

Proceso No 24974

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta No. 162

Bogotá, D.C., seis de septiembre de dos mil siete.

V I S T O S

Juzga la Corte en sede de casación el fallo de segundo grado del 18 de julio de 2005, proferido por el Tribunal Superior de Cúcuta, mediante el cual confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad, condenando a los procesados LUÍS EVELIO MEDINA OSPINA y PABLO ANTONIO ORDÓÑEZ PEÑA a las penas principales de 13 años de prisión y multa de 150 salarios mínimos legales mensuales y a la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por un lapso igual a la prisión, como coautores del delito de tráfico de estupefacientes agravado.

LOS HECHOS

El 8 de junio de 1999 se recibió una llamada anónima en la estación de policía del Municipio de Chinácota, Norte de Santander, advirtiendo sobre la sospechosa presencia de un carro tanque de color amarillo en el sitio denominado la “Vereda de Orozco”, información ante la cual el subcomandante de la Estación se dirigió hacia el lugar y, 30

metros antes de llegar al punto, observó a dos individuos que se encontraban encima del vehículo, marca Chevrolet, color amarillo, placas RED-946, motor MO13113LH3, quienes al notar la presencia de la policía se dieron a la fuga. Al acercarse al automotor las autoridades encontraron a un tercero sujeto, a quien se capturó e identificó como Jorge Rondón Núñez, persona que informó a los agentes que debajo del rodante se encontraban dos paquetes que al parecer contenían estupefacientes, y que dentro del tanque había más, hallándose, en efecto, 304 paquetes de sustancia que resultó ser cocaína clorhidrato, con un peso neto de 349.325 gramos.

A la investigación por tales hechos, además del capturado Rondón Núñez, se vinculó a LUÍS EVELIO MEDINA OSPINA, propietario del carro tanque, y a PABLO ANTONIO ORDÓÑEZ PEÑA, conductor del mismo.

ANTECEDENTES PROCESALES

Con base en el informe suscrito por el Subcomandante de la Estación de Chinácota, la Fiscalía Regional Delegada de San José de Cúcuta decretó la apertura de instrucción, vinculando mediante indagatoria a Jorge Rondón Núñez, a quien le resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva como probable autor de la conducta prevista en el artículo 33 de la ley 30 de 1986 modificado por el artículo 17 de la ley 365 de 1997, agravado por el artículo 38 de la ley 30 de 1986, según resolución del 18 de junio de 1999.

El 10 de noviembre de 1999 se clausuró la instrucción, cuyo mérito se calificó el 24 de diciembre del mismo año, acusándose a Jorge Rondón Núñez por presunta infracción a los artículos 33 y 38 de la ley 30 del 986, y se ordenó compulsar copias contra LUÍS EVELIO MEDINA OSPINA y PABLO ANTONIO ORDÓÑEZ PEÑA para que se les investigara por separado.

La actuación en contra de los últimos le correspondió a la Fiscalía Delegada ante los

Jueces Penales del Circuito Especializados, autoridad que el 16 de mayo de 2000 decretó la apertura de instrucción y vinculó mediante indagatoria a ORDÓÑEZ PEÑA y MEDINA OSPINA y el 7 de septiembre de 2001 les resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por violación de los artículos 33 y 38 de la ley 30 de 1986.

La investigación se clausuró el 13 de marzo de 2002 y el 9 de agosto de 2002 se profirió resolución de acusación en su contra como coautores del delito de tráfico de estupefacientes en los mismos términos especificados en la resolución de situación jurídica.

La anterior determinación fue apelada por los defensores de los acusados PABLO ANTONIO ORDÓÑEZ PEÑA y LUÍS EVELIO MEDINA OSPINA. En relación con el primero, el recurso fue declarado extemporáneo en auto del 9 de septiembre de 2002, y respecto del segundo, se concedió y resolvió en resolución del 26 de noviembre siguiente, mediante la cual se confirmó la decisión de primera instancia.

El conocimiento del juicio estuvo a cargo del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Cúcuta, despacho que después del traslado pertinente, el 4 de febrero de 2003 llevó a cabo la diligencia de audiencia preparatoria, en la que ordenó la práctica de varias pruebas, y el 14 de mayo de 2003 evacuó la audiencia pública de juzgamiento.

El 29 de octubre de 2003 profirió la sentencia condenatoria en los términos reseñados al inicio, la cual fue apelada por la defensa de los procesados correspondiendo el estudio del recurso a la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, autoridad que el 18 de julio de 2005 la confirmó en todas sus partes.

Contra el fallo de segunda instancia, el ahora defensor común de los procesados LUÍS EVELIO MEDINA OSPINA y PABLO ANTONIO ORDÓÑEZ PEÑA presentó demanda de

casación, que fue admitida en auto del 9 de febrero de 2006, recibíéndose el concepto de la Procuraduría General de la Nación el 16 de agosto de 2007 y el proceso arribó al despacho del Magistrado Sustanciador el 21 del mismo mes y año.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA

Tres cargos al amparo de la causal tercera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, presenta el defensor contra la sentencia impugnada, cuya fundamentación puede resumirse de la siguiente manera:

Primer cargo.

Sostiene que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad por violación al debido proceso. Cita como norma violadas los artículos 29, inciso segundo y 250 último inciso de la Carta y los artículos 6 y 331 del C. P. P, en cuanto consagran la observancia del debido proceso, el principio de legalidad de los delitos y el respeto de las garantías debida al procesado en el proceso penal.

Recuerda que el debido proceso es una norma rectora contenida en la Carta Política, en el estatuto procedimental, en el Pacto de San José de Costa Rica, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ley 74 de 1968), en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en las reglas de Mallorca y Tokio.

Trae a colación la decisión de la Corte Suprema de Justicia del 7 de febrero de 2006, a través de la cual se dijo que la equivocada adecuación del hecho al tipo penal en el auto calificadorio es un vicio que rompe la estructura formal de la actuación y viola el debido proceso en la medida en que afecta el principio de legalidad, y a su vez vulnera el derecho de defensa, no teniendo el funcionario otra alternativa distinta a la del reconocimiento del yerro seguido de la declaratoria de invalidación a partir de la determinación.

En el presente caso, agrega, la fiscalía señaló que la conducta desplegada por los sindicados LUÍS EVELIO MEDINA OSPINA y PABLO ANTONIO ORDÓÑEZ se encontraba descrita en el artículo 33 de la ley 30 de 1986, modificado por el artículo 17 de la ley 365 de 1997, imputación jurídica que no determinó la actividad de los imputados, pues cobija todo el tipo penal con sus doce (12) verbos rectores, esto es, introducir al país, sacar de él, transportar, llevar consigo, almacenar, conservar, elaborar, vender, ofrecer, adquirir, financiar o suministrar a cualquier título droga psicotrópica, siendo imposible que un solo individuo realice todas esas actividades de un solo tajo.

Sostiene que esa calificación atenta contra el principio de legalidad del delito según el cual “no hay tipo penal, pena, medida de seguridad sin ley escrita, estricta, cierta y previa”, principio que debe ser vinculado al de taxatividad o de certeza o de tipicidad inequívoca.

Afirma que el yerro aparece tanto en la parte resolutive de la acusación como en la parte motiva donde se les imputa a los procesados el delito de tráfico de estupefacientes sin particularizar por cuál de las conductas consignadas se procedía. Y el error se traslada a la sentencia, pues el Tribunal confirmó en todas sus partes la decisión de primera instancia que trae la misma proyección tipológica de la fiscalía al pregonar que los procesados agotaron el comportamiento descrito en el artículo 33 de la ley 30 de 1986, modificado por el 17 de la ley 365 de 1997, con pena de 6 a 20 años de prisión y multa entre 100 y 50.000 salarios mínimos legales mensuales por el hecho de transportar sustancias estupefacientes que produzcan dependencia, lo cual conlleva a la ausencia de una “exacta tipificación de la conducta presuntamente punible, que debe ser estricta, escrita, cierta y previa”, violentando los principios de legalidad y de taxatividad de los delitos, que da al traste con la presunción de acierto y legalidad de la que esta investida la sentencia cuando arriba a la sede de casación.

Sostiene que el yerro denunciado cerró las puertas de una legal y justa administración

de justicia, pues quiebra el armazón del juzgamiento y la estructura del proceso penal por una parte, y por otra, genera una vía de hecho que lacera la juridicidad del proceso penal.

Finaliza el cargo solicitando a la Corte que case la sentencia y declare la nulidad de la actuación a partir de la calificación y en consecuencia se decrete la libertad de su defendido, para lo cual debe enviarse el expediente al juez del conocimiento.

Segundo cargo

Acusa la sentencia de haberse proferido en un juicio viciado de nulidad por violación al debido proceso.

Aquí centra la vulneración en la indagatoria rendida por sus defendidos, especialmente cuando a PABLO ANTONIO ORDÓÑEZ se le imputó el cargo por infracción a los artículos 33 de la ley 30 de 1986, modificado por el artículo 17 de la ley 365 de 1997 y el artículo 38 del Estatuto Antinarcóticos, sin especificar el verbo rector, es decir que la imputación abarcó los doce comportamientos, con lo cual se violó el principio de tipicidad y se le sometió a un proceso arbitrario e ilegal.

Sostiene que el artículo 338 del Código de Procedimiento Penal que rige el caso (Ley 600 de 2000), a diferencia de lo que ocurría en la normatividad anterior, exige que la imputación sea fáctica y jurídica, última que debe ser “precisa, seria, exacta, escrita, cierta y determinante”, so pena de vulnerar los principios de legalidad y taxatividad. Por lo tanto, el fiscal debió imputar al procesado en forma precisa, real y determinante el verbo rector de la conducta realizada, la modalidad delictiva, y no haberle leído todo el tipo penal alternativo.

El error, al no ser advertido por el Tribunal, es trascendente en la medida en que influyó en la deducción de responsabilidad y en la condena, creando una situación de

desequilibrio e ilegalidad para sus defendidos, quienes no cometieron las doce conductas imputadas.

Pide, en consecuencia, que se case la sentencia, declarándose la nulidad de la actuación desde la diligencia de indagatoria con el fin de que se formule el cargo en debida forma, mediante una imputación jurídica determinante y determinada, debiéndose para ello remitir el expediente al juez de conocimiento.

Tercer cargo

Acusa la sentencia de haberse dictado en un juicio viciado de nulidad por violación al derecho de defensa. Cita como normas violadas los artículos 29 de la Carta Política, artículos 8 y 6 del Código de Procedimiento Penal.

En orden a fundamentar su pretensión sostiene que la omisión de una debida formulación de la imputación jurídica provisional en la diligencia de indagatoria a los sindicados PABLO ANTONIO ORDÓÑEZ y EVELIO MEDINA OSPINA, conllevó a la afectación ulterior de sus restantes derechos fundamentales.

A continuación refiere que la resolución de acusación no le fue notificada a la defensa ni al sindicato, pese a que la abogada de ORDÓÑEZ solicitó que se le notificara en Bucaramanga para poder ejercer el derecho de impugnación en tiempo, y aunque trató de sustentar el recurso de apelación se le denegó por extemporáneo, por lo que su prohijado quedó sin defensa y agrega que:

“el hecho de haberle nombrado un abogado de oficio a PABLO ANTONIO ORDÓÑEZ, para que se surtiera la notificación personal del proveído de vocación a juicio, a sabiendas de que contaba con su defensor contractual que venía ejerciendo la defensa técnica y letrada con idoneidad y eficacia no justifica ni convalida, ni legaliza la actuación notificatoria puesto que no se puede poner en peligro la defensa del procesado, buscándole defensor de

oficio para cumplir con unos requisitos procesales, que son de recibo en última instancia, cuando hecha la diligencia de notificar al defensor como al sindicado, se le declara persona ausente y se le notifica al defensor de oficio”.

Dice que la ausencia de notificación personal de la resolución de acusación al sindicado y a la defensa, generó una nulidad insubsanable, pues así se hubiese designado un defensor de oficio para suplir el defecto, previamente no se efectuó diligencia alguna tendiente a notificar al defensor contractual del procesado ni a éste, a pesar de conocerse las direcciones de ambos, lo que impidió al último ejercer el derecho de impugnación, situándolo en un campo de desigualdad y discriminación, lo que a su vez contribuyó a que se violaran los principios y normas rectoras de seguridad jurídica y de garantías individuales, como la lealtad, la defensa y el acceso a la justicia.

Afirma que al confirmar el Tribunal la sentencia de primera instancia legalizó el error, convalidando una nulidad que violentó los derechos del procesado.

Pide a la Corte casar la sentencia para que se decrete la nulidad de la actuación a partir de la diligencia de indagatoria, se reenvíe el expediente al juez de conocimiento y se decrete la libertad de sus defendidos.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal, atendiendo el principio de prioridad, entra a estudiar los cargos de nulidad empezando por el de mayor capacidad invalidante, esto es, los cargos segundo y tercero, y por último el que se presentó como primero por el casacionista.

Concepto frente al segundo cargo

Recuerda la delegada que las diligencias de indagatoria a que hace referencia el censor

se recibieron el 25 de julio de 2001, fecha en la que precisamente entró en vigencia la ley 600 de 2000 y por lo tanto era la normatividad aplicable al caso.

Señala que el artículo 338 de esa normatividad dispone que el funcionario judicial que reciba la indagatoria debe cumplir una serie de formalidades y que interrogará al sindicado sobre los hechos que originaron su vinculación, poniéndole de presente la imputación jurídica provisional.

Destaca, entre otros aspectos por los cuales se preguntó al procesado PABLO ANTONIO ORDÓÑEZ PEÑA en el curso de su indagatoria, que cuando se le se le hizo la imputación jurídica provisional se le sindicó de estar incurso en la vulneración del artículo 33 de la ley 30 de 1986, modificado por el artículo 17 de la ley 365 de 1997 y el artículo 38 del mismo Estatuto Antinarcóticos, cargo al que el indagado contestó: ‘yo no creo que eso sea justo, porque no veo por que me sindican de eso, yo nunca ni he tenido idea de transportarle alucinógenos a nadie. “, de donde descarta la existencia de irregularidad alguna en la imputación fáctica y jurídica formulada a éste procesado, toda vez que de acuerdo con lo que reseña de la diligencia, el funcionario le puso de presente tanto los hechos objeto de averiguación como la norma penal que los tipifica, y si bien el citado artículo por tratarse de un tipo penal alternativo consagra doce conductas o verbos rectores, la lectura integral y concatenada de la indagatoria permite entrever que el comportamiento por el que se averiguaba y se le atribuía era el de transportar y así lo entendió como lo deduce de la transcripción hecha.

Y frente a LUÍS EVELIO MEDINA OSPINA, propietario del carrotanque, dice que en su indagatoria el fiscal también se ciñó a lo dispuesto en la ley y lo inquirió para que respondiera sobre el porqué el vehículo tenía dos “caletas” para transportar sustancias alucinógenas y le atribuyó el estar incurso en la conducta prevista en el artículo 33 de la ley 30 de 1986, modificado por el artículo 17 de la ley 365 de 1997, a lo que contestó que no transportaba dichas sustancias.

Ante esa realidad, considera la Delegada que en el presente evento la indagatoria cumplió con su finalidad como fue la de enterar al imputado de los hechos que se estaban investigando y que en ese primer estadio se le atribuían, y al mismo tiempo hacerle saber que esa conducta estaba recogida en la ley penal en un tipo determinado al cual se le dio lectura en el desarrollo de las diligencias, todo lo cual dejó en claro que esos hechos por los que se le interrogó ameritaban la imputación provisional por el delito de tráfico de estupefacientes, el cual recoge, entre otros comportamientos, el transporte de sustancias narcóticas.

Por lo tanto, al no advertir menoscabo a la estructura del proceso, considera que el cargo no puede prosperar.

Concepto frente al tercer cargo

Frente al primer reproche aducido en el tercer cargo, fundado en que a los sindicados en la indagatoria no se les formuló correctamente la imputación jurídica, cuestiona que el demandante no haya particularizado cuál de los derechos fundamentales que alega fue el conculcado, si el debido proceso o el derecho de defensa, y si se trató de este último tampoco dijo si lo quebrantado fue el derecho a la defensa técnica o a la material.

De todas maneras, buscando dar respuesta a la censura, la Delegada reitera la respuesta ofrecida en el cargo anterior, en el sentido de que la imputación fáctica y jurídica se dio a conocer a los sindicados en el momento de la indagatoria, si bien no con la precisión ideal, si con los datos necesarios para que pudieran comprender el delito de estupefacientes por el que se les indagaba y más propiamente por el de transportar sustancia narcótica, en el caso cocaína, y de esa forma los imputados pudieron ejercer el derecho de defensa.

Recuerda que los procesados en sus indagatorias fueron representados por

abogadas de confianza, quienes fueron enteradas telegráficamente de la decisión que resolvió la situación jurídica el 7 de septiembre de 2001, compareciendo la abogada de MEDINA OSPINA a notificarse personalmente y solicitó la práctica de pruebas. Posteriormente cerrada la investigación y estando el proceso a despacho del fiscal para calificación, las defensoras presentaron alegatos de conclusión.

Dice que no es cierto que se hubiese designado un abogado de oficio para la notificación del proveído que convoca a juicio, por lo que entiende que el reproche parece ser frente al cierre de investigación por cuanto en verdad mediante resolución del 19 de marzo de 2002 el funcionario instructor designó un defensor de oficio para que representara a ORDÓÑEZ PEÑA en dicho momento, quien tomó posesión del cargo ese mismo día y se le notificó el cierre de la investigación, sin tener en cuenta que a éste lo representaba desde la indagatoria una defensora de su confianza.

No obstante, considera que la irregularidad no tiene trascendencia, pues a pesar de que los alegatos se presentaron extemporáneamente fueron considerados por el calificador.

Reseña que la resolución de acusación se les notificó a los procesados, a ORDÓÑEZ PEÑA, personalmente por estar detenido, y al otro por estado, mientras que a la defensora de este se le citó y compareció en persona a notificarse de la determinación.

Frente a la crítica por no haberse notificado personalmente la acusación a la defensora de ORDÓÑEZ PEÑA en la ciudad de Bucaramanga, como lo había solicitado, encuentra que la Fiscalía cumplió el trámite previsto en el artículo 396 del C de P. P., pues, reitera, el procesado privado de la libertad fue notificado personalmente, mientras que su defensora fue citada a la dirección por ella registrada para que compareciera personalmente a notificarse de la resolución acusatoria, lo cual no hizo sino que envió un escrito diciendo que sabía de la decisión y pedía que se le notificara en Bucaramanga, a

donde precisamente se le había enviado el telegrama.

Y aunque la fiscalía no dispuso su notificación por comisionado a esa ciudad, sí lo hizo por estado como la ley se lo permitía, habida cuenta de que el procesado había sido notificado en forma personal. Dice que no puede perderse de vista que la misma defensora recurrió en apelación el calificadorio, lo que presupone el conocimiento de la determinación, y otra cosa es que se hubiese declarado extemporáneo el recurso.

Por lo tanto, no observa irregularidad alguna en el trámite.

Concepto frente al primer cargo

Aunque el actor precisa la anomalía que en su parecer genera vulneración al debido proceso, no observa la Delegada afectación de ninguna especie.

Señala que de acuerdo con la descripción comportamental traída en el artículo 33 de la ley 30 de 1986, modificado por el artículo 17 de la ley 365 de 1997, la actividad criminal de narcotráfico puede cometerse a través de diversas formas, lo que justamente originó que dichos comportamientos se recogieran en un solo tipo, motivo por el cual el funcionario judicial obedeciendo al principio de legalidad debe definir en los diferentes momentos procesales cuál o cuáles de esas conductas son las imputadas, respetando así el debido proceso penal y permitiendo que el sujeto pasivo de la acción penal, en aras de poder ejercer a cabalidad el contradictorio, conozca en su exacta dimensión de que se le acusa o porque se le sentencia.

En el presente caso, en la resolución de acusación de primera instancia se estimó que PABLO ANTONIO ORDÓÑEZ venía cumpliendo su rol como transportador del estupefaciente de propiedad de LUÍS EVELIO MEDINA. Y la segunda instancia confirmó la imputación

sosteniendo que: “De las pruebas de inspección judicial y pericial practicadas sobre el carro-tanque, que son pruebas objetivas, se tiene que el tanque fue adecuado para transportar elementos que se prensaran por paquetes de a kilo, cuestión que generalmente es usada para el transporte de droga prohibida, no precisamente para transportar combustible”.

Además, en la sentencia de primera instancia en el ítem de calificación jurídica se anotó que los procesados agotaron el comportamiento descrito en el artículo 33 de la ley 30 de 1986, modificado por el artículo 17 de la ley 365 de 1997, que sanciona con pena entre seis (6) y veinte (20) años de prisión y multa entre cien (100) y cincuenta mil (50000) salarios mínimos legales mensuales, el hecho de transportar sustancias estupefacientes que produzcan dependencia, lo cual reafirmó más adelante, según los apartes que cita de la decisión.

A su turno, agrega, en el fallo de segunda instancia, el Tribunal Superior de Cúcuta señaló que sólo procesados tuvieron la disponibilidad para permitir la confección de los compartimientos ocultos en el interior del tanque y el transporte de cocaína, siendo responsables del tráfico de estupefacientes.

De allí que para la Delegada, no existe duda de que tanto la acusación como la sentencia fueron claras en afirmar que los procesados incurrieron en el delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de transporte de cocaína, al punto que en el fallo de primer grado literalmente el sentenciador manifestó que la conducta imputable a los procesados era la de transportar estupefaciente, lo cual, en su criterio, resulta suficiente para colegir que no se vulneró el principio de legalidad de los delitos y por ende, considera que el cargo no está llamado a prosperar.

Finaliza, por tanto, solicitando a la Corte que no case la sentencia de 18 de julio de 2005 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Tiene razón la Delegada cuando advierte que el demandante no observó el principio de prioridad que rige la postulación de plurales circunstancias de nulidad, que le imponía el deber de presentarlas en riguroso orden, postulando como principal aquella que entraña mayor cobertura de afectación del trámite cumplido, en el evento de su prosperidad, para luego continuar con las restantes en forma subsidiaria, pero sin desatender el referido ámbito de invasión de la actuación cumplida.

Por lo tanto, la Sala, acogerá el orden lógico propuesto por el Ministerio Público para el estudio de los motivos de nulidad postulados en la demanda.

1. Nulidad por falta de concreción de la conducta imputada en las indagatorias.

El defensor común de los procesados LUÍS EVELIO MEDINA OSPINA y PABLO ANTONIO ORDÓÑEZ PEÑA denuncia que la sentencia fue dictada en un proceso viciado de nulidad, porque en las indagatorias tomadas a sus defendidos, y especialmente al último de los citados, el fiscal imputó el delito de tráfico de estupefacientes sin concretar cuál de las doce conductas alternativas que consagra el tipo penal era la atribuida, lo que en su parecer vulnera el principio de tipicidad.

De acuerdo con el sistema procesal que rige este caso (ley 600 de 2000), la obligación del instructor de interrogar al imputado en indagatoria sobre los hechos que dieron origen a su vinculación, y de darle a conocer la imputación jurídica provisional (artículo 338 inciso tercero), tiene por objeto que se le entere de manera clara y concreta de los cargos por los cuales se le vincula al proceso, para que con conocimiento de causa, pueda explicar su conducta y encaminar su actividad defensiva.

Por ello, la jurisprudencia de esta Corte ha admitido que la omisión de esa obligación configura una irregularidad sustancial que puede erigirse en motivo de nulidad si se

demuestra que por virtud de ella el procesado fue privado de la posibilidad de conocer los hechos por los cuales se le acusa y condena, o que el conocimiento que tuvo de ellos fue desfigurado, y que esto incidió negativamente en el ejercicio del derecho de defensa.

Igualmente se ha dicho que al verificar el cumplimiento de esta obligación, resulta irrelevante la forma como los funcionarios judiciales hayan interrogado al imputado en indagatoria, o el método que hayan utilizado para hacerlo, puesto que la ley no preestablece un modo determinado de llevarlo a cabo, ni condiciona la validez del acto procesal a que las preguntas tengan un contenido específico. Lo importante, ha reiterado la Sala, es que las realizadas, le permitan enterarse de los hechos básicos de la imputación, debiéndose entender por tales, los que constituyen el núcleo esencial de la infracción penal.

Pues bien, en el presente caso, las diligencias de indagatoria a los procesados LUÍS EVELIO MEDINA OSPINA y PABLO ANTONIO ORDÓÑEZ PEÑA, fueron recibidas, en su orden, el 20 de junio de 2001 y el 25 de julio siguiente, es decir, la primera en vigencia del decreto 2700 de 1991 y la segunda en vigencia de la Ley 600 de 2000.

Para el primer caso, el precepto con sujeción al cual se adelantó la diligencia (artículo 360 del decreto 2700 de 1991), establecía que una vez cumplidas las advertencias previas al por indagar (artículo 358 ídem), “el funcionario judicial interrogará al imputado en relación con los hechos que originan su vinculación”. En estos casos, sostuvo reiteradamente la Corte, la indagatoria no era una diligencia de formulación de cargos, sino una forma de vinculación al proceso y un medio de defensa a través del cual el sindicado puede suministrar las explicaciones que a bien tenga sobre las circunstancias en que se desarrolló el acontecimiento objeto de imputación.

En el segundo evento, el artículo 338 de la Ley 600 de 2000 dispone que el

funcionario judicial que reciba la indagatoria, después de cumplir las advertencias previas, deberá interrogar al sindicado sobre los hechos que originaron su vinculación y le pondrá de presente la “imputación jurídica provisional”, razón por la cual en este sistema, el interrogatorio al imputado no sólo abarca lo que se conoce como imputación fáctica, sino que además debe contener una imputación jurídica provisional.

En este caso, una lectura de las diligencias de injurada de los procesados permite advertir lo infundado del reproche del demandante, toda vez que en ellas aparece clara y plenamente cumplida la exigencia legal referida al interrogatorio sobre los acontecimientos que derivaron en su vinculación procesal.

En efecto, respecto del procesado LUÍS EVELIO MEDINA OSPINA, propietario del carrotanque en el que se halló la sustancia estupefaciente, en el curso de su indagatoria el fiscal lo inquirió para que respondiera sobre el porqué el vehículo tenía dos “caletas” para transportar sustancias alucinógenas y le atribuyó el estar incurso en la conducta prevista en el artículo 33 de la ley 30 de 1986, modificado por el artículo 17 de la ley 365 de 1997, a lo que contestó que no transportaba dichas sustancias.

Y respecto del conductor del vehículo PABLO ANTONIO ORDÓÑEZ PEÑA, en el que especialmente centra su queja el casacionista, observa la Sala, como lo destacó el Ministerio Público, que en el curso de su injurada se le pidió que expusiera todo lo que supiera sobre el carrotanque Chevrolet C70, de placas RED-946, que se encontró en el sitio “Llanos de Orozco” del municipio de Chinácota y en cuyo interior, en el compartimiento del tanque, fueron hallados 300 paquetes de clorhidrato de cocaína, con un peso bruto de 288 kilos 303 gramos.

También se le indagó sobre qué explicación tenía frente al hecho de que el vehículo contuviera dos “caletas” que habían sido utilizadas en anteriores oportunidades

para el transporte de narcóticos, según se deducía de una diligencia de inspección judicial practicada al mismo, e igual que a su compañero, se le concretó la imputación jurídica provisional, informándosele que se le investigaba por la presunta vulneración del artículo 33 de la ley 30 de 1986, modificado por el artículo 17 de la ley 365 de 1997 y el artículo 38 del mismo Estatuto Antinarcóticos, cargo al que respondió:

‘...yo no creo que eso sea justo, porque no veo por que me sindicaran de eso, yo nunca ni he tenido idea de transportarle alucinógenos a nadie. “

Obsérvese entonces, que el funcionario instructor le puso de presente tanto los hechos objeto de averiguación como la norma penal que los tipifica, y aunque el citado precepto por tratarse de un tipo penal alternativo contiene doce verbos rectores, razón tiene la Procuradora al señalar que la lectura integral y concatenada de la indagatoria permite entrever que el comportamiento por el que se averiguaba y se le atribuía era el de “transportar” la sustancia estupefaciente, y así lo entendió el procesado como se evidencia de la respuesta trascrita.

Por lo tanto, las indagatorias cumplieron con su finalidad, a saber, enterar a los imputados del comportamiento por el cual se había dispuesto su vinculación, haciéndoles saber que esa conducta estaba recogida en la ley penal en un tipo determinado, que les fue especificado en el curso de la diligencia, dejándose claro desde ese momento que la imputación jurídica provisional correspondía al delito de tráfico de estupefacientes y entendieron que se trataba del transporte de sustancias narcóticas.

En consecuencia, no prospera la censura.

2. Nulidad por violación al derecho de defensa

En este cargo el censor acusa la sentencia de haberse proferido en un juicio viciado de nulidad por violación al derecho de defensa, y presenta dos reproches:

En el primero, reitera la queja de que a los sindicatos no se les formuló correctamente la imputación jurídica en la indagatoria, lo que vulneró sus derechos fundamentales, punto en el cual la Sala se remite a la respuesta ofrecida en el cargo anterior.

En el segundo, se queja el demandante de que para efectos de la notificación personal del “proveído de vocación a juicio” la Fiscalía le designó al procesado ORDÓÑEZ PEÑA un abogado de oficio, sin considerar que para entonces contaba con una defensora de confianza. Como lo advierte la Delegada, el fundamento de su reproche parece ser frente al cierre de investigación, pues ciertamente se observa que mediante resolución del 19 de marzo de 2002, el funcionario instructor designó un defensor de oficio para que representara a ORDÓÑEZ PEÑA en dicho momento, el cual tomó posesión del cargo ese mismo día (fol. 281 C.O. No. 2) y se notificó del cierre de la investigación, sin tener en cuenta que al procesado lo representaba desde la indagatoria una defensora de su confianza.

No obstante la irregularidad no tuvo trascendencia alguna, toda vez que en ese mismo estadio procesal, antes de que se calificara el mérito sumarial, la defensora de confianza hizo llegar a la Fiscalía memorial de alegatos de conclusión, los cuales a pesar de su presentación extemporánea fueron considerados por el calificador, después de la siguiente reflexión:

“Para este estadio la abogada defensora Dra. Flórez Delgado ha presentado sus alegatos de conclusión, materializando una defensa al tanto de los intereses del sindicato, situación real que no permite acceder a lo solicitado por el Dr. Miguel Quintero Quintero, quien venía actuando como defensor de oficio, encargo que ha cesado por el desplazamiento en virtud del alegato de conclusión de la Dra. Yamile Flórez Delgado, aclarándonos con tal acto, que el nombramiento que hizo el sindicato Pablo Antonio

ORDÓÑEZ, en su indagatoria, y en la ciudad de Bucaramanga, era para todo el proceso y no como confusamente se dejó anotado en dicha diligencia, adelantada por una Fiscalía de esa ciudad.”

Y en efecto, el alegato aparece considerado en la página 13 de la acusación, razón por la cual la fugaz intervención del defensor de oficio no generó vulneración alguna al derecho de asistencia técnica de confianza del procesado.

También se queja el censor de que la resolución de acusación no se le notificó personalmente al procesado PABLO ANTONIO ORDÓÑEZ PEÑA ni a su abogada, pese a que esta última solicitó que ello se hiciera a través de comisionado en la ciudad de Bucaramanga para que pudiera ejercer el derecho de impugnación, y que a pesar de que la misma trató de sustentar un recurso de apelación, el mismo le fue denegado por extemporáneo, con lo cual su defendido quedó sin defensa en ese estadio procesal.

Frente a la notificación de la resolución de acusación, el artículo 396 del estatuto procesal que rige el caso (Ley 600 de 2000), señala:

“La resolución de acusación se notificará personalmente así: al defensor y al procesado que estuviere en libertad, se les citará por el medio más eficaz a la última dirección conocida en el proceso, por comunicación emitida a más tardar al día siguiente hábil a la fecha de la providencia.

“Transcurridos ocho (8) días desde la fecha de la comunicación sin que comparecieren, se presentare excusa válida del defensor para seguir actuando o exista renuencia a comparecer, se le designará un defensor de oficio, con quien se continuará la actuación.

“Notificada personalmente la resolución de acusación al procesado o a su defensor, los demás sujetos procesales se notificarán por estado.”

La actuación procesal evidencia, contrario a lo aducido por el censor, que la resolución de acusación se notificó personalmente al procesado PABLO ANTONIO ORDÓÑEZ PEÑA el 12 de agosto de 2002, pues para entonces se hallaba privado de su libertad en la Penitenciaría Nacional Modelo de San José de Cúcuta (fol. 24 C.O. No. 3).

En la misma fecha -12 de agosto- se envió telegrama a la doctora Yamile Flórez Delgado, defensora de ORDÓÑEZ PEÑA a la dirección que aparecía registrada en la actuación - carrera 21 No. 29-21 Hoyo En Uno Cañaveral, Bucaramanga-, sin que, como lo advierte la Procuradora, obre en el proceso constancia de su devolución.

Igualmente, consta que mediante memorial recibido el 15 de agosto de 2002 en la Fiscalía Especializada, la defensora manifestó que:

“He tenido conocimiento que su Despacho calificó el mérito sumarial con resolución de acusación en contra de mi procurado el señor ORDÓÑEZ PEÑA. Como consecuencia le ruego que la notificación de esta pieza fundamental en el proceso se efectué en forma personal en la ciudad de Bucaramanga disponiendo enviar el correspondiente despacho comisorio...”

No obstante, el 16 de agosto siguiente la providencia se notificó mediante anotación por estado, procedimiento acorde no sólo con el último inciso del transcrito artículo 396, en cuanto autoriza la notificación por estado al defensor cuando la acusación se ha notificado personalmente al procesado, sino también con lo dispuesto por el artículo 178 ídem que limita la obligatoriedad de la notificación personal de las providencias al sindicado que se encuentre privado de la libertad, al fiscal general de la nación y al ministerio público.

Por lo tanto, es claro que la fiscalía cumplió con el trámite previsto en la ley para la notificación de la resolución de acusación, pues el procesado fue notificado personalmente

de la decisión y a su defensora se le citó a la dirección por ella registrada para que compareciera personalmente a notificarse de la misma, y como no lo hizo, se le notificó por anotación en estado, como lo establecen los aludidos preceptos. Además, no existe duda de que la apoderada tuvo conocimiento del acto procesal, porque incluso, con posterioridad, el 27 de agosto siguiente, de manera extemporánea remitió memorial interponiendo recurso de apelación, que pretendió sustentar con una parca argumentación.

Entonces ninguna irregularidad se observa en el trámite.

Nulidad por indeterminación de los cargos en la resolución de acusación y en la sentencia

El demandante alega que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad por afectación al debido proceso, aduciendo que la acusación contra sus representados PABLO ANTONIO ORDÓÑEZ PEÑA y LUÍS EVELIO MEDINA OSPINA por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, no especificó en cuál o cuáles de las doce conductas alternativas que consagra el tipo penal incurrieron, situación que vulneró el principio de legalidad de los delitos.

La Corte ha reconocido que el delito de narcotráfico es, por definición, una actividad criminal compleja que involucra tantas acciones y de tan variada naturaleza que para contenerlas todas, fue necesario que el legislador construyera un tipo penal en el que se incluyen las más diversas alternativas de consumación: introducir al país, así sea en tránsito, o sacar de él, transportar, llevar consigo, almacenar, conservar, elaborar, vender, ofrecer, adquirir, financiar o suministrar a cualquier título droga que produzca dependencia, son todas, en conjunto o individualmente acciones que constituyen narcotráfico².

Por lo tanto, cuando se investigan conductas de esa naturaleza, en virtud del principio de legalidad estricta que caracteriza el reproche penal, aunque el tipo penal genéricamente se denomine como tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, es necesario que la acusación defina exactamente cuál es el “núcleo central de la imputación fáctica”, respetando así el debido proceso penal y permitiendo que el sujeto pasivo de la acción penal pueda ejercer a cabalidad el contradictorio, a través de un conocimiento claro de la dimensión de la conducta por la que se le acusa.

En el presente caso, como lo observa la Procuradora, la resolución de acusación fue explícita en dejar sentado que de acuerdo con la prueba indiciaria PABLO ANTONIO ORDÓÑEZ venía cumpliendo su rol como transportador del estupefaciente de propiedad de LUÍS EVELIO MEDINA, tal como se consignó en el siguiente apartado de la decisión:

“Así las cosas, tenemos que no era únicamente Pedro Rolon ya procesado por estos mismos hechos, quien tenía participación en los mismos, sino que atendiendo a su propio dicho y al de los agentes de la policía, dos personas lograron evadirse, al ver la presencia policial, de los que los indicios nos llevan en grado sumo de probabilidad a asegurar que uno de ellos era PABLO ANTONIO ORDÓÑEZ, quien venía cumpliendo su función de transportador del estupefaciente de propiedad de LUÍS EVELIO MEDINA” (fol. 10 cuaderno de la acusación. Se ha resaltado).

Y en la resolución del 26 de noviembre de 2002 que confirmó la acusación de primera instancia sostuvo la Fiscalía que:

“De las pruebas de inspección judicial y pericial practicadas sobre el carro-tanque, que son pruebas objetivas, se tiene que el tanque fue adecuado para transportar elementos que se prensaran por paquetes de a kilo, cuestión que generalmente es usada para el transporte de droga prohibida, no precisamente para transportar

combustible.” (folio 50 ibídem. Se ha resaltado).

A su vez, como lo destaca la Delegada, la sentencia de primera instancia respetó ese marco fáctico de la imputación, pues en el apartado dedicado a la calificación jurídica se anotó que los procesados agotaron el comportamiento descrito en el artículo 33 de la ley 30 de 1986, modificado por el artículo 17 de la ley 365 de 1997, que sanciona con pena entre seis (6) y veinte (20) años de prisión y multa entre cien (100) y cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales, “el hecho de transportar sustancias estupefacientes que produzcan dependencia” (se destaca), para reafirmar a renglón seguido que:

“Se llega a tal afirmación, sin duda alguna, pues el transporte de droga que produzca dependencia, es un de las conductas alternativas que consagra la mencionada disposición legal, no teniendo entonces los inculpatos permiso de la autoridad competente para transportar los 288 kilos de cocaína, el 8 de junio de 1999, se debe concluir que esa actividad es ilegal” (fol. 45). Y mas adelante reafirmó que el comportamiento típico atribuido a los procesados era el alternativo de transportar ilícitamente droga que produjera dependencia. (fol. 46 Cuaderno No. 5. Se ha destacado).

Y en el fallo de segunda instancia, como también se advierte en el concepto del Ministerio Público, el Tribunal señaló que los procesados tuvieron la disponibilidad para permitir la confección de los compartimientos ocultos en el interior del tanque y el transporte de cocaína, siendo responsables del tráfico de estupefacientes.

Queda así acreditado que desde la resolución de acusación se dejó sentado que los procesados LUÍS EVELIO MEDINA OSPINA y PABLO ANTONIO ORDÓÑEZ PEÑA incurrieron en el delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de “transporte” de cocaína, marco fáctico que, se reitera, fue respetado en los fallos de primer y segundo grado, por

lo que no encuentra la Corte vulneración alguna al principio de legalidad estricta que caracteriza el reproche penal, y por tanto, tampoco al debido proceso de los condenados.

Casación oficiosa

Del recuento objetivo de la actuación procesal advierte la Sala la concurrencia de una irregularidad que por ser violatoria de las garantías fundamentales debidas a los procesados LUÍS EVELIO MEDINA OSPINA y PABLO ANTONIO ORDÓÑEZ PEÑA activan la facultad oficiosa de la Corte para controlar la legalidad y constitucionalidad de la sentencia.

En efecto, se observa que en la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Cúcuta y confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad, se impuso al procesado una pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la respectiva pena principal, esto es, 13 años, lo cual desborda el límite máximo de 10 años establecido en el artículo 44 del Decreto 100 de 1980, norma ésta última vigente para la época de ocurrencia de los hechos juzgados y aplicable por ser más favorable.

Ante esa situación y teniendo en cuenta que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 29 de la Constitución Política, “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”, norma que contempla el principio de legalidad de las penas y, por lo mismo, protege la libertad individual frente a la arbitrariedad de los funcionarios judiciales y garantiza los principios de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley,³ surge claro que la pena accesoria que se le impuso a los procesados lesiona el citado principio de legalidad.

Por lo tanto, la Sala casará oficiosa y parcialmente el fallo de segundo grado y, en consecuencia, disminuirá a diez (10) años la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, hoy llamada inhabilitación para el ejercicio de

derechos y funciones públicas, impuesta a los procesados LUÍS EVELIO MEDINA OSPINA y PABLO ANTONIO ORDÓÑEZ PEÑA.

A mérito de lo 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,

RESUELVE:

1. NO CASAR el fallo impugnado por los cargos planteados en la demanda.
2. CASAR de oficio y parcialmente la sentencia del 18 de julio de 2005 dictada por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el sentido de modificar el numeral 2º del fallo de primera instancia para FIJAR a los procesados LUÍS EVELIO MEDINA OSPINA y PABLO ANTONIO ORDÓÑEZ PEÑA, una pena de diez (10) años de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, según lo discurrido en las anteriores consideraciones.
3. En lo demás el fallo se mantiene incólume.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN JORGE LUÍS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

MAURO SOLARTE PORTILLA JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Conforme con el artículo 536 de la Ley 600 de 2000, este estatuto entró a regir “un año después de su promulgación”, lograda con su inserción en el Diario Oficial número 44.097 del 24 de julio del citado año.

2 Auto del 9 de mayo de 2002, radicado No. 14.934

3 Fallo de casación del 8 de junio de 2005, radicado No. 23.491