometió el punible de concierto para delinquir, omisión que condujo a la violación del derecho de defensa y del debido proceso.

1. Esta censura también adolece de fallas técnicas, pues no se muestra cómo la pretendida omisión afectó la estructura del proceso o el derecho de defensa del acusado.

1. De otro lado, no se ajusta a la realidad procesal lo afirmado por el casacionista, ya que revisado tanto el pliego acusatorio como los fallos de primera y segunda instancia, se advierte que tuvieron como soporte la denuncia presentada por Carlos Mario Acosta, el contenido de las grabaciones magnetofónicas y las explicaciones suministradas por los propios procesados, elementos de juicio de los que claramente se desprende no sólo la circunstancia echada de menos por el actor, sino también las diversas actividades delictivas que cada uno de los vinculados ejecutó, según hechos acaecidos con anterioridad al mes de octubre de 1993, como quedó plasmado en las citadas providencias.

Así mismo, no existe duda sobre que la defensa supo exactamente cuál fue el hecho punible imputado al procesado, sin confusión de ninguna naturaleza, lo que le permitió ejercer cabalmente el contradictorio.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Cuarto cargo

1. Aduce que el fallo se dictó en un juicio viciado de nulidad, por cuanto que el cierre de la investigación y la calificación del sumario se hicieron de manera parcial, pues sólo se refirieron al punible de concierto para delinquir, cuando, en su criterio, la instrucción comprendía también la infracción al artículo 33 de la Ley 30 de 1986, yerro que condujo a que se rompiera la unidad procesal con detrimento del debido proceso y del artículo 27 del Código Penal, en razón a que los dos comportamientos no sólo son conexos sino que

están tan íntimamente relacionados que la tipificación del primero depende necesariamente de la demostración del segundo.

2. El reproche se queda en el enunciado, pues el libelista no demuestra, frente a lo dispuesto por los artículos 438 A del C. de P.P., que faculta al fiscal para disponer el cierre parcial de la investigación, 88, ibídem, al tenor del cual la ruptura de la unidad procesal no genera nulidad siempre que no afecte las garantías constitucionales, y 505, ejusdem, según el cual, la acumulación jurídica de penas también procede cuando los delitos conexos se hubieren fallado independientemente, que la ruptura de la unidad procesal socavó la estructura del proceso o afectó las garantías del procesado.

3. Así mismo, de manera incoherente y confusa y violando el principio de autonomía de las causales y los cargos, se desvía a la causal primera, cuando asegura que el concierto para delinquir, de que trata el artículo 44 de la Ley 30 de 1986 (después modificado por el 8º de la Ley 365 de 1997), no es un punible autónomo que se tipifique con la simple concertación con el fin de realizar conductas relacionadas con el narcotráfico, sino que es menester que éstas se cometan, censura que ha debido presentar y desarrollar de manera separada, por la causal 1ª, por violación directa del artículo 44, citado, en razón a que su desatinado entendimiento habría llevado a aplicarlo indebidamente, ya que una cosa es que, aceptada la conexidad, se afirme que en guarda del debido proceso, los delitos conexos, como norma general, deban investigarse y fallarse en un solo proceso y otra muy distinta que se sostenga que el fallador cometió un error de juicio al no percatarse que la tipificación del punible de concierto para delinquir, descrito en el precepto tantas veces mencionado, dependía de la existencia de otro delito.

Ante la falta de técnica y de razón, el cargo se desestimaré.

Quinto cargo

1. Finalmente, acusa al Tribunal Nacional de haber dictado sentencia en un juicio viciado

de nulidad, por omisión de una prueba que incidía en los presupuestos del artículo 247 del C. de P. Penal, respecto de la certeza del hecho punible y de la responsabilidad penal del acusado. Agrega que el fiscal regional no reiteró la Carta Rogatoria S-19-001 del 7 de junio de 1994, la que propendía por establecer si existió o no el envío de cocaína al exterior y, consecuentemente, si hubo o no concierto para delinquir.

2. Aunque el censor no señala el motivo de nulidad que soporta su petición, sin embargo, del desarrollo de la disertación se deduce que se trata del quebrantamiento del derecho de defensa, por desconocimiento del principio de investigación integral.

3. No obstante, la censura no puede prosperar, pues el demandante la dejó en el enunciado, como quiera que no evidencia la conducencia, pertinencia y utilidad de la mencionada Carta Rogatoria, ni su trascendencia frente a los elementos de convicción que fundamentaron el fallo, esto es, cómo de haberse allegado hubiera redundado en beneficio del acusado.

El cargo no prospera.

Causal Primera

Primer cargo

1. De manera subsidiaria, acusa al sentenciador de haber violado indirectamente la ley sustancial, por error de hecho en la apreciación de la prueba, yerro que condujo a dar por establecida la materialidad del delito de concierto para delinquir, abstractamente descrito en el multicitado artículo 44 de la Ley 30 de 1986, con evidente transgresión de los artículos 29 de la Carta Política y 247 y 445 del C. de P. Penal. Reitera, igualmente, que para que se tipifique dicho punible, es necesario que se realice cualquiera de las conductas punibles descritas en la normativa en precedencia señalada y relacionadas con el narcotráfico.

Así mismo, asegura que los juzgadores llegaron al convencimiento de la materialidad de la violación del artículo 44, con apoyo en una serie de hipótesis “sin fundamento probatorio contundente”, toda vez que la contestación a la Carta Rogatoria era el único medio de convicción legal que permitía confirmar la estructuración de aquel delito.

2. El cargo así presentado no puede tener éxito, dados los múltiples desatinos técnicos en que incurre, así:

2.1. En lo que atañe a la vulneración del artículo 44 de la Ley 30 de 1986, no indicó el sentido de su transgresión, esto es, si lo fue por falta de aplicación o por aplicación indebida.

2.2. Tampoco señaló el falso juicio que generó el error de hecho. Ahora bien, si se entiende que quiso referirse al falso juicio de existencia por suposición probatoria, de todos modos se queda en el enunciado, ya que no sólo no dice cuáles fueron los medios de convicción supuestos, sino que no muestra su incidencia, esto es, como de no haberse supuesto la prueba, no se hubiera tipificado el punible de concierto para delinquir, considerando los elementos que permitieron al Tribunal concluir en lo contrario.

2.3. Por otra parte, de manera confusa, entremezcla un nuevo cargo que en acatamiento al principio de autonomía, ha debido formular y desarrollar de manera separada, por la causal 1ª, por violación directa de la ley sustancial, como se expresó al contestar el 4º cargo por nulidad, cuando sostiene que la existencia del concierto para delinquir descrito en el artículo 44 de la Ley 30 de 1986 depende de que se cometan los punibles concertados.

Como quiera que la falta de técnica imposibilita el estudio de fondo de la censura, la misma se rechazará.

Segundo cargo

1. Acusa al Tribunal de haber violado indirectamente la ley sustancial, por error de hecho en la apreciación de las pruebas, yerro que condujo a dar por demostrada la responsabilidad de los procesados. Añade que el examen fonoespectrográfico que se practicó sobre las grabaciones de varias conversaciones telefónicas, fue tergiversado en su contenido material, ya que se “puso a esas charlas a decir lo que realmente no decían, es decir, se les cambió su contenido material”, irregularidad que conllevó a la aplicación indebida del artículo 247 del C. de P. Penal y falta de aplicación del 445 de la misma obra, así como también a la vulneración del artículo 29 de la [Constitución Política](#).

2. El libelista incurre en insalvables desatinos técnicos que condenan al fracaso la censura, así:

2.1. No dice cuáles fueron las normas sustanciales de la parte especial del Código Penal vulneradas, ni su sentido, es decir, si fueron transgredidas por falta de aplicación o por aplicación indebida.

2.2. Deja la censura en un simple enunciado, pues no muestra la alegada tergiversación material de la prueba y su trascendencia frente a la parte conclusiva de la sentencia, habida cuenta que el discurso lo reduce a personales apreciaciones respecto a la forma como fue valorada aquélla, lo que no constituye yerro demandable en casación, prevaleciendo, ante la discrepancia de criterios, el del juzgador, por llegar la sentencia a esta sede amparada por la doble presunción de acierto y legalidad.

2.3. Por último, si estimaba que las deducciones a las que llegó el juzgador, al valorar las transcripciones de las grabaciones magnetofónicas, resultaban desatinadas, esto es, que las palabras utilizadas en los diálogos, tales como “madera de nogal”, “diamantes”, “mercancía”, “libros”, “camisas”, “tejas”, etc., no significaban, una forma vedada para denominar las sustancias estupefacientes, debió presentar la

censura bajo los postulados del error de hecho por falso raciocinio, indicando y demostrando cuál fue la regla vulnerada y su incidencia en la parte dispositiva del fallo.

En estas condiciones, este cargo tampoco puede prosperar.

Tercer cargo

1. Finalmente, acusa al Tribunal Nacional de haber violado de manera indirecta la ley sustancial, por error de hecho en la apreciación de las pruebas, al aumentar la pena que en primera instancia se impuso a su defendido, quebrantando la prohibición de la reformatio in pejus, toda vez que supuso, para incrementar el quantum punitivo, la existencia de la organización criminal.

Como normas violadas cita los artículos 34 de la Ley 81 de 1993, 227 del C. de P. Penal y 61 del Código Penal.

2. Este cargo, al igual que los anteriores, está indebidamente propuesto, por lo que no puede tener éxito.

En efecto, entendiendo que el ataque a la sentencia está centrado en el desconocimiento del precepto constitucional estatuido en el artículo 31, esto es, la prohibición de la reforma peyorativa cuando el procesado es apelante único, en forma reiterada y constante ha sostenido la jurisprudencia de la Sala que la censura debe plantearse acudiendo a la causal primera por la vía de la violación directa de la ley sustancial, pues se trata de un error in iudicando que nada tiene que ver con la valoración de los hechos o de las pruebas.

Por tal motivo, resulta evidente que el censor equivocó la vía de ataque, al orientarlo por los senderos de la transgresión indirecta de la ley sustancial, por error de hecho por

falso juicio de existencia por suposición probatoria, ya que, como se dijo, la discusión debe ser eminentemente jurídica sin inmiscuir análisis fácticos y probatorios.

3. Así mismo, y como se expone en el siguiente acápite, en el que se rechaza la casación oficiosa solicitada por el Ministerio Público, no le asiste razón al demandante.

El cargo no prospera.

Casación oficiosa

1. Considera la representante del Ministerio Público que, de conformidad con lo estipulado en el artículo 228 del C. de P. Penal, la sentencia debe casarse oficiosamente, por cuanto que, en su criterio, vulnera la garantía fundamental consagrada en el artículo 31 de la Constitución Política, toda vez que contra el fallo de primera instancia los procesados Inés González Pulido y Jimmy Rodríguez Lozano interpusieron el recurso de apelación, siendo únicos apelantes y, no obstante, el Tribunal Nacional incrementó el quantum punitivo, desconociendo el principio de “non reformatio in pejus”.

Advierte que conoce los reiterados pronunciamientos de la Sala acerca de los fallos de instancia donde procede la consulta, en los cuales el superior puede agravar la pena impuesta sin que ello constituya violación al precepto constitucional, sin que los comparta, en razón a que la citada preceptiva no hace ningún tipo de excepción frente al mencionado grado jurisdiccional, el que opera de manera residual, es decir, si la providencia no fuere apelada.

2. Una vez más debe reiterar la Corte que la consulta es un grado de competencia funcional que, al tenor del artículo 217 del C. de P. Penal, permite al superior decidir sin limitación alguna sobre la providencia o la parte pertinente de ella. Es un mecanismo imperativo de revisión de la legalidad de ciertas decisiones adoptadas por el inferior, distinto de la apelación, establecido por motivos de interés público, que se surte por

ministerio y en los casos expresamente previstos en la ley, sin que la extensión de ese control quede a discreción de los sujetos procesales, de modo que la competencia del juez no depende de si una sola o ambas partes apelaron, ya que con apelación o sin ella tiene la facultad de revisar de manera ilimitada y en todos sus aspectos el proveído que se somete a su conocimiento y agravar la situación del procesado, así sea apelante único.

Dentro de ese entendido, si se aceptara que con la apelación única, cuando se trata de providencias consultables, el superior no puede reformar peyorativamente la decisión, se estaría negando el instituto y el control obligatorio que a través de él y en beneficio del Estado de derecho y del interés público se quiso establecer, pues bastaría que el procesado apelara para que no operara, ya que, en tal caso, sólo se podrían revisar los aspectos impugnados.

Por lo anterior, si bien es cierto que el artículo 31 de la Carta consagra una garantía a favor del condenado, cuando es apelante único, no es absoluta, sino que está ponderada por la institución de la consulta y la legalidad de la sanción.

En consecuencia, no se casará, oficiosamente, la sentencia.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, 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 y devuélvase a la oficina de origen.

CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

HERMAN GALÁN CASTELLANOS
ARGOTE

CARLOS AUGUSTO GALVEZ

JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEGÓ

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

NILSON PINILLA PINILLA

Salvamento parcial de voto

TERESA RUÍZ NUÑEZ

Secretaria

1 Ver, entre otras, casación del 3 de marzo de 1999, M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote.