

Proceso No 18068

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

Aprobado Acta N° 34

Bogotá, D.C., trece de marzo de dos mil tres.

VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado JORGE FERNANDO SERRANO GUAYARA, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el 20 de septiembre de 2000, mediante la cual confirmó la que el Juzgado Único del Circuito Especializado de esa ciudad dictó el 23 de junio del mismo año condenándolo a las penas principales de 9 años de prisión y multa de 29 salarios mínimos legales, como autor responsable de infracción a la Ley 30 de 1986, privación ilegal de la libertad y concusión.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En la mañana del 7 de diciembre de 1994, el teniente de la Policía Nacional JORGE FERNANDO SERRANO GUAYARA y el sargento Édgar Pabón Rodríguez, junto con otros agentes, se trasladaron al sitio 'Remembranzas' ubicado en la carretera que de Armenia conduce a Pereira, porque el primero había recibido información acerca de la

presencia de un cargamento de cocaína. En efecto, en tal lugar fue interceptado un vehículo y capturado Gustavo Cardona Sánchez. En el informe respectivo se dijo que la cantidad de sustancia era de 10 kilos. Posteriormente se estableció que en realidad se trataba de 22 kilos del alcaloide, que a Cardona se le exigió una suma de dinero por dejarlo en libertad y que mientras el conseguía la cifra permaneció retenido, en su reemplazo, Fernel Egidio Castrillón.

Con base en los informes de inteligencia, el Juzgado 81 de Instrucción Penal Militar con sede en Armenia dispuso adelantar una investigación preliminar el 5 de enero de 1995. En virtud de sus resultados, ordenó la apertura de instrucción el 20 de los mismos mes y año, fecha en la cual fue oído en indagatoria JORGE FERNANDO SERRANO GUAYARA

De la misma manera fueron vinculados Édgar Ricardo Pabón Rodríguez, Fredie Arias Zuleta, Ferney Montoya Pava, José Jair Valencia Martínez, Leonardo Alfonso Sánchez Vanegas y Jairo Humberto Amorocho Rozo.

Mediante auto del 3 de junio de 1996 el juzgado instructor resolvió la situación jurídica de SERRANO GUAYARA imponiéndole medida de detención por las conductas punibles de peculado por apropiación, concusión, falsedad ideológica, violación de habitación ajena por empleado oficial y privación ilegal de la libertad.

Posteriormente, la Fiscalía Regional de Armenia avocó el conocimiento de la actuación y luego de declarar cerrada la investigación, la calificó acusando, entre otros, a SERRANO GUAYARA, como presunto coautor de los delitos previstos en los artículos 33 y 39 de la Ley 30 de 1986, así como por concusión, falsedad ideológica en documento público, privación ilegal de la libertad y hurto calificado, según resolución del 10 de septiembre de 1998.

El Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Pereira asumió el conocimiento del juicio, quien después de superar algunas incidencias procesales, profirió fallo de primer

grado en el sentido y fecha conocidos, el cual fue confirmado por el tribunal con el suyo que es objeto de este recurso extraordinario.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA

El demandante postula una censura con apoyo en el artículo 220-2 del Código de procedimiento Penal de 1991, por considerar que la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación.

El desatino se estructura porque en las sentencias de las instancias se dobló el mínimo de pena previsto en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, al tenerse en cuenta una circunstancia específica de agravación prevista en el artículo 38-3 ibídem, la cual no fue imputada en la resolución de acusación que cobijó a SERRANO GUAYARA.

Reitera que el tribunal confirmó en su totalidad el fallo de primer grado, sin advertir que el Fiscal Regional no hizo ninguna mención sobre la mencionada circunstancia específica de agravación, ni en la parte motiva, ni en la resolutive del pliego de cargos.

Comenta que el artículo 442-1 del Decreto 2700 de 1991 exige entre los requisitos formales de la resolución de acusación, además del señalamiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que especifiquen los hechos investigados, la concreción de las circunstancias específicas de agravación punitiva modificadoras de la punibilidad, como lo es la contenida en el artículo 38-3 de la citada Ley 30, para que el procesado conozca a cabalidad los cargos y pueda defenderse.

A pesar de que el funcionario instructor no observó esa obligación porque ninguna mención hizo sobre tal circunstancia de agravación que implica un fuerte aumento de pena, los fallos de primer y segundo grados condenaron a SERRANO GUAYARA por un cargo del cual no fue acusado.

Transcribe el segmento pertinente a la dosificación de la pena en la sentencia de primer grado, en el cual se da aplicación al artículo 38-3 de la Ley 30 de 1986 afectando el mínimo legal previsto en el 33 ibídem; del mismo modo, copia la parte resolutive de la acusación en la que se le formula el cargo al procesado, para apuntar que los juzgadores no podían hacer otra cosa que dictar sentencia conforme a esa imputación, mas no adicionar causales de agravación que no fueron tenidas en cuenta por la fiscalía.

Después cita jurisprudencia de la Corte alusiva a la naturaleza de la resolución de acusación y a la imposibilidad de proferir sentencia por circunstancias no deducidas en el calificadorio, para luego solicitar que se case parcialmente la sentencia demandada y se disponga que la pena sea por infracción al artículo 33 de la Ley 30 de 1986, sin el incremento fijado en el artículo 38-3 del mismo texto legal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 2º Delegado para la Casación Penal empieza por comentar cómo se debe demostrar la causal de casación aducida en la demanda, la de incongruencia del fallo con la resolución de acusación, para lo cual cita un pronunciamiento de la Sala que data del 11 de abril de 2002.

A su modo de ver, el casacionista carece de razón, pues encuentra que la conducta consistente en conservar para vender droga que produzca dependencia, en cantidad superior a cinco kilogramos, la cual describe y sanciona la Ley 30 de 1986 en sus artículos 33 y 38-3, por hecho ocurridos antes de ser reformada por la Ley 365 de 1997, sí fue imputada de manera tanto fáctica como jurídica y en forma precisa en la resolución de acusación.

Para respaldar ese aserto, el Procurador procede a transcribir las secciones de la parte motiva de la resolución de acusación en las cuales se delinean los cargos en sus aspectos fáctico y jurídico, subrayando que se hizo mención a que la conducta recayó sobre

más de cinco kilos de cocaína y que en tal decisión se citó el artículo 38-3 de la Ley 30 de 1986 el cual consagraba la circunstancia de agravación punitiva operante por ese motivo.

El Delegado admite que en la parte resolutive de la sentencia la fiscalía omitió citar el mencionado artículo 38-3, pero al tiempo destaca que conforme a la regulación procesal en vigencia para cuando se formuló el pliego de cargos, en la parte resolutive de la acusación debía plasmarse la calificación jurídica genérica la cual se integraba con la motiva para una mayor precisión.

Destaca, del mismo modo, que la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, a pesar de que conoció de la apelación interpuesta contra el pliego de cargos por otros procesados diferentes a SERRANO, conservó la acusación contra éste dentro del mismo marco fáctico del plasmado por el fiscal a quo.

En tal medida, sostiene que la imputación es inequívoca porque la causal de agravación deriva del hecho consistente en que la cantidad de sustancia ilícita manipulada fue de doce kilos, y porque en el cuerpo de la providencia acusatoria se citó como disposiciones en las que esa conducta encajaba los artículos 33 y 38-3 de la Ley 30 de 1986.

El Procurador pone de presente que los juzgadores de las instancias encontraron demostrado el hecho y que el juez de conocimiento invocó idéntico basamento jurídico, para demostrar lo cual hace las correspondientes citas de los fallos.

A su modo de ver, entonces, tanto la imputación fáctica (el apoderamiento de doce kilogramos de sustancia estupefaciente), como la jurídica (artículos 33 y 38-3 de la Ley 30 de 1986) estuvieron correctamente deducidas en la acusación y en las sentencias de primera y segunda instancias, las cuales conforman unidad inescindible.

Por último, observa, de conformidad con las exigencias para elaborar la acusación en el derogado Código de Procedimiento Penal, que se adoptaba un sistema mixto de

imputación, referido a la fáctica y a la jurídica; el primero, preciso e inmodificable en tanto traza los parámetros del juicio; el segundo referido al nomen juris; ambos, aplicados adecuadamente en la acusación, en cuya parte resolutive, si bien se omitió la cita del artículo 38-3 ya mencionado, no se incurrió en irregularidad alguna, porque la conducta se adecuó de modo específico en esta disposición en la motiva.

Por las anteriores razones, solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El casacionista enfoca la censura por la vía de la causal 2ª de casación prevista en el artículo 220-3 del Decreto 2700 de 1991, porque estima que los fallos de las instancias imputaron una causal específica de agravación que no fue considerada en la resolución acusatoria, vale decir, aquéllos no guardan congruencia con esta determinación.

Son múltiples los pronunciamientos en los cuales la Sala ha sentado su doctrina, dentro del ámbito del esquema procesal diseñado en el Código de Procedimiento Penal bajo cuyo imperio se agotó la presente actuación, acerca de la función y el papel que cumplía el pliego enjuiciatorio, así como sobre los eventos que daban lugar a inconsonancia entre esta determinación y la sentencia.

En ese sentido, en sentencia del 5 de diciembre de 2002, con ponencia de quien ahora cumple igual papel, dijo la Corporación lo siguiente:

“La Sala en múltiples ocasiones ha tenido oportunidad de señalar cuáles son los fundamentos y alcances del principio procesal de la congruencia, a partir de la premisa de que la resolución de acusación es acto fundamental del proceso dado que tiene por finalidad garantizar la unidad jurídica y conceptual del mismo, delimitar el ámbito en que va a desenvolverse el juicio y, en consecuencia, fijar las pautas del proceso como

contradictorio. Por eso la ley regula los presupuestos procesales de la acusación (Art. 438), sus requisitos sustanciales (Art. 441) y su estructura formal (Art. 442), preceptos sustituidos, en su orden, por los Arts. 393, 397 y 398 de la Ley 600 de 2000. De ahí que la regulación de la estructura de la sentencia contenida en el artículo 180-1, 3, 5 y 7 del anterior C. de P. Penal -170 del actual- tenga como referente el concepto de acusación al señalar como vicio de la misma, demandable en casación, su falta de correspondencia con el pliego de cargos (Art. 220-2 del derogado C.P.P., 207 del hoy vigente).

Por consiguiente, siendo la resolución acusatoria presupuesto y límite del juzgamiento, como también lo ha dicho la Corte, pues en ella tiene lugar la realización de la imputación al procesado, tanto fáctica -concreción de los hechos-, como jurídica -señalamiento del tipo penal en el cual se subsume la conducta con la indicación de todas aquellas circunstancias que la especifican-, el juez no puede desbordarla en la sentencia y, en consecuencia, está obligado a dictar el fallo en consonancia con los cargos allí formulados, lo cual implica que no puede condenar o absolver por imputaciones diversas a las señaladas en el procesatorio.

Sin embargo, y siempre en el contexto del Código de 1991, podía proferir condena por un delito diferente al de la acusación, igualmente lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala, a condición de que resultara menos gravosa para el procesado y estuviera dentro de los mismos título y capítulo que el de la acusación, como quiera que la 'calificación que se efectúa en la acusación es provisional y no rígida, lo cual significa que en la sentencia se puede variar el delito, no en cuanto al género delictivo sino respecto de su especie dadas las circunstancias que no se tuvieron en cuenta con antelación o que fueron desvirtuadas con posterioridad y que, muchas veces, llevan a proferir una decisión definitiva distinta a la provisional pronunciada. Por lo tanto el juzgador puede realizar los ajustes que considere necesarios, siempre y cuando no contraría el capítulo señalado en la resolución acusatoria, ni el marco fáctico esencial fijado en ella, ni agrave

la posición del acusado.’ -Cas. 10.827, 29 de julio de 1998, M.P. Carlos E. Mejía Escobar-.” (Radicación 16.878).

Si bien el casacionista cumplió con la tarea de poner en contraste el contenido del pliego de cargos con el de los fallos, exigencia elemental en orden a enseñar la desarmonía en los planos fáctico y jurídico-conceptual entre esos dos hitos procesales, lo hizo, como también lo detectó el Procurador Delegado, de modo parcial, ocultando que, en efecto, la causal de agravación punitiva que reputa novedosa en el contexto de las sentencias –la contenida en el artículo 38-3 de la Ley 30 de 1986-, sí fue endilgada de manera clara, límpida, precisa e inequívoca en la acusación.

De la siguiente manera el órgano instructor plasmó sus consideraciones sobre ese concreto aspecto en la resolución del 10 de septiembre de 1998:

“Esto es indicio grave, además, de la prueba directa sobre la realización del operativo dentro del cual se hizo la aprehensión del señor GUSTAVO DE JESUS CARDONA SANCHEZ para el día 7 de diciembre de 1994, en el lugar conocido como Remembranzas, sobre la vía que de Armenia, Quindío, conduce a Pereira, Risaralda, con el decomiso de los 22 kilos de cocaína, de los cuales se reportaron solo diez, operativo que, acorde con la prueba allegada al proceso, estuvo en todo momento, y las subsiguientes actuaciones, bajo la dirección del teniente de la policía JORGE FERNANDO SERRANO GUAYARA...

...

Con todo el acervo probatorio allegado se confirmó la información suministrada en el oficio de fecha diciembre 12 de 1994, emanado de la Fiscalía Regional con sede en Armenia, Quindío, y dirigido al señor Director de la Fiscalía Regional de Cali, en el que se expresó las razones legales para la intervención de la línea telefónica 457486 del señor JAVIER VALENCIA PARRA, con la que se acreditó el diálogo, y según el comunicado por parte de los detectives, entre el señor JAVIER VALENCIA (Francisco Javier Valencia

Parra), y el Jefe de la Unidad Investigativa Regional de la Policía Nacional, Tte. JORGE FERNANDO SERRANO GUAYARA, relacionado con el operativo y sobre la droga decomisada a GUSTAVO DE JESUS CARDONA SANCHEZ, que a no dudarlo señalaba la intención de que la cantidad de sustancia que no fue puesta a disposición de la Fiscalía Regional, fuera vendida con el treinta por ciento de pureza y conociendo que el resto era sintético.

...

Se da también el concurso efectivo de los anteriores tipos con el contemplado en el art. 33 de la Ley 30 de 1986, sancionado con pena de prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa en cuantía de diez (10) a cien salarios mínimos, según el inciso primero, pena que se agrava conforme al numeral 3º del art. 38 ibidem, toda vez que los policiales, mediante el apoderamiento o sustracción de la sustancia decomisada al capturado GUSTAVO DE JESUS CARDONA SANCHEZ, adquirieron, para vender, los doce (12) kilos de cocaína, como se acreditó en las conversaciones telefónicas con el supuesto informante FRANCISCO JAVIER VALENCIA PARRA, quien le puso precio a la droga por ser de poca pureza, según él, del 30%, siendo la demás sintética”.

Es palpable, entonces, que la fiscalía halló que la acción desplegada por el procesado consistente en el apoderamiento de gran parte de la sustancia ilícita decomisada en el operativo policial que adelantó, 12 kilos de cocaína, con el fin de comercializarla con posterioridad, encontraba perfecto acomodo en la descripción típica prevista en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986 antes de ser reformada por la Ley 365 de 1997, y que por tratarse de una cantidad superior a cinco kilos del alcaloide, emergía aplicable la causal específica de agravación contenida en el artículo 38-3 de aquel texto legal.

Es cierto que en la parte resolutive de la calificación se concretó el cargo acusando, entre otros, a SERRANO GUAYARA, como presunto autor responsable, además de otras

conductas punibles, del delito previsto en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, sin mencionar el canon 38-3 de esta normatividad.

Pero tal omisión no constituye desaguizado alguno como para que pueda pensarse que se rompió la estructura de la pieza acusatoria, pues de conformidad con el artículo 442-3 del Código de Procedimiento Penal de 1991, ésta debía contener la “calificación jurídica provisional, con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal”. Esta exigencia tiene como connotación fundamental la de fijar a través de la concreción del capítulo y del título correspondiente del Código Penal, el nomen juris genérico al cual se amoldan los hechos que también deben ser narrados en forma sucinta, con indicación de todas las circunstancias de modo tiempo y lugar que los especifiquen.

De esa forma se integra lo que la jurisprudencia de la Corte ha dado en llamar el marco fáctico y conceptual de la imputación, cuyo carácter genérico y provisional le permite al fallador, según la controversia adelantada en el juicio, seleccionar dentro de la gama de especies delictivas comprendidas dentro de ese género, la específica en la cual encaje con mayor acomodo el fenómeno fáctico finalmente establecido, a condición que no se empeore de ningún modo la situación jurídica del procesado delineada en la acusación.

Además, como del mismo modo lo avizoró el señor agente del Ministerio Público, las partes motiva y dispositiva del pliego de cargos conforman unidad inescindible por cuanto aquella contiene los elementos fácticos y jurídicos, completos y exactos, que guían de forma lógica a la segunda.

Entonces, los juzgadores siguiendo los derroteros marcados en la acusación profirieron las sentencias declarando la responsabilidad de SERRANO GUAYARA, con la imputación definitiva del delito tipificado en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986,

deduciendo también la circunstancia de agravación punitiva contenida en el artículo 38-3 ibídem.

El juez de conocimiento discurrió sobre el particular de la siguiente manera:

“Parte de la droga sintética que SERRANO tenía pasó a manos de VALENCIA. ¿Cuál (sic) droga? Inexorablemente la que le quitaron a CARDONA. La misma que posteriormente GERMAN PARRA le propone a VALENCIA vendérsela a unos terceros para realizar la misma operación que le hicieron a CARDONA.

Luego, el análisis de las conversaciones confirma la versión de CARDONA en el sentido de que SERRANO se apropió de parte de la droga incautada el 7 de Diciembre de 1994, para posteriormente disponer de la misma, lo que encuentra acomodo dentro del tipo penal descrito en el artículo 33 de la ley 30 de 1986, en la modalidad de adquirir cocaína, en cantidad de 12 kilos, que es la cantidad de droga que dice CARDONA, le fuera incautada.

...

Al sustraer los 12 kilos de droga, el señor SERRANO actualizó el tipo penal de adquirir droga que produzca dependencia descrito en el Art. 33, inciso primero de la ley 30 de 1986, que tiene una punibilidad de 4 a 12 años de prisión, cuyo mínimo se duplica por confluir la circunstancia de agravación del artículo 38-3 por cuanto la droga adquirida supera los 5 kilos.”

El tribunal, al desatar la apelación interpuesta por la defensa del procesado y confirmar el pronunciamiento del a quo, sentó las siguientes premisas:

“Comparte reflexivamente la Sala el criterio emitido por el Juzgado en el sentido de que existe prueba plena o completa que produce certeza en relación con la

responsabilidad que se cabe (sic) a este procesado por una violación a la ley 30.

...

La sustancia fue incautada, el capturado asegura que portaba veintidós kilos de cocaína y que fueron entregados al investigador solamente diez y, ese mismo día, se intercepta comunicación de la que se desprende que el Teniente tiene en su poder una sustancia y que pretende venderla. Estos son todos hechos indicadores de un hecho indicado: que el señor SERRANO GUAYARA, se sustrajo y consecuentemente se apoderó del alcaloide faltante”.

En ese orden de cosas, aparece de una nitidez absoluta que las sentencias fueron respetuosas de los lineamientos comprendidos en la imputación fáctica y jurídica plasmada en la resolución de acusación. Expresado de otro modo, son por completo congruentes y armónicas con el pliego enjuiciatorio.

Por esas razones, ante la evidente falta de razón del cargo por la inexistencia del yerro denunciado, el reparo no prospera.

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

No casar el fallo de fecha, naturaleza y origen mencionados en las precedentes motivaciones.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese, cúmplase y devuélvase

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

HERMAN

GALÁN

CASTELLANOS

CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

TERESA RUÍZ NÚÑEZ

Secretaria