

Proceso No 20134

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

Aprobado Acta n.º 49

Bogotá, D.C., nueve de junio de dos mil cuatro

VISTOS

La Corte resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de los procesados JOSÉ HORACIO SALINAS CAMACHO y JHON JAIRO HERRERA GARCÍA, contra la sentencia de segunda instancia proferida el 17 de mayo de 2002 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, la cual confirmó la que el 15 de enero del mismo año dictó el Juzgado Único Especializado con sede en esa ciudad, que los condenó a la pena principal de 136 meses de prisión y multa por 600 salarios mínimos legales vigentes para el momento de los hechos, como autores de concierto para delinquir y tráfico de estupefacientes. En este fallo también fueron condenados Óliver Llanos Martínez y Luz Marina Calle Henao, como autores responsables del delito de tráfico de estupefacientes, a la pena de 32 meses de prisión y multa por 6.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los sucesos.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Gracias a labores de inteligencia desplegadas por el Cuerpo Técnico de Investigación de la

Fiscalía General de la Nación y por el Departamento Administrativo de Seguridad (D.A.S.) durante el año de 1999, las cuales comprendieron la interceptación de líneas telefónicas en Pereira y Dosquebradas (Risaralda), se obtuvo el desmantelamiento de un grupo dedicado al envío de importantes cantidades de narcóticos a Estados Unidos -vía Panamá- y Europa, mediante la utilización de correos humanos o el ocultamiento de la mercancía vedada en el equipaje de los connacionales que viajaban al exterior.

Fue así como se estableció que la organización envió desde Colombia 1 kilo de heroína que transportaba en su cuerpo Ramón Antonio Vargas Palacio, quien fue capturado en Panamá el 30 de diciembre de 1999 cuando intentaba salir con destino a Miami, y así mismo 25 kilos de cocaína el 2 de marzo de 2000 a Frankfurt (Alemania), transportados por Higinio Durán en el vuelo 535 de Lufthansa, y 26 kilos del citado alcaloide el 27 de marzo siguiente, con el mismo destino, por medio de Julio Yusti Carrillo; en las dos últimas oportunidades el alijo fue incautado por las autoridades germánicas.

Con base en los resultados obtenidos en la investigación preliminar, mediante resolución del 2 de octubre de 2000, el Fiscal 9º de la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de Bogotá ordenó la apertura de instrucción, la vinculación y la captura con esos fines de, entre otras personas, JHON JAIRO HERRERA GARCÍA y JOSÉ HORACIO SALINAS CAMACHO, a quienes, una vez aprehendidos, la fiscalía escuchó en indagatoria entre el 20 y 21 de octubre siguientes, y los afectó con medida de detención por los delitos de tráfico de estupefacientes (artículo 33, inciso 3º de la Ley 30 de 1986, modificado por el 17 de la Ley 365 de 1997), agravado (artículo 38-3 ibídem), y concierto para delinquir con fines de narcotráfico (artículo 186 del Decreto 100 de 1980, modificado por el 4º de la Ley 589 de 2000), cometidos en concurso.

Por iniciativa de los procesados HERRERA GARCÍA y SALINAS CAMACHO, el 26 de septiembre de 2001 se llevó a cabo diligencia de formulación de cargos con el fin de

acceder a sentencia anticipada, oportunidad en la cual aceptaron la imputación que se les hizo como coautores de los delitos de concierto para delinquir con fines de narcotráfico (artículo 340, inciso 2º, Código Penal), y tráfico de estupefacientes (artículo 376 inciso 1º, ibídem), cometidos en concurso material.

En tal virtud, el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Pereira profirió la sentencia de primera instancia, en la fecha y términos comentados, la cual, al haber sido apelada por la defensa que se mostró en desacuerdo con la invocación del artículo 38-3 de la Ley 30 de 1986, confirmó el tribunal ad quem con su fallo que es objeto de este recurso extraordinario.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor de los procesados, bajo la égida de la causal segunda prevista en el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, presenta un cargo contra la sentencia de segunda instancia, al considerar que no se encuentra en consonancia con las imputaciones plasmadas en el acta de formulación de cargos para sentencia anticipada.

Observa que el Código de Procedimiento Penal señala que el acta que contiene los cargos aceptados por el procesado equivale a la resolución de acusación; agrega el censor que en esa oportunidad el fiscal no formuló el cargo con la inclusión específica de la circunstancia de agravación punitiva señalada en el artículo 38-3 de la Ley 30 de 1986, norma que sirvió de base para que los sentenciadores incrementaran la pena privativa de la libertad que les fue impuesta a los endilgados SALINAS CAMACHO y HERRERA GARCÍA.

El libelista hace referencia a un pronunciamiento de esta Corte (30 de noviembre de 1999, ponencia del Magistrado Gálvez Argote), en la que se afirma que una omisión semejante no es motivo de nulidad ni impedimento para desconocer la circunstancia de agravación en la labor dosimétrica, para señalar enseguida que la causal de agravación

debió ser imputada de manera expresa en el acta de formulación y aceptación de cargos, para que los imputados supieran de qué se tenían que defender y de lo que iban a ser juzgados y condenados, razón por la cual el señalado precedente no puede tener aplicación porque está relacionado con la terminación ordinaria del proceso.

Afirma que SALINAS CAMACHO y HERRERA GARCÍA sólo pueden ser condenados por los cargos que aceptaron de modo libre en la mencionada diligencia, mas no por lo que se adicionó en las sentencias, como tampoco justificar la viabilidad de la agravante en la omisión del fiscal redactor de la imputación, ni en la objetividad de la causal, ni en el conocimiento que de ésta pudieran tener los justiciables.

Después de decir que con el yerro se vulneraron los principios de lealtad e igualdad previstos en la ley procesal, cita un aparte de un fallo de la Corte Constitucional del 27 de julio de 1995, para sostener que, sin excepción alguna, en la resolución de acusación deben ser imputadas las circunstancias de agravación punitiva, en refuerzo de lo cual cita fragmentos de salvamentos de voto del Magistrado Valencia Martínez, relacionados con la inclusión en el pliego de cargos de las circunstancias de agravación punitiva.

La concordancia entre resolución de acusación y sentencia es, dice el actor, una garantía esencial del procesado para que pueda diseñar y ejercer una adecuada defensa, la cual dependerá de la especificidad y claridad de aquélla. Cuando no hay congruencia entre uno y otro acto surge un motivo de nulidad constitucional y, por tanto, causal de casación.

Solicita, con base en los anteriores razonamientos, casar parcialmente la sentencia y, en consecuencia, descontar de la pena impuesta lo relacionado con la circunstancia de agravación punitiva consagrada en el artículo 38-3 de la Ley 30 de 1986, la cual no fue invocada en el acta de formulación de cargos aceptados por SALINAS CAMACHO y HERRERA GARCÍA.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 2º Delegado para la Casación Penal (e), luego de unas consideraciones acerca del interés del defensor para impugnar y de hacer una reseña importante de las interpretaciones que se han dado tanto en esta Corte como en la Constitucional sobre los efectos de la falta de inclusión en el acta de aceptación de cargos para sentencia anticipada de una circunstancia de agravación específica, que sí es reconocida en la sentencia, resalta que el caso bajo examen tiene varias diferencias con el tratado por el Tribunal Constitucional en la sentencia T-474 de 1992, pero que no impiden concluir que, sin ninguna excepción, no es posible omitir la mención expresa de las circunstancias específicas de agravación en el acto de acusación, toda vez que su clara expresión es presupuesto para que puedan ser aplicadas en la sentencia; ni siquiera la objetividad evidente de las mismas o la posibilidad de haber sido cuestionadas por la defensa, explican su ausencia.

Aunque en la mencionada decisión se hizo referencia al anteriormente denominado auto de proceder y en ella no se abordó el tema del acta de formulación y aceptación de cargos para sentencia anticipada, no hay complejidad, porque esa diligencia equivale en sus efectos a la resolución de acusación y porque el fallo alude al pliego de cargos, concepto que envuelve tanto el auto de proceder o resolución de acusación, como la señalada acta.

También menciona el señor agente del Ministerio Público que esta Corporación ha sido ambivalente sobre el tema, por cuanto en ocasiones ha exigido que las circunstancias específicas de agravación han de estar claramente en la acusación para que puedan considerarse en el fallo (sentencia del 9 de noviembre de 1989, radicación 3532), mientras que en otras ha dicho que no es indispensable, pues si se trata de circunstancias ostensibles, pueden dar base para la dosificación en la sentencia, así no aparezcan incorporadas de modo expreso en el pliego acusatorio.

Del mismo modo, cita la sentencia del 30 de noviembre de 1999, con ponencia del Magistrado Gálvez Argote, en la cual, a partir de la consideración consistente en que tales circunstancias específicas de agravación se entienden incorporadas al tipo básico, se dijo que no es necesario que estén formuladas expresamente en el pliego de cargos.

Luego, el Delegado cita una sentencia del 31 de octubre de 2002, con ponencia del magistrado Córdoba Poveda (radicación 14.724), en la cual se dijo que en el acta de formulación de cargos es indispensable imputarlos de manera clara y precisa, esto es, con el señalamiento de la conducta y de todas sus circunstancias genéricas y específicas que la agravan o atenúan, así como la calificación jurídica provisional, para que el procesado sepa a cabalidad qué acepta y de lo que será condenado, a fin de conservar el marco fáctico y jurídico que permita emitir un fallo congruente con aquél.

Subraya que en este último pronunciamiento ya se hizo una referencia concreta al acta de formulación y aceptación de cargos, oportunidad en la que el procesado, por encima de su defensor, es quien directa, libre y conscientemente manifiesta su conformidad o inconformidad con las imputaciones.

Enseguida sienta algunas reflexiones sobre la forma diáfana, clara y precisa como el respectivo funcionario debe formular los cargos para que el procesado no quede con ninguna duda acerca del sentido de la imputación, para luego sostener que tratándose de las circunstancias específicas de agravación punitiva, lo menos relevante para el procesado es su ubicación normativa, pues lo importante es el supuesto fáctico de que se ocupa la respectiva circunstancia y los efectos que en la pena surte su aceptación.

Del mismo modo, trae a colación un pronunciamiento del 23 de septiembre de 2003 (radicación n.º 20.134), en el cual la Corte, con referencia a la atribución de una circunstancia de agravación, con ponencia del magistrado Galán Castellanos, precisó,

según lo entiende el Delegado, que en la resolución de acusación es imprescindible fijar de modo inequívoco la imputación jurídica.

Para el Delegado, esta última jurisprudencia tiene gran incidencia en el presente caso. Afirma que aquí se quiere salvar la congruencia bajo el argumento según el cual el supuesto fáctico de la circunstancia de agravación específica se entiende incorporado al tipo básico. Esta interpretación no la avala, menos frente a la hipótesis de formulación anticipada de cargos, porque se trata de un escenario que no tiene posibilidades ulteriores de controversia, como las que se dan en la resolución de acusación. Por tanto, si la exigencia es predicable frente a esta decisión, con mayor razón de cara a la diligencia de formulación y aceptación de cargos.

Observa que no es de recibo sostener que el derecho a la defensa quedó a salvo porque en la resolución definitiva de la situación jurídica se haya imputado la agravante específica que habla de la cantidad de estupefaciente incautado, ya que no es una calificación jurídica vinculante; la congruencia se establece entre la sentencia y los cargos; en este caso, entre el acta de aceptación y el fallo, no entre la providencia que resolvió situación jurídica y la sentencia. Así lo tiene sentado la jurisprudencia, de la cual cita pronunciamientos del 31 de julio de 1997 (ponencia del Magistrado Calvete Rangel, radicación 7.830) y del 4 de septiembre de 2003 (ponencia del magistrado Lombana Trujillo, radicación 12.768).

Ya frente al problema concreto, sostiene que a pesar de que en la extensa acta de formulación de cargos se aludió de modo reiterado a la cantidad de 51 kilos de cocaína incautados en Alemania, cuya exportación es el núcleo de la imputación que se les hace a los procesados, esto nada más hace referencia al aspecto fáctico de la circunstancia de agravación, pero no a la jurídica, la cual abarca no sólo su ubicación dentro del respectivo título y capítulo del Código Penal, sino también “la indicación clara del supuesto que engloba tanto al tipo básico como las circunstancias que confluyen (ya sea

de mayor punibilidad o específicas) y la indicación de los efectos punitivos que su aplicación conlleva.”

Puntualiza que en la mencionada acta no se indicó la norma que contiene la causal de agravación; además, aún con mayor relevancia, resultaba esencial que se les hubiera señalado que los condicionamientos fácticos que tienen que ver con el hecho de que por ser una cantidad de estupefaciente superior a 5 kilos, según la preceptiva agravante aplicada, su responsabilidad se acrecentaba, así como que se les explicaran las consecuencias punitivas que ocasionaba su aceptación, para efectos que pudieran decidir de modo consciente si aceptaban la imputación.

De esa forma, el Delegado encuentra que a los procesados se les violó el derecho a la defensa material, porque no contaron con los elementos de juicio suficientes relacionados con la causal de agravación deducida en el fallo.

Opina que las causales de agravación no se pueden entender de hecho incorporadas al tipo básico, porque una cosa es ejecutar alguna de las conductas alternativas configurativas de narcotráfico, y otra que la cantidad de sustancia ilegal sobre la cual recayó el comportamiento supere un extremo que para el legislador merece un reproche más severo. Esto exige que la imputación, en especial si se trata de acta de formulación de cargos para sentencia anticipada, debe ser expresa de modo que no induzca al procesado a equívocos.

Discurre, de otra parte, sobre la premura a la que se ve abocado el procesado para evaluar si acepta la imputación en ese ámbito, y las limitaciones que tiene para acceder al mecanismo anticipado de terminación del proceso: una oportunidad en la instrucción y otra en el juicio. Del mismo modo, hace unas disquisiciones dirigidas a explicar por qué la presencia de defensor en el acta no subsana la deficiencia de conocimientos jurídicos del asistido.

Como encuentra que hubo vulneración al principio de congruencia entre los cargos formulados y aceptados por los procesados en el acta de terminación anticipada y la sentencia, cuando en ésta se incluyó la circunstancia específica de agravación que para la conducta punible de tráfico de estupefacientes señala el artículo 38-3 de la Ley 30 de 1986, circunstancia que, además, confluyó en el quebranto del derecho a la defensa, concluye que el cargo debe prosperar, para que la sentencia se case de modo parcial y con el propósito que la de reemplazo quede acorde con los cargos aceptados por los procesados, así como con los efectos favorables que se imponen respecto de la pena.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El reproche que formula el casacionista, apoyado en la causal segunda de impugnación extraordinaria (artículo 207 del Código de Procedimiento Penal), que busca la casación del fallo de segundo grado por no tener coherencia con el acta de formulación de cargos, si bien no constituye paradigma argumental, atina en el señalamiento del yerro y en la indicación de su eventual incidencia funesta a los intereses de los procesados.

El núcleo del ataque consiste en que los fallos de las instancias aplicaron una circunstancia específica de agravación punitiva, la contenida en el artículo 38-3 de la Ley 30 de 1986, referida a la cantidad de sustancia sobre la cual recayó la reprochada conducta de narcotráfico (artículo 33, inciso 1º ibídem), aunque no fue objeto de específica atribución en el acta de formulación de cargos para sentencia anticipada.

La concordancia entre sentencia y acusación, cualquiera sea el acto en el cual se halle contenida ésta (resolución, formulación de cargos para sentencia anticipada, o variación de la calificación provisional durante el juzgamiento), constituye, de un lado, base esencial del debido proceso, en cuanto se erige en el marco conceptual, fáctico y jurídico, de la pretensión punitiva del estado y, de otro, garantía del derecho a la defensa del procesado, en cuanto que a partir de ella puede desplegar los mecanismos de

oposición que considere pertinentes y porque, además, sabe de antemano que, en el peor de los casos, no sufrirá una condena por aspectos que no hayan sido contemplados allí.

Conforme a lo acabado de señalar, cabe decir que la ambivalencia que dice el Delegado observar en la jurisprudencia de esta Corte sobre el tema no es tal. Tales pronunciamientos han sido el producto de un proceso paulatino de hermenéutica sobre el alcance y entendimiento de la figura, de acuerdo con los diversos esquemas procesales que a lo largo del tiempo han operado en el medio patrio, y de las preceptivas constitucionales y legales que los desarrollan y gobiernan, el cual no se ha acabado de decantar, porque las leyes, cuando no se modifican, deben ser reinterpretadas para que respondan a la dinámica de los conflictos que se suscitan en la sociedad, y porque cuando ellas varían con la pretensión, nunca alcanzada, de estar a tono con esa dinámica social, también se impone un reacomodo del pensamiento guía en torno a la mejor forma de aplicarlas a los casos que han de resolver los jueces, siendo éste uno de los objetivos últimos de la jurisprudencia.

Así, por ejemplo, puede recordarse que la Corte, cuando despuntaba este decenio, dejó sentado con absoluta claridad que cualquier clase de circunstancia de agravación, específica o genérica, debía estar contenida en la resolución de acusación o su equivalente, al señalar que.

“...la Corte, en la actualidad, es del criterio que todas las circunstancias que impliquen incremento punitivo, específicas o genéricas, valorativas o no valorativas, en cualquiera de sus modalidades, deben hacer parte de la imputación fáctica de la acusación para que puedan ser deducidas en la sentencia, siendo suficiente para que esta exigencia se cumpla que el supuesto de hecho que las estructura aparezca claramente definido en ella, de suerte que su imputación surja inequívoca de su contenido.

Como ha sido ya precisado en pronunciamientos anteriores, no se trata de exigir

que la circunstancia aparezca jurídicamente identificada a través de la norma que la consagra, o mediante normas sacramentales predeterminadas, pero tampoco suponer que se las dedujo, donde no lo fueron, con el argumento de que su imputación resulta implícita o sobreentendida, en razón a la naturaleza de los hechos, o el simple recuento que de los mismos pudo haber sido efectuado en la acusación. Lo exigible es que el supuesto de hecho de la circunstancia que fue objeto de deducción en la sentencia (específica o genérica, valorativa o no valorativa), aparezca precisado inequívocamente en la acusación, de suerte que entre los dos actos procesales (sentencia y pliego de cargos) exista identidad plena en el aspecto fáctico (Cfr. Casación de 30 de noviembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote). (Sentencia del 4 de abril de 2001, Magistrado Ponente Fernando Arboleda Ripoll).

Es por eso que en la hora de ahora, de cara a una muy reciente reforma del proceso penal colombiano, contenida en la Ley 600 de 2000, la Corte ha dado en reconocer que en la acusación debe estar vertida, de manera clara, diáfana e inequívoca, tanto la imputación fáctica (atribución de la conducta objeto de reproche con la exacta indicación de todas sus circunstancias), como la jurídica (señalamiento preciso de las normas que recogen de forma abstracta aquellos condicionantes fácticos).

Esta última doctrina, que matizaba una que antecedió, según la cual no era necesario que las circunstancias genéricas de agravación objetivas o no valorativas estuvieran especificadas en la acusación para que pudieran deducirse en la sentencia, la mantuvo la Corte hasta el fallo del 23 de septiembre de 2003, cuando, con ponencia del Magistrado Herman Galán Castellanos (radicación 16.320), concluyó que las circunstancias de agravación deben estar en la acusación de modo fáctico y jurídico.

Este criterio viene siendo reiterado de modo sistemático, pues,

“Si bien la Sala tradicionalmente había sostenido, como corresponde a las providencias

citadas por el Tribunal, que bastaba en el pliego de cargos con el planteamiento fáctico de la investidura para deducir la agravante, amplió su criterio en pronunciamiento de 23 de septiembre de 2003 (Cfr. Rad. 16320, M.P. doctor Galán Castellanos).

A partir de esta decisión se viene en exigir que tanto la imputación del delito o de los delitos, como toda causal de agravación -genérica y específica- debe ser determinada diáfananamente en la resolución de acusación desde el punto de vista fáctico y jurídico.

Este criterio se reitera nuevamente en esta ocasión para señalar que el solo enunciado en la resolución de acusación del supuesto fáctico que configura la circunstancia aludida, no es suficiente para que pueda ser deducida en la sentencia. Como está dicho, se requiere inequívoca imputación jurídica, sin que ello implique que figure en la parte resolutive de la acusación, ni que se le identifique por su denominación jurídica o por la norma que la consagra. Implica, pues, valorada atribución, de tal suerte consignada en cualquiera de las fases de la acusación, que no se abrigue duda acerca de su imputación". (Auto segunda instancia, del 5 de febrero de 2002, radicación 21.942, Magistrado Ponente Mauro Solarte Portilla).

Frente al caso concreto, se observa que en la diligencia de formulación de cargos para efectos de sentencia anticipada, que se llevó a cabo el 26 de septiembre de 2001 (folio 287, cuaderno n.º 26), en las consideraciones que el fiscal hizo respecto del tema de la tipicidad, se dijo lo siguiente:

"... En la resolución que resolvió la situación jurídica de estos sindicatos, se tipificó o encuadró la conducta de los señores JHON JAIRO HERRERA GARCÍA Y JOSE HORACIO SALINAS CAMACHO, como una violación al otrora Estatuto Nacional de Estupefacientes, en su artículo 33 inciso 3º, norma que fuera modificada por el artículo 17 de la ley 365 de 1997, regulación esta que fuera derogada por la ley 599 del año 2000, ubicando el comportamiento en su título XIII, capítulo II, artículo 376 cuyo inciso 3º agravó la

punibilidad de dicho comportamiento relacionado con el TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES; en concurso material homogéneo es imputable la de CONCIERTO PARA DELINQUIR con fines de narcotráfico, que se encontraba prevista en el artículo 186 del anterior código penal, modificado por el artículo 4º de la ley 589 del año 2000.”

Más adelante, después de hacer referencia a las pruebas que patentizan la ejecución de las conductas y de hacer reiterada cita a la incautación de 51 kilos de cocaína en territorio alemán y mención a la de 100 comprimidos de heroína en Panamá, en la citada diligencia afirmó la fiscalía que:

“Con los anteriores elementos de prueba, se establece de manera incuestionable, la tipificación de las conductas por las que se procede, como son el tráfico de estupefacientes, toda vez que sin permiso de autoridad competente, se obtuvo, se suministró, conservó y sacó del país, drogas que producen dependencia, lo que se realizara por varias personas, que conformaban una red dedicada a esa actividad ilícita desde tiempo atrás, concertadas para ese fin.”

Luego, la fiscalía trata el punto de la culpabilidad, con relación a las actividades investigativas desplegadas tanto por las autoridades de Alemania como por las locales y que terminaron con la incautación de 51 kilos del alcaloide, contenidos en dos envíos diferentes de 25 y 26 kilos, para entrar a la imputación, así:

“En consecuencia y teniendo en cuenta lo anterior la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN a través de la Delegada que tiene a su cargo la presente investigación, formula los presentes CARGOS: Atendiendo el análisis precedente, a los señores JOSE HORACIO SALINAS CAMACHO y JHON JAIRO HERRERA GARCÍA (alias Pájaro) se les imputa en CALIDAD DE COAUTORES, a título doloso, la realización de las conductas punibles de CONCIERTO PARA DELINQUIR con fines de NARCOTRÁFICO, en concurso con el punible de

TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES, previstas en los TITULOS XII, CAPITULO PRIMERO, ARTICULO 340 inciso 2º y TITULO XIII CAPITULO SEGUNDO artículo 376 inciso 1º, de los DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD Y SALUD PUBLICA, imputaciones que se realiza (sic) en CONCURSO MATERIAL DE DELITOS y quienes una vez impuestos, MANIFESTARON: JHON JAIRO HERRERA GARCIA: Acepto los cargos que me formula la Fiscalía, JOSE HORACIO SALINAS CAMACHO: Sí, acepto los cargos que me han formulado.

En estricto cumplimiento a la lealtad procesal y como quiera que la presente ACTA DE FORMULACION DE CARGOS conlleva una variación en la calificación jurídica provisional con relación a la efectuada al momento de resolverse la situación jurídica de los señores JOSE HORACIO SALINAS CAMACHO y JHON JAIRO HERRERA GARCIA (Alias Pájaro), al igual que a los demás sujetos procesales presentes, en estados se les notifica de la misma, para que en un evento dado, si lo consideran necesario ejerzan los derechos de contradicción y defensa que les asiste”.

El juzgado de conocimiento, al abordar la tarea de adecuación típica del comportamiento, en cuanto a las conductas configurativas de narcotráfico, dejó sentadas estas consideraciones:

“En síntesis, existe prueba plena para identificar tres comportamientos de envío de sustancia alucinógena al exterior, uno por intermedio de Ramón Vargas, el otro a través de Higinio Durán y el último con Yusti Carrillo, con esa precisión fáctica es procedente apuntalar jurídicamente la adecuación típica correspondiente.

Los sustratos materiales referidos tienen connotación jurídica para ubicarse dentro del modelo descriptivo conocido como SACAR DEL PAÍS, sustancia que produzca dependencia física, acto reseñado por el artículo 33 de la ley 30 de 1986, inciso primero, reformado por el artículo 17 de la Ley 365 de 1997, norma con vigencia para el momento de las faenas criminales. Actividad irregular que como se repite fue realizada en tres

ocasiones, dando origen al concurso homogéneo y sucesivo de conductas lesivas a la salubridad pública.

En dos de los tres obreros, en las sustancias alucinógenas incautadas en Alemania, se superó el monto de los cinco kilogramos de cocaína, factor objetivo de índole cuantitativo generador de la agravante específica, duplicadora de la pena, referida en el artículo 38 numeral tercero de la ley 30 de 1986, norma no alterada por la ley 365, y revivida en idénticos términos descriptivos y punitivos en el numeral tercero del apartado 384 del actual régimen penal sustancial nuestro”.

Más adelante, al ocuparse de la dosificación punitiva, expuso:

“Sintetizando, tomaremos como conducta más grave, el tráfico de estupefacientes, artículo 17 de la Ley 365 de 1997, actividad agravada conforme el numeral 3º del artículo 38 de la Ley 30 de 1986, dado que esta última norma resultó intocada, porque esta preceptiva no fue derogada ni subrogada por el legislador, en la normatividad que aumentó las penas para delitos de narcotráfico, antes de la regencia del nuevo estatuto sustancial penal, incluso en la actual codificación esta desmejora punitiva para los sentenciados es idéntica, así lo determina el numeral 3º del apartado 384 de la Ley 599 de 2000, resultando inane punitivamente para los procesados aplicar cualquiera de las normas agravadoras de la sanción”.

Al abordar la inconformidad planteada por la defensa, basada en la aplicación de la circunstancia específica de agravación contenida en el artículo 38-3 de la Ley 30 de 1986 a pesar de no haber sido imputada en la formulación de cargos, el tribunal, para concluir que no se desconoció el principio de congruencia, planteó que:

“El señor juez de primera instancia, con una metodología didáctica y apego a la ciencia penal contemporánea (en los aspectos sustanciales y procedimentales), hizo la adecuación de los hechos y circunstancias atribuidas por el señor fiscal, a las normas positivas

pertinentes, cuales son las citadas en párrafos precedentes. Y, obviamente, como los imputados aceptaron haber exportado más de 51 kgs. de cocaína, cantidad que supera el límite previsto en el artículo 38-3 duplicó el tope mínimo de la punibilidad respectiva, pues tenía que individualizar la pena de acuerdo a esas normas –artículos 33-1 y 38-3 de la Ley 30 de 1986-, aplicadas por favorabilidad, toda vez que el marco punitivo va de 12 a 20 años, pues el mínimo de 6 años se duplica”.

Una particularidad debe ser destacada. Consiste en que la diligencia de formulación de cargos se realizó en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, esto es, cuando, conforme a la sistemática interpretación que la Corte sentó en providencia del 14 de febrero de 2002 (auto de colisión, ponencia del Magistrado Córdoba Poveda), así como en la del 26 de febrero del mismo año (segunda instancia, radicación 18.874, Magistrado Ponente Arboleda Ripoll), la congruencia entre fallo y acusación debía ser fáctica y jurídica o, como se dice en este último pronunciamiento, “congruencia específica”.

De acuerdo con esto, surge evidente que en la diligencia de formulación de cargos para acceder a sentencia prematura, cuyo primer efecto es que al aceptar la imputación el procesado renuncia a la defensa en cuanto deja de disponer de ulteriores etapas de controversia y oposición, como la posibilidad de propiciar una variación de la calificación jurídica provisional en la fase de juzgamiento, a SALINAS CAMACHO y HERRERA GARCÍA no se les achacó de manera clara, precisa e inequívoca la cuestionada causal de agravación (artículo 38-3 de la Ley 30 de 1986).

En efecto, sobre el punto el acta tiene una discusión que no permite colegir indudable atribución de la agravante, pues recuérdese que cuando se hizo alusión a la forma como se habían calificado las conductas en la resolución por medio de la cual se les resolvió situación jurídica, no se hizo explícita mención a que allí se tuvo en cuenta esa circunstancia de agravación.

Tampoco se hizo mención por parte alguna, como para pensar que existió “valorada atribución” de la misma, respecto a que la circunstancia de sacar del país una cantidad de alcaloide superior a 5 kilos les iba a significar un incremento sustancial de la base punitiva. Además, cuando se llegó el momento de la concreta formulación del cargo, la fiscalía citó de modo expreso el artículo 376, inciso 1º, del Código Penal en vigencia, para imputarles coautoría dolosa -lo que aceptaron los justiciables-; más adelante señaló que de esa forma quedaba modificada la calificación jurídica provisional.

Entonces, en el escenario de la mentada diligencia, la concreta y precisa pretensión punitiva, en cuanto al delito de tráfico de estupefacientes, quedó restringida a la modalidad punible recogida por el citado artículo 376 de la Ley 599 de 2000, en su inciso 1º, razón por la cual los juzgadores no podían, ante la ausencia de explícita imputación jurídica, hacer operar la causal de agravación contenida en el artículo 38-3 de la Ley 30 de 1986 o en el 384-3 del Código Penal.

Como así lo hicieron los falladores, se debe concluir, entonces, que la sentencia no quedó en perfecta armonía con la acusación contenida en el acta de formulación de cargos, inconsistencia que debe ser remediada mediante la casación del fallo demandado, porque tal proceder afecta, como es obvio, el debido proceso, por el rompimiento del principio estructural de consonancia entre sentencia y acusación, lo mismo que el derecho a la defensa, en cuanto los procesados fueron sorprendidos con una imputación que no quedó contenida en el pliego acusatorio.

En consecuencia, es preciso remover de la sentencia los efectos de la norma aplicada erróneamente.

Obsérvese que el a quo, basado en consideraciones de favorabilidad por ultractividad, partió del tope mínimo que resultaba de correlacionar la pena señalada en el artículo 33,

inciso 1º, de la Ley 30 de 1986, modificado por el de la Ley 365 de 1997, con el 38-3 de aquella normativa –equivalente al artículo 384-3 del estatuto punitivo en vigencia-, es decir-, de 12 años o 144 meses de prisión, porque estimó que este precepto contenía la penalidad más grave para una de las delincuencias en concurso.

Aunque a simple vista eso aparecía así, porque ese tope mínimo coincide con el del máximo señalado para la conducta punible de concierto para delinquir con fines de narcotráfico según lo prevé el artículo 340 del Código Penal, modificado por el 8º de la Ley 733 de 2002, aplicable en cuanto resulta favorable, ahora se hace menester replantear ese parámetro como consecuencia de remover de la condena la causal específica de agravación punitiva imputada incorrectamente.

Ya es doctrina de la Corte señalar que en casos de concurso de conductas punibles, la fijación de la pena más grave no está fatídicamente atada a la previsión legal, sino que es el resultado de la individualización de la consecuencia punitiva que a cada uno de los comportamientos en concurso le corresponde, porque bien puede ocurrir que una conducta con mínimo normativo inferior al señalado para otra que con ella concurre, resulte sancionada con mayor severidad habida cuenta de sus particularidades ejecutivas.

En este caso, los concretos actos constitutivos de narcotráfico, bajo la modalidad de sacar del país cocaína (en dos oportunidades) y heroína (en otra), son merecedores, individualmente considerados, de una penalidad más severa.

Pero en gracia de la prohibición constitucional de la reforma peyorativa, dado que la defensa es impugnante solitaria, no queda remedio distinto a observar las mismas pautas que tuvo en cuenta el a quo para la tasación.

Para esos efectos de una nueva redosificación relacionada con el fenómeno de concurso de conductas punibles, cuando por cualquier motivo se alteran las bases sobre las

cuales partieron los juzgadores porque se hace preciso reducirlas, bien por ausencia de cabal imputación de las circunstancias que darían lugar a que operara la agravación, como aquí ocurrió, o ya en razón de tránsito legislativo, es pertinente explicar el método que resulta adecuado a tal propósito.

El artículo 31 del Código Penal vigente (Ley 599 de 2000) consagra el concurso de conductas punibles con el siguiente texto, que en lo sustancial es igual al artículo 26 del código anterior: “El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas” (se ha subrayado).

De esta preceptiva claramente se advierte que cuando alguien es hallado responsable de la comisión de varios delitos, para establecer la condigna sanción es necesario dosificar las penas correspondientes a todas las conductas, con este doble propósito: primero, para conocer cuál de ellas establece la pena más grave, y segundo, para poder calcular la suma aritmética de todas las penas, guarismo éste que se constituirá en el límite máximo de la punición conglobante.

En este orden de ideas, las penas “debidamente dosificadas” (y con mayor razón los respectivos marcos punitivos) de las conductas concurrentes no seleccionadas como la que “establece la pena más grave” no tienen connotación distinta a las que se acaban de señalar, porque el cálculo de la sanción por todos los delitos tendrá como punto de partida la pena del más grave, y la discrecionalidad en el incremento por las demás conductas girará no en torno a la punibilidad propia de éstas sino de la de aquél, en la medida en que dicha pena se debe aumentar “hasta en otro tanto”, vale decir, un incremento que debe ser mínimo de un día y puede llegar como máximo al 100% de la

pena más grave, siempre y cuando esta operación no supere los 40 años ni la suma aritmética de las penas que corresponderían a todas las conductas si se hubieren juzgado por separado.

Como se ve claramente, la punibilidad de las conductas concurrentes no consideradas como la de “pena más grave” pierde su individualidad y la autonomía para acceder a la del tipo base del concurso y manifestarse sólo como una proporción de ésta (“hasta en otro tanto”).

Dicho en otras palabras, cuando se calcula la sanción en un concurso de delitos, la cuota de pena correspondiente a las conductas concurrentes no consideradas como la más grave, no tiene relación con su propia punibilidad o con el marco punitivo dentro del cual se determinaría la sanción en caso de haberse juzgado la conducta independientemente, sino con “la pena más grave”. Esto, porque el referente de la pena final o total es la del tipo base incrementada hasta en una proporción de sí misma por lo que concierne a las conductas concurrentes, cuya propia punibilidad sólo se mira para establecer con la suma de ellas un baremo no susceptible de ser rebasado por la pena conglobante o totalizada.

Siendo ello así, como evidentemente lo es, al disminuirse la pena del tipo base del concurso, esto es la del delito que sirvió de referente para calcular el incremento por las conductas concurrentes, la del narcotráfico agravado, es obvio que la porción en que se aumentó aquél (que podía ser hasta en otro tanto o mejor en un 100% de su monto) debe también sufrir variación para disminuirla en una proporción igual a aquella en que ha quedado reducido el referente.

Al efecto, téngase en cuenta que el juez de conocimiento al mínimo de 144 meses de un narcotráfico agravado adicionó 24 meses, al considerar la extrema gravedad de la conducta, el grado de afectación al bien jurídico protegido y a otros que se le

relacionan, así como la cantidad de sustancia ilícita exportada.

Ese incremento corresponde a un porcentaje de la mencionada base de 144 meses, es decir, al 16.666666%, que al ser aplicado al tope mínimo señalado para el narcotráfico del artículo 33, inciso 1º, de la Ley 30 de 1986, esto es, 72 meses, arroja un total de 12 meses, cifras que al adicionarse ofrecen una suma de 84 meses, que resulta como la sanción imponible para una sola delincuencia de narcotráfico y que servirá de baremo para efectos de la punibilidad del concurso con otras dos de esa especie y con el concierto para delinquir con fines de narcotráfico.

Obsérvese que el a quo, debido a la impropia deducción de la causal agravante ya referenciada y después de dosificar en 168 meses la pena que estimó merecía uno de los tráficos de estupefacientes, la incrementó en 36 meses por virtud de las otras conductas punibles concurrentes. Esto significa que 168 meses pasó a ser el referente de la punibilidad en virtud del instituto concursal y, por tanto, adquiere la entidad de 100%, luego se deduce que el aumento de 36 meses es igual al 21.428571% de esa base.

Como ya se dijo que 84 meses se erige como cimiento del cálculo de la pena para el concurso, a esta cantidad se le aplica el factor de 21.428571%, que corresponde a 18 meses. Así, resulta que al sumar estas dos cifras, la prisión que es dable imponer a los procesados por razón del concurso de conductas punibles de tráfico de estupefacientes y concierto para delinquir con fines de narcotráfico que se les imputó en la formulación de cargos para sentencia anticipada, es de 102 meses.

Como la sentencia fue proferida de manera prematura por iniciativa de los justiciables dentro de la fase de instrucción, se impone aplicar a ese último guarismo la proporción reductora señalada en el artículo 40, inciso 5º, de la Ley 600 de 2000, esto es, una tercera (1/3) parte, equivalente a 34 meses, por manera que la pena privativa de la libertad que en definitiva deberán purgar los procesados JOSÉ HORACIO SALINAS CAMACHO y JHON

JAIRO HERRERA GARCÍA será de 68 meses de prisión.

También debe observarse que la pena de inhabilitación de derechos y funciones públicas para estos procesados fue fijada en 10 años. Este monto debe reducirse, en aras de la proporcionalidad, para quedar en un término igual al de la pena privativa de la libertad.

Del mismo modo se afectará la pena de multa. Al haber sido doblado irregularmente el tope base de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes previstos en el citado artículo 38-1 de la Ley 30 de 1986, el juez a quo, para efectos de la tasación de una de las conductas de narcotráfico, incrementó la multa en 20 salarios, y en virtud del concurso con los otros dos tráficos de estupefacientes y del concierto para delinquir, sumó otros 680 salarios, para un total de 900 salarios mínimos legales mensuales.

Como se debe partir del indicado tope inferior de 100 salarios mínimos legales mensuales y teniendo en cuenta que el incremento inicial tuvo motivación en la gravedad de la conducta y la cantidad de estupefaciente enviado al extranjero, a ese hito se adicionan 10 salarios, resultado sobre el cual se sumarán otros 340 que recogen el concurso con otros dos narcotráficos y el concierto para delinquir, para un total de 450 salarios mínimos legales mensuales.

A la totalidad mencionada se le aplica el porcentaje atenuante por sentencia anticipada, una tercera (1/3) parte, es decir 150, para quedar en 300 salarios mínimos legales mensuales.

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

CASAR parcialmente la sentencia de fecha 17 de mayo de 2002, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira condenó a JOSÉ HORACIO SALINAS CAMACHO y JHON JAIRO HERRERA GARCÍA, a las penas de 136 meses de prisión y multa de 600 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos, como coautores de los delitos de tráfico de estupefacientes agravado y concierto para delinquir.

DECLARAR que la pena que deben purgar los condenados JOSÉ HORACIO SALINAS CAMACHO y JHON JAIRO HERRERA GARCÍA como coautores de los delitos de tráfico de estupefacientes y concierto para delinquir es de 68 meses y multa equivalente a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos, y que la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tendrá una duración igual al de la pena privativa de la libertad.

Contra esta decisión no procede recurso alguno

Cópiese, notifíquese y cúmplase

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO	ALFREDO GÓMEZ
QUINTERO	

Salvamento parcial de voto

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO	ÁLVARO	ORLANDO
PÉREZ PINZÓN		

Salvamento parcial de voto

MARINA PULIDO DE BARÓN	JORGE	LUIS	QUINTERO
MILANÉS			

Salvamento parcial de voto

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

Salvamento parcial de voto

TERESA RUÍZ NÚÑEZ

Secretaria