

Proceso No 27650

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta No. 240

Bogotá, D. C., veintiocho de noviembre de dos mil siete.

V I S T O S

Examina la Corte en sede de casación, la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, el 30 de octubre de 2006, que confirmó, con modificaciones, la dictada en primer grado por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad, el 28 de abril de 2003, y por medio de la cual se condenó a JOSÉ DAVID AMÓRTEGUI FORERO, a la pena principal de 17 años y 6 meses de prisión, junto con multa en cuantía de 2.000 salarios mínimos legales mensuales, y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por igual lapso, al hallarlo penalmente responsable de los delitos de narcotráfico, en calidad de coautor, y espionaje. En la misma decisión se condenó a Juan Carlos Mejía y Roberto Javier Padilla Osorio, éste último a título de cómplice, por el delito de narcotráfico, se negó el beneficio de libertad provisional otorgado a todos los condenados, motivo por el cual se dispuso su captura, y se negaron a los procesados los beneficios de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, libertad condicional y prisión domiciliaria.

HECHOS

Gracias a labores de inteligencia, el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, conoció de una red criminal dedicada al narcotráfico, razón por la cual solicitó de la Fiscalía General de la Nación, autorización para interceptar líneas de telefonía fija y abonados celulares en las ciudades de Cali y Cartagena.

Obtenida la autorización, se pudo conocer, conforme informe rendido el 14 de junio de 2000, que JOSÉ DAVID AMÓRTEGUI FORERO, Capitán retirado de la Armada Nacional, desde la ciudad de Cartagena vendía reiteradamente cartas con información secreta, referida a las coordenadas de ubicación de las naves de la Armada Colombiana que patrullaban los mares y costas del país en determinadas fechas.

De igual manera, gracias a esas interceptaciones, el 31 de julio de 2000, dentro de un contenedor hallado en un aparcadero de la zona urbana de la ciudad de Cartagena, descubrieron las autoridades de policía, camuflado en bultos de alimentos que supuestamente iban a ser enviados por la Cruz Roja hacia Mozambique, un alijo de 400 kilos de cocaína. En este hecho también se vinculó, entre otras personas, a JOSÉ DAVID AMÓRTEGUI FORERO.

ACTUACIÓN PROCESAL

De conformidad con los resultados arrojados por las interceptaciones, el 30 de agosto de 2003, la Fiscalía abre la correspondiente investigación penal, ordenando se capture, para efectos de indagatoria, entre otros, a JOSÉ DAVID AMÓRTEGUI FORERO.

Recabada la injurada, el 8 de septiembre de 2000 fue resuelta la situación jurídica de los implicados, decretándose medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de AMÓRTEGUI FORERO, por los delitos de violación a la Ley 30 de 1986, concierto para delinquir y menoscabo de la integridad nacional.

El 25 de mayo de 2001, se decretó el cierre del periodo investigativo. Consecuentemente,

el 24 de junio se calificó el mérito de la instrucción, dictándose resolución de acusación, entre otros, en contra de JOSÉ DAVID AMÓRTEGUI FORERO, por los delitos de concierto para delinquir, violación a la Ley 30 de 1986 y espionaje, este último, modificando la inicial imputación efectuada por el delito de menoscabo de la integridad nacional.

Oportunamente apelada la decisión por los defensores de los procesados, el 13 de diciembre de 2001, se efectuó el pronunciamiento de segundo grado, en el cual, respecto de AMÓRTEGUI FORERO, se confirmó lo decidido por la fiscalía A quo, aunque se aclaró que el delito de concierto para delinquir operaba respecto de la conducta de espionaje.

Ejecutoriada la resolución de acusación, el asunto le fue repartido, para adelantar la fase del juicio, al Juzgado Penal del Circuito Especializado de Cartagena, el cual convocó y realizó la audiencia preparatoria el 28 de mayo de 2002.

La audiencia de juzgamiento comenzó el 16 de septiembre de 2002 y culminó el 15 de noviembre de ese año.

El fallo de primera instancia fue proferido el 28 de abril de 2003. En este, para lo que corresponde a JOSÉ DAVID AMÓRTEGUI FORERO, se le absolvió de los delitos de espionaje y concierto para delinquir, por estimar el juzgador que no se había demostrado que efectivamente el procesado hubiese obtenido información secreta, resultando creíble su afirmación de que las coordenadas entregadas en venta por varias ocasiones obedecían a su propia imaginación.

De igual manera, estimó el fallador que la conducta punible de narcotráfico debía enrostrarse al procesado a título de complicidad y no coautoría, como se le acusó.

En consecuencia, dispuso pena de 6 años y 3 meses de prisión, así como multa por el equivalente a 55 salarios mínimos legales mensuales, en disfavor de AMÓRTEGUI FORERO,

a quien negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

La fiscalía apeló oportunamente el fallo, buscando se condenara también por los delitos de espionaje y concierto para delinquir, así como por la condición de coautoría y no complicidad, en lo que atiende al punible de narcotráfico.

De igual manera, el defensor de AMÓRTEGUI FORERO, acudió al recurso vertical, en aras de que se absolviera a su prohijado legal, del delito de narcotráfico por el cual se le condenó en primera instancia.

El 30 de octubre de 2006, se resolvieron los recursos, en providencia de segunda instancia que modificó, en lo que atiende a JOSÉ DAVID AMÓRTEGUI, lo decidido por el A quo, para, en su lugar, condenar al procesado como coautor del delito de narcotráfico y autor de la conducta punible de espionaje, disponiendo en su contra pena de 17 años y 6 meses de prisión, junto con multa por el equivalente a 2.000 salarios mínimos legales mensuales. Accesoriamente, dispuso la interdicción de derechos y funciones públicas, por lapso igual a la sanción aflictiva de la libertad.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación, por parte de los defensores de los dos condenados, el 20 de junio de 2007, la Sala Penal de la Corte, emitió auto a través del cual inadmitió la demanda presentada a nombre de Juan Carlos Mejía Toscano, y admitió la dirigida a favor de JOSÉ DAVID AMÓRTEGUI FORERO.

A partir del 22 de junio de 2007, se corrió el traslado obligatorio para que la Procuraduría emitiera su concepto, el cual fue allegado el 9 de noviembre de 2007.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA ADMITIDA

CARGO PRIMERO

En desarrollo de la causal primera, cuerpo primero, consagrada en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, el recurrente acusa a la sentencia de segundo grado, de haber incurrido en violación directa de la ley sustancial, al haber aplicado el artículo 119 del Decreto Ley 100 de 1980, Código Penal vigente para el momento de los hechos, y en consecuencia, emitirse sentencia de condena por el delito de espionaje.

En desarrollo del cargo, parte el impugnante por relevar que el ilícito de espionaje tiene como bien jurídico tutelado la seguridad del Estado, cuya vulneración opera cuando los secretos militares, económicos o políticos se entregan a otro estado o a los grupos subversivos, que “pretenden socavar la seguridad del Estado”. Pero ello no ocurre, agrega, cuando la información es entregada a contrabandistas o narcotraficantes, a fin de que estos puedan eludir la vigilancia costera.

En examen de la forma como el Código Penal de 1980, consagraba el tipo penal cuestionado, el casacionista advierte que los ilícitos contemplados en el primer título, el cual contiene el capítulo segundo, que a su vez consagra el delito de espionaje, se refieren a la existencia y seguridad del estado.

A renglón seguido, discrimina entre ambos conceptos, existencia y seguridad, para concluir que la segunda dice relación no sólo con la protección frente al exterior, sino al interior del Estado, vale decir, la seguridad interna de este, en los ámbitos político, económico y militar.

En el caso del espionaje, anota el recurrente, es necesario que los secretos obtenidos, empleados o revelados, posean entidad suficiente para que se ponga en peligro la seguridad del estado, dentro del concepto de “riesgo inminente”, o que, en efecto, se afecte esa seguridad.

En este sentido, prosigue, para que se entienda necesario tutelar el bien jurídico de la existencia y seguridad del estado, y, en consecuencia, materializada la tipicidad “la conducta realizada por el sujeto activo del delito, debe estar dirigida hacia la desaparición del Estado en la estructura político, territorial o nacional, del momento histórico en que se produzca la traición y lo anterior quiere decir que la conducta típica debe estar dirigida a que la integridad total o parcial del territorio de la República, pudiera quedar bajo el dominio de una potencia extranjera, o llegarse a afectarse la soberanía nacional o a fraccionar la unidad nacional o bien, que se afecte esa integridad con la alteración de cualquier manera de los hitos fronterizos que la delimitan o que desde al perspectiva militar se ponga en peligro la seguridad del estado por conflictos bélicos contra la patria.”.

A continuación, el demandante trae a colación profusa doctrina nacional y extranjera que refiere lo que debe entenderse por espionaje, para concluir de todo ello cómo la materialización del delito demanda necesario que se afecte la seguridad nacional en los ámbitos político, económico o militar.

Empero, acota, a su representado legal se le acusa de entregar información encaminada a facilitar el contrabando y narcotráfico.

Y en este sentido, complementa, aunque constitucionalmente se le otorga a las Fuerzas Militares, la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, en la práctica también cumple funciones propias de la Policía Nacional, referidas a la prevención y persecución del delito, que es precisamente lo que ocurre cuando las naves militares buscan evitar el tráfico de drogas y el contrabando.

Entonces, razona el impugnante, señalar que se atenta contra la seguridad nacional cuando se facilitan estas conductas punibles, implicaría reconocer que igual ocurre en

los casos en los que se determinan previamente los lugares de patrullaje policial, para efectos de asaltar una entidad bancaria.

Concreta el recurrente el yerro del Tribunal, entonces, en que la sentencia significase que la información reservada entregada a particulares permitía evadir la vigilancia marítima encaminada a evitar el contrabando de mercancías y el narcotráfico, males que azotan al país y a la economía nacional, pues, si ello es así, no se trata, la actividad de la Armada Nacional, de una tarea de defensa nacional o seguridad del Estado, sino de funciones eminentemente policiales.

Acorde con ello, el recurrente señala que la conducta es atípica, por atipicidad relativa, referida a la ninguna vulneración del bien jurídico tutelado de la seguridad del estado, razón por la cual debe entenderse que el Tribunal incurrió en un error in iudicando, por aplicación indebida del artículo 119 del decreto Ley 100 de 1980.

En consecuencia, solicita de la Sala, se case la sentencia recurrida y en su lugar se emita “fallo de reemplazo”, en el cual se absuelva al procesado del delito de espionaje que se le atribuyó.

CARGO SEGUNDO –Subsidiario-

Dentro de la misma perspectiva del cargo principal, se acusa a la sentencia del Tribunal, de violación directa de la ley sustancial “que implica la existencia de un error de derecho”, toda vez que se aplicó el artículo 119 del Decreto Ley 100 de 1980, referido a un delito que atenta contra la seguridad del estado, a pesar de que no se afectó ese bien jurídico.

Asevera, para el efecto, el impugnante, que no era posible emitir sentencia de condena en lo que toca con el punible de espionaje, dado que se carece de uno de los elementos consustanciales al delito: el de antijuridicidad material, que a su vez reclama la lesión o

puesta en peligro del bien jurídico tutelado, conforme lo que disponen los artículos 2 y 4 de la Ley 599 de 2000.

De esta manera, añade el casacionista, la conducta del sujeto debe estar precedida de su conocimiento acerca del bien jurídico protegido por la ley y la voluntad de atacarlo.

Seguidamente, el recurrente referencia de manera profusa y en ocasiones descontextualizada, variada doctrina atinente al elemento de antijuridicidad y su simbiosis con el bien jurídico, derivando de todo ello que este último cumple una función de garantía frente al ejercicio estatal del ius puniendi, a más de facultar la sistematización de las diferentes conductas punibles, dentro de un título y capítulo que las homogenice.

Pero, destaca, la función primordial del bien jurídico opera en relación con el tipo penal, en cuanto elemento insustituible del mismo, ya que la labor de verificación del juez, en punto de la determinación de la adecuación típica, no se agota con la consonancia entre el comportamiento humano y lo descrito en la norma “sino que es igualmente menester que se haya producido una vulneración del bien jurídico tutelado o la puesta en peligro del mismo, para que pueda entenderse que se ha cumplido y completado el proceso de adecuación típica y antijurídica”.

Ya luego agrega el casacionista que la función dogmática del bien jurídico no solo trasciende a los tópicos de tipicidad y antijuridicidad, dado que abarca también la culpabilidad, ya que “no es suficiente tener el propósito de afectar conscientemente determinado bien jurídico, sino que para que exista hecho punible es indispensable que se produzca una real afectación de ese bien jurídico tutelado”.

De lo anotado, concluye el recurrente que en el caso concreto no se afectó el bien jurídico tutelado de la seguridad pública, reiterando los argumentos que sobre el particular expuso en el cargo principal, a lo cual agrega que resultaba físicamente imposible atentar

contra la seguridad nacional con la conducta desarrollada por el procesado “porque sacar unos cuantos envíos de sustancias prohibidas o enviar o entrar plurales cargamentos de contrabando por decir algo, son hechos anodinos e intrascendentes que bajo ninguna circunstancia podrían poner en peligro la seguridad del estado...”.

Junto con ello, afirma, no es posible decir que todos los delitos de alguna forma afectan la seguridad nacional y del Estado, en tanto, con ello se acaba con la dogmática y específicamente con la sistematización de la parte especial del Código Penal.

Discrimina el impugnante, por último, el yerro del Tribunal, en el hecho de que estimase vulnerado el bien jurídico tutelado, con un comportamiento, el del procesado, que buscó acceder a información encaminada a evitar delitos comunes con nula incidencia respecto a la seguridad del Estado.

Por virtud de ello, solicita el demandante se case parcialmente el fallo y se emita sentencia de reemplazo que absuelva al procesado del delito de espionaje.

TERCER CARGO-Subsidiario-

También dentro de la causal primera, pero ahora en el cuerpo segundo, se ataca a la sentencia de segundo grado de violación indirecta de la ley, por reflejar errores de hecho por falso juicio de existencia por suposición de pruebas acerca de la calidad de “secretos” de los informes vendidos por el procesado y la manera “indebida” en que fueron ellos conseguidos.

Para delimitar la controversia, el recurrente parte por advertir que se trata, el yerro planteado, de una suposición absoluta de prueba en la cual no es posible identificar cuál es el medio supuesto, precisamente en razón a que no existe ninguno que sustente el hecho que entendió demostrado el Tribunal.

En concreto, expone el casacionista que en el fallo de segundo grado se supuso la condición de “secreto de Estado” de la información y de igual manera se concluyó que a ella accedió “indebidamente” el procesado.

En desarrollo de su tesis, el impugnante acude a lo que expone el diccionario respecto del término “secreto”, como sinónimo de oculto, ignorado, escondido o reservado, advirtiendo que en los ámbitos del derecho público y privado existen informaciones reservadas cuya divulgación conlleva sanciones de diverso tenor, incluso penales.

En este sentido, anota, debe parecer obvio que la condición de “secreta” de la información ha de estar regulada normativamente, para que sea consecuencialmente posible aplicar la sanción por revelarse, mucho más, si ella es de carácter penal.

De esta manera, agrega el casacionista, si la condición de “secreta” de la información, hace parte del tipo y ella ha de ser regulada en una norma, necesariamente ha de estar demostrado el tópico dentro del proceso, particularmente, determinando cuál es la norma que así lo establece.

Se critica el fallo de segunda instancia, entonces, porque nunca estableció cuál es el reglamento civil o militar que condensa la condición secreta de la información vendida por el procesado, incurriendo así en el yerro de suposición probatoria que se le atribuye.

Y, agrega el demandante, no puede darse por sentado, como hecho notorio, que en razón a su naturaleza emerge evidente la condición secreta de la ubicación de los navíos militares colombianos, dado que esa condición jurídica, la del hecho notorio, opera en materia civil o laboral, e incluso en la penal, pero no para probar el hecho delictivo.

Sostiene el recurrente que: “no existe dentro del proceso, una sola prueba, de ninguna especie o naturaleza, que demuestre que la posición de los buques de la armada nacional constituye “un secreto militar”, de lo que ha de concluirse razonablemente que lo afirmado en tal sentido por la sentencia recurrida, surge de una suposición probatoria”.

Algo similar predica el censor en punto de la acepción “indebidamente”, que predica la norma típica respecto de la forma en que se recaba la información secreta, dado que no se practicó prueba necesaria encaminada a demostrar cómo llegaron a manos del procesado las coordenadas geográficas vendidas.

En tratándose de informaciones secretas, a estas accede un número reducido de personas, por manera que el conocimiento de ellas en cabeza de cualquier particular debe entenderse indebido.

Como no se investigó la forma en que llegaron a conocimiento del procesado las coordenadas en cuestión, razona el casacionista, debe atenderse a su dicho de que ellas obedecieron a su particular invención.

Seguidamente, aborda el recurrente lo contenido en los peritajes realizados acerca de la ubicación real de los buques y su consonancia con las coordenadas vendidas por el procesado, para concluir que nunca se determinó esa coincidencia, ratificándose así la conclusión de que, en efecto, eran falsas las informaciones entregadas por su representado legal.

Ello conduce a sostener, culmina el demandante, que efectivamente, respecto del elemento de tipicidad referido al término “indebido”, supuso el Tribunal la prueba, incurriendo en error por falso juicio de existencia.

Así las cosas, solicita se case parcialmente la sentencia recurrida y en su lugar se

emita fallo de reemplazo en el cual se absuelva al procesado del delito de espionaje.

CONCEPTO DE LA PROCURADORÍA SEGUNDA DELEGADA (E) PARA LA CASACIÓN PENAL

Cargo primero

Parte por significar la representación del Ministerio Público, que el delito de espionaje debe asumirse de mero peligro y no de resultado, por virtud de lo cual no es necesario que se produzca un daño, sino apenas que se determine posible el riesgo.

En este tipo de delitos, continúa el procurador, la sola acción desplegada se entiende poner en peligro el bien jurídico tutelado.

A su vez, agrega, como tipo de peligro, en este caso, conforme la distinción doctrinaria entre peligro concreto y peligro abstracto, se trata del segundo de los eventos, en el cual el riesgo para el bien jurídico no es inmediato, sino indirecto, sin que sea necesario aportar prueba de ello.

En otros términos, agrega el Delegado, el peligro se presume *iuris et de iure*, vale decir, no admite prueba de que en el caso concreto el bien no estuvo en riesgo de sufrir lesión.

Abordado el caso específico, advierte la representación del Ministerio Público, que con el primer acto idóneo del procesado, encaminado a menoscabar la seguridad del Estado, se perfeccionó el delito, independientemente de que se obtenga el resultado.

Resalta, igualmente, cómo la seguridad del Estado, además de constituir un elemento del tipo de espionaje, coincide con el bien jurídico tutelado.

Y, agrega, si se obtiene información secreta ha de estimarse consumada la ilicitud, no importa que se afecte real y objetivamente la seguridad del Estado, en tanto, a las Fuerzas Militares les ha sido confiada la defensa de la nación, en actividad directamente ligada

con sus seguridad e intereses, de lo cual se sigue que la obtención de la información reservada atenta contra la protección de la integridad, existencia e independencia del país.

Y si bien, acota el Procurador, no se allegó al expediente la normatividad que regula la naturaleza secreta de la información obtenida por el procesado, es lo cierto que sobre el tópico no cabe duda, dado que así lo informaron los funcionarios del DAS que adelantaron tareas de investigación, y lo corroboró el Capitán de Fragata Rafael Gil Galindo, Director de Contrainteligencia de la Armada Nacional, durante la Inspección Judicial practicada por la Fiscalía.

Dice, el Delegado de la Procuraduría, no compartir la tesis del casacionista acerca de que la información revelada, por suministrarse a narcotraficantes, no afecta la seguridad del estado, pues, reitera, se trata, el examinado, de un delito de mero peligro que no requiere afectación efectiva de la seguridad nacional.

Agrega que no resulta veraz lo expresado por el procesado en punto de que inventó las coordinadas vendidas, como quiera que los peritajes demostraron existir coincidencia entre ellas y la ubicación real de las embarcaciones, a más de que la reiteración en el negocio, por más de un año, demuestra la efectividad de lo informado. En corroboración de sus asertos, transcribe el Procurador, apartados del fallo de segundo grado en los cuales se alude a las exculpaciones del procesado y a lo arrojado por los peritajes.

Luego de ello, solicita se desestime el primer cargo, habida cuenta de que debe entenderse típica la conducta de espionaje atribuida al procesado.

Cargo Segundo.

En desarrollo de su concepto, el Delegado del Ministerio Público comienza por significar el doble aspecto, material y formal, que encierra el concepto de antijuridicidad,

señalando cómo el principio de lesividad aparece registrado en el artículo 11 del Código Penal, como elemento esencial del delito.

Ya luego, reiterando que la seguridad del Estado representa, en el asunto analizado, no solo un elemento del tipo penal, sino el bien jurídico tutelado, solicita se tengan en cuenta los argumentos plasmados en el cargo principal, para que se desestime también el segundo de los cargos.

Tercer Cargo.

En lo que corresponde al primero de los dos aspectos en que dividió el casacionista la controversia referida al error de hecho por falso juicio de existencia por suposición, el Procurador señala que no asiste la razón al demandante, dado que si bien, no se aportó la normatividad que determina secretas las coordenadas de ubicación de las naves de la Armada Colombiana, sí se posee certeza acerca de la naturaleza confidencial de ello gracias a lo referido por los funcionarios del DAS en sus informes y lo manifestado por el Director de Contrainteligencia de la Armada.

Información tan vital, añade el Procurador, sólo puede estar en conocimiento de un reducido grupo de personas, al punto que ni siquiera el Comando General de la Armada la tiene a su disposición, como lo aseveró el Director de Contrainteligencia.

Atinente al segundo de los aspectos plasmados dentro del tercer cargo, esto es, la condición de “indebido” que tuvo el acceso a la información por parte del procesado, el Delegado del Ministerio Público, estima lógico que ello sucediera, dado que el procesado, para la época de los hechos, no laboraba al servicio de la Armada y la información obtenida se reserva exclusivamente para el personal a ella adscrito. De igual manera, se demostró que la información obtenida coincide con las coordenadas de las naves apostadas en los mares colombianos.

A este efecto, agrega, el que no se conozca la forma en la cual se hizo a la información el procesado, en nada incide sobre la naturaleza indebida del hecho, sino que, de determinarse el concurso de otras personas, conduciría a vincularlas penalmente.

En consecuencia, solicita el Procurador, no atender a la propuesta casacional planteada por el demandante.

Casación oficiosa.

Conforme el traslado que de manera oficiosa se le hizo para el efecto en el auto admisorio de la demanda, el Procurador Judicial solicita se modifique la pena impuesta por el Tribunal en lo que corresponde a la interdicción para el ejercicio de derechos y funciones públicas impuesta a JUAN CARLOS MEJÍA TOSCANO y JOSÉ DAVID AMÓRTEGUI FORERO, ya que se superó el tope máximo de 10 años que para ello establecía el Decreto Ley 100 de 1980, artículo 44 modificado por el artículo 3° de la Ley 365 de 1997, norma aplicable al caso en virtud del principio de favorabilidad, pues, se hallaba vigente para el momento de los hechos y emerge bastante inferior al tope de 20 años que hoy regula la Ley 599 de 2000 en su artículo 52.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala, previo al análisis de fondo obligado de hacer, debe significar que en razón a la identidad temática y argumental que soportan los dos primeros cargos, referidos al bien jurídico tutelado y su vulneración, abordará conjuntamente su examen.

1. Cargo Primero principal y segundo subsidiario.

Como lo significó el representante del Ministerio Público en su concepto, el tópico

referido al término “seguridad del Estado”, posee, para el delito de espionaje por el cual se condenó en segunda instancia al procesado, una doble connotación, pues, a más de constituir un elemento integrador del tipo penal, representa el bien jurídico tutelado con la norma represora.

Por ello, el demandante, aludiendo a la misma circunstancia, plantea desde esa doble perspectiva –ausencia de tipicidad relativa e inexistencia de antijuridicidad material-, la crítica a lo decidido por el Tribunal.

Y la respuesta, positiva o negativa, tiene la virtualidad de abarcar ambos aspectos, pues, conforme lo consignado por el recurrente, los secretos que pudo haber adquirido su representado legal, no dicen relación con la seguridad del estado y, entonces, de un lado, no cubren el elemento axial del tipo penal, y del otro, determinan inocua la conducta atribuida al procesado, dado que ninguna potencialidad tienen de afectar ese específico bien.

De esta manera, corresponde a la Corte definir si los secretos a los que se hizo el procesado tienen o no relación directa con la seguridad nacional y, por contera, de resultar positiva la evaluación, concluir si en el caso concreto hubo daño o estuvo en peligro efectivo ese bien jurídico.

En primer lugar, para abordar de lleno el estudio del asunto, cabe relevar cómo el delito de espionaje ha sufrido profundas variaciones en las diferentes codificaciones penales patrias, desde luego, obedeciendo ello al devenir de los tiempos y no sólo al cambio de posturas dogmáticas.

Así, la primera codificación penal sistematizada en Colombia, el llamado Estatuto Penal de 1837, reproducido por la Ley 19 de 1890, Código Penal, en el Libro Segundo “Delitos que afectan principalmente a la nación o a la sociedad, o que sean cometidos por empleados públicos”, Título Primero, “Delitos contra la Nación”, Capítulo Primero

“traición y otros delitos semejantes”, si bien, no contempla una conducta específica que pueda equipararse al espionaje de hoy en día, reseña en el artículo 150, dentro del que denomina “grave delito de traición, en guerra exterior” , las conductas de “servir de espías al enemigo”, o acoger, proteger, ocultar o auxiliar a estos.

A su vez, el artículo 153, consagra la modalidad atenuada del delito en cuestión, que opera, entre otras opciones incluidas en un muy amplio listado “Entregar a sabiendas a los agentes de alguna potencia extranjera neutral, planos o diseños de fortificaciones, puertos o arsenales de que estén encargados por razón de su destino, o descubrirles el secreto de alguna negociación o expedición de que se hayan instruidos oficialmente, por su ministerio”, u “Obtener, por soborno, cohecho, seducción, fraude o violencia, o por negligencia del encargado de su custodia, los planos y diseños expresados en el número anterior, o adquirir conocimiento por los mismos medios, de los secretos allí especificados...”

Y, por último, el artículo 156, contempla el mismo tipo de conductas, pero ahora ejecutadas a favor de una nación aliada de Colombia.

El Capítulo Segundo de los delitos Contra la Nación, relaciona los que denomina “Delitos contra la paz y la seguridad exterior de la nación”, referidos al tipo de conductas que busca atacar a una nación amiga o neutral, o a un estado que se halle en guerra con otro pero no con Colombia.

Y, finalmente, el Capítulo Tercero, que se rotula “Delitos contra la paz interior, el gobierno existente y la Constitución”, consagra el delito de rebelión.

Una verificación sistemática de la normatividad citada permite apreciar cómo dentro de los delitos contra la Nación, existe separación de aquellos cometidos en guerra o frente a países extranjeros, que se gradúan en su gravedad dependiendo de que la conducta se cometa a favor del enemigo, un estado neutral o un país aliado, y

aquí se incluye el delito de espionaje, o mejor, el hecho que lo representa, así no se denomine el tipo de esa manera, al tanto que el delito de rebelión se instituye en capítulo diferente, entendiéndose que atenta contra la paz interior.

Por su parte, la Ley 95 de 1936, comúnmente llamada Código Penal de 1936, regula en su Título Primero “Delitos contra la existencia y la seguridad del Estado”, Capítulo Primero, “Delitos de traición a la patria”, la conducta de revelar secretos, que se entiende propia de esa traición, en el artículo 121, así redactado:

“El colombiano, aunque haya perdido la calidad de nacional, o el extranjero que deba obediencia a Colombia a causa de su empleo o función pública, que revele los secretos políticos, diplomáticos o militares referentes a la seguridad del Estado, ya comunicando o publicando documentos, dibujos, planos u otros datos relativos al material, fortificaciones u operaciones militares o cualquiera otro asunto esencial para la defensa de los intereses del país. Ya facilitando de otra manera su divulgación, incurrirá en presidio, de dos a cuatro años, y en multa de trescientos a mil pesos.

“La pena será de dos a seis años de presidio y de trescientos a mil pesos de multa, si los secretos se revelaren al gobierno de otra nación o a sus agentes o súbditos.

“La pena será de seis a quince años de presidio, y de mil a cinco mil pesos de multa, si los secretos se revelaren a un Estado que se halle en guerra contra Colombia, o a sus agentes o súbditos, y de diez a diez y seis años de presidio y mil a dos mil pesos de multa, si la revelación diere lugar a que se interrumpen o turben las relaciones amistosas de Colombia con otra nación”.

A renglón seguido el Código referencia ampliamente una serie casuística de situaciones en las cuales se cometen delitos similares.

El Capítulo II de los delitos contra la existencia y seguridad del Estado, rotulado

“De los delitos que comprometan la paz, la seguridad exterior o la dignidad de la Nación”, se ocupa de sancionar las mismas conductas del Capítulo Primero, pero cuando ellas se ejecutan contra un país aliado de Colombia en guerra común contra un tercero.

El capítulo Tercero consagra el delito de Piratería.

Los delitos de rebelión, sedición y asonada, ya no se regulan en el mismo Título de delitos contra la existencia y seguridad del Estado, sino que se crea el Título II, denominado “Delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad interior del Estado”, para incluirlos allí.

Como se ve, si bien no se instituye con el nomen iuris de espionaje, pues, hace parte del delito de traición a la patria, la revelación de secretos deja de constituir, como sucedía en el Código de 1890, un delito típico de guerra exterior y se instituye el término de “Seguridad del Estado”, como bien jurídico buscado proteger con la consagración de esta y otras conductas que, conforme la redacción de la norma, no necesariamente deben ser cometida a favor de otra nación –pues, por ello se agrava el hecho, si favorece a otra nación o a un Estado que se halle en guerra con Colombia-.

El Decreto Ley 100 de 1980, conserva el Título Primero del Código Penal de 1936, con la denominación de “Delitos contra la existencia y seguridad del Estado”, y establece la conducta específica de espionaje, referida a la revelación de secretos, pero no la incluye en el Capítulo Primero, referido a los delitos “de traición a la patria”, sino que crea el Capítulo segundo, definido “De los delitos contra la seguridad del estado”, eliminando la farragosa determinación casuística de la normatividad anterior, para simplemente señalar en el artículo 119:

“Espionaje. El que indebidamente obtenga, emplee o revele secreto político,

económico o militar, relacionado con la seguridad del Estado, incurrirá en prisión de tres (3) a doce (12) años.”

A renglón seguido, el Título II, rotulado “De los delitos contra el régimen constitucional” –se elimina el apartado del Código Penal de 1936, referido a la seguridad interior del estado-, consagra en su Capítulo Único los delitos de rebelión, sedición y asonada.

Por último, dentro de la readecuación de bienes jurídicos y su trascendencia, a tono con la visión antropocéntrica contemplada en la [Constitución Política](#) de 1991, la Ley 599 de 2000, Código Penal Vigente, consagra en el Título XVII, los delitos “Contra la existencia y seguridad del Estado”, referenciando en el Capítulo Primero los de traición a la patria, y en el Segundo los “Delitos contra la seguridad del Estado”, dentro de los cuales incluye el Espionaje, con similar redacción a la de la normatividad derogada, aunque la pena se incrementa en un rango de 4 a 12 años de prisión.

Hoy en día, entonces, el delito de espionaje presenta una connotación propia, bastante diferente de aquella que motivó su inicial vinculación delictuosa a fines del siglo XIX y durante gran parte del siglo XX, pues, una vez concluida la segunda guerra mundial, ya la revelación de secretos militares, económicos o políticos, no necesariamente tiene la trascendencia, respecto de nuestro país, que originalmente vinculó el hecho con la existencia o seguridad exterior del estado, al punto que se desligó del nomen iuris de traición a la patria, para verificar el daño dentro de un ámbito más focalizado de seguridad nacional, en el entendido de que esa revelación de información reservada, que nutre dentro de la concepción patria la conducta punible examinada, más que beneficiar hipotéticas confrontaciones externas, afecta la estabilidad misma del Estado.

Y, precisamente, esa mutación del bien jurídico tutelado ha de ser mirada de conformidad con los cambios históricos, sociales y políticos que han modulado el devenir

de Colombia como nación, hasta advertir que hoy por hoy, la “Seguridad del Estado”, en un mundo globalizado, representa un amplio y variado espectro que no se cubre con una definición específica en la cual puedan adecuadamente encerrarse los elementos que nutren el concepto, en este sentido abstracto, cual sucede con otros tantos bienes insertos en nuestra normatividad penal, entre los cuales, apenas a título de ejemplo, cabe citar la salud pública y la seguridad pública.

Por ello, no resulta del todo acertado, como lo hace el demandante, significar, incluyendo en un mismo modelo los conceptos de existencia y seguridad del estado -que el legislador entiende distintos y por ello los ubica en Capítulos separados- que el delito de espionaje afecta el bien en cuestión cuando se pone en peligro “la subsistencia del Estado y su seguridad militar y de protección contra ataques u hostilidades que se pudieran dirigir contra su integridad territorial, contra sus medios de defensa, contra la seguridad de sus ejércitos y en general que pongan en peligro la vida de la nación”.

Es esta, la de la integridad del territorio y la “vida” de la nación, apenas una arista, releva la Corte, de los innumerables episodios que pueden poner en peligro la seguridad del estado, entendido el término “seguridad”, en su acepción más amplia, que dice relación con todos los factores que tengan la potencialidad de perturbar de manera trascendente su buena marcha o funcionamiento, no sólo en su ámbito interno, sino en las relaciones exteriores.

Pero, si se dijera en gracia de discusión que, en efecto, el bien jurídico al que alude la norma violentada, incluso como elemento que nutre su configuración típica, se halla limitado por esos conceptos destacados en la demanda de casación, debe significar la Corte que aún así la conducta atribuida al procesado, en el caso concreto, tiene la virtualidad de poner en peligro la defensa de la nación.

Respecto de ello, en primer lugar debe destacarse que la definición de si se ha puesto o no en peligro el bien jurídico tutelado y, en concordancia con lo dispuesto por el legislador, cubierto uno de los elementos configurantes del tipo penal, no necesariamente pasa por definir, como intenta hacerlo el recurrente, la particular motivación o finalidad que acompañó al procesado al momento de hacerse a los secretos militares, esto es, según sus palabras, obtener a cambio el pago de dinero de grupos de narcotraficantes, quienes buscaban evadir la vigilancia de la Armada Nacional, a fin de transportar al exterior cargamentos de estupefacientes.

En este sentido, la sola redacción del tipo examinado permite advertir de entrada que el tipo penal no es de los llamados de resultado, sino de simple peligro o daño potencial y, en consecuencia, para que se perfeccione el delito no se hace menester que los secretos obtenidos se utilicen en determinado sentido, como lo expone el tratadista Luis Carlos Pérez¹:

“Para los bienes jurídicos puestos bajo tutela es suficiente que el sujeto lleve a cabo las conductas de obtener, emplear o revelar los secretos, y por eso no exige la efectiva comunicación de estos, ni su revelación, ni el simple empleo, que bien puede tener un objeto enteramente privado, como el de una satisfacción personal. Por ejemplo, si el agente quiere conocer una fórmula para preparar materiales de combate, o el plan para frustrar un desembarco, con el único fin de agregarla al catálogo de sus investigaciones privadas. En el ejemplo propuesto se trataría de obtener la fórmula para un uso o empleo particular, sin revelación ninguna”.

En seguimiento de lo transcrito, elemental asoma que si la sola adquisición de los secretos con fines privados, sin que ellos se divulguen o entreguen a un tercero, determina la existencia del delito en su acepción de antijuridicidad, mucho más evidente surge el daño o peligro de este, cuando se determina inconcuso que esos secretos no

permanecieron en la órbita particular del acusado, sino que fueron entregados a organizaciones criminales, para facultar sus fines delictuosos.

Aquí, debe hacer un paréntesis la Corte, para responder a lo consignado por el Ministerio Público en su concepto, advirtiéndole que ya la Sala ha establecido un matiz, a efectos de significar cómo la definición de antijuridicidad material no surge automática, así se les denomine delitos de peligro abstracto, de la conformidad entre lo ejecutado y el verbo rector contenido en el tipo.

Dijo esta Corporación²:

“De otra parte, aunque parece que el juez constitucional dio cabida a la configuración legislativa de delitos de peligro abstracto, tal vez ante la evidencia sociológica del alto refinamiento de las interferencias comunicativas entre los individuos en las modernas sociedades de riesgo –caracterizadas por el gran adelanto tecnológico, la magnitud del tráfico viario, el desarrollo de las relaciones industriales, la importancia del medio ambiente, etc-, o mejor, de la compleja interrelación que se da en multiplicidad de ámbitos entre los individuos de la comunidad, al funcionario judicial no le corresponde entrar a discutir esa valoración del órgano legislativo para estatuir en el grado de delictivos comportamientos que sin significar lesión al interés que estima vital, percibe, en abstracto, como potencialmente dañoso.

Lo que sí debe valorar es, en concreto, si una específica conducta significó real y verdadera puesta en peligro del bien jurídico protegido con la norma penal.

Esa delimitación entre las visiones con las cuales los dos órganos, el legislativo y el judicial, vislumbran una misma problemática, debe ser entendida con arreglo al conjunto de valores que emanan de la Constitución, pues si bien el primero, al diseñar los tipos penales de peligro abstracto asume que ciertas conductas pueden significar riesgo para determinados bienes jurídicos, es decir, establece una presunción de peligro, al segundo,

al juez, le atañe verificar si un acto específico reportó efectiva creación de peligro para ese bien, porque, en “cualquier caso, debe tratarse de un daño o de un peligro verificable empíricamente partiendo de las características de cada concreto comportamiento prohibido, y no considerando en abstracto sólo el contenido de la prohibición.”³

Esto significa, que si bien en el momento de creación legislativa de los delitos de peligro se deja implícita una presunción de peligro, tal presunción no puede ser de aquellas conocidas como *iuris et de jure*, es decir, que no admiten prueba en contrario, porque el carácter democrático y social del Estado de derecho, basado, ante todo, en el respeto a la dignidad humana (artículo 1º de la Constitución), así lo impone, en tanto tal especie de presunción significa desconocer la de inocencia y los derechos de defensa y contradicción.

Al contrario, al evaluarse judicialmente los contornos de la conducta es ineludible establecer qué tan efectiva fue la puesta en peligro. En otro lenguaje, frente a un delito de peligro debe partirse de la base de que la presunción contenida en la respectiva norma es *iuris tantum*, es decir, que se admite prueba en contrario acerca de la potencialidad de la conducta para crear un riesgo efectivo al bien jurídico objeto de tutela.

Tal parece ser la perspectiva constitucional cuando se señala que:

“En los tipos de peligro debe considerarse la mayor o menor cercanía de la conducta peligrosa al bien jurídico protegido. Cuando el peligro es remoto, el bien no se halla amenazado en forma concreta, y lo que en realidad se castiga es la mera desobediencia o violación formal de la ley con la realización de una acción inocua en sí (sic) misma. En estos eventos la relación de causalidad entre la conducta prohibida y la actividad delictiva es enteramente contingente, y la afirmación de la existencia de dicha relación sólo puede corresponder a la elección discrecional que realiza el legislador en forma

anticipada, y el juez frente al caso concreto, entre múltiples opciones; en última instancia, la potencialidad dañina que encierra la conducta se juzga realizable a partir de consideraciones que involucran no al acto mismo sino a su autor.”⁴

6. Como se recordará, con providencia del 3 de septiembre de 2003 la Corte admitió de modo discrecional la demanda excepcional de casación porque encontró, de un lado, que en cuanto a la aplicación del principio de lesividad frente a los delitos de peligro abstracto no había suficiente doctrina jurisprudencial, pues el antecedente citado en la demanda hacía referencia a un supuesto fáctico bien diferente al que es objeto de este proceso y, de otro, porque en el libelo se mencionó la necesidad de fijar el alcance de la efectiva puesta en peligro a que se refiere el nuevo código penal en su artículo 11.

11. Pues bien, todo lo que hasta aquí se ha dicho va dirigido a entender el alcance de la preceptiva en cuestión.

Es bien sabido que el artículo 4º del Decreto 100 de 1980, al ocuparse de la antijuridicidad, señalaba que “Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley.”

De acuerdo con esa previsión legislativa, en la que no se aprecia ningún requerimiento acerca del grado de afección del interés protegido por la norma penal, y con abstracción de los valores que respecto de la dignidad humana y el respeto a los derechos fundamentales se desprenden de la Constitución, podía aducirse que en relación con los delitos de peligro abstracto o indirecto, como también los conoce la doctrina, nada diferente importaba a constatar la conducta supuestamente generadora de riesgo, esto es, en el caso del porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, que un elemento de tales características se llevara consigo o al alcance, sin contar con permiso de la autoridad militar competente.

Así parece que fue el entendimiento que se le fijó, en cuanto a la naturaleza del peligro, en el pronunciamiento de esta Corte que el censor cita:

(...)

El anterior criterio no es suficiente para ser reiterado frente al problema propuesto en el libelo, porque como es posible advertir, en ese pronunciamiento se traslada del momento de selección legislativa de los riesgos para prevenir por medio de la creación de delitos afectaciones o peligros a intereses jurídicos, el cual, desde luego, se halla dentro de la órbita de libertad de configuración del organismo legislativo, al de valoración judicial de la conducta, para dejar entrever que en la especie de delitos de peligro abstracto es indiferente la mayor o menor exposición del bien jurídico, y que basta que la amenaza sea abstracta o presunta por ministerio de la ley para que aflore el juicio de desvalor, criterio que deja al margen el principio de lesividad.

Ahora es conveniente aclarar tal perspectiva, pues una cosa es que se encuentre ajustado a la Constitución que el legislador consagre delitos de peligro abstracto para precaver eventuales daños a bienes jurídicos, en virtud de la gigantesca magnitud de la interferencia comunicativa –o el entrecruzamiento de multiplicidad de relaciones, para expresarlo de otro modo– entre los individuos que componen la sociedad de hoy, y otra muy diferente que el juez se abstenga de examinar la relevancia social de la conducta con referencia a la tensión de los bienes jurídicos en juego, bajo el prurito de que el órgano legislativo quiso llevar la protección a estadios muy prematuros, lo cual no le es admisible porque constituye imperativo categórico constitucional que verifique si una conducta específica causó daño o generó efectivo peligro al bien jurídico protegido.

Además, es preciso tener en cuenta que el antecedente que en la sentencia acabada de citar se trajo a colación, respondía a una sistemática interpretativa diferente basada

en puros criterios intrasistemáticos, sin referencia al orden constitucional imperante, el de la Carta de 1886 y que, por consiguiente, no repelía el juzgamiento de delitos sin daño o sin creación o incremento efectivo de peligro.

(...)

Lo anterior no envuelve una graciosa o desenvuelta concesión, pues al exigir el precepto mencionado –artículo 11 del Código Penal- que se requiere que la conducta típica lesione o ponga efectivamente en peligro el bien jurídico protegido por la ley penal, armoniza la necesidad abstracta de protección satisfecha con la creación del tipo penal y la garantía de protección al justiciable, bajo el entendido que su conducta sólo será punible en cuanto con ella cree situaciones de riesgo inadmisibles, efectivas, al señalado interés.

Puede aducirse, además, una consideración de orden semántico. Si lo efectivo es, según el Diccionario de la lengua Española, lo “Real y verdadero, en oposición a lo quimérico, dudoso o nominal”, es válido entender que cuando el artículo 11 en cita exige, para configurar la antijuridicidad de un comportamiento típico, la puesta efectiva en peligro del bien jurídicamente tutelado, hace referencia a que el riesgo que en abstracto previó el legislador al emitir el tipo penal se verificó de modo real y verdadero.

De esa forma el principio de lesividad ha de operar no en la fase estática de la previsión legislativa, sino en la dinámica de la valoración judicial de la conducta, habida cuenta que el cambiante mundo de las interferencias comunicativas de las que se ha hablado, hace que vivencialmente, en un momento socio histórico determinado, ciertos actos tengan una específica significación social que los hacen dañinos por la potencialidad que tienen de afectar un ámbito de interrelación, como la convivencia pacífica en este caso, o que el mismo comportamiento no tenga la virtualidad de impresionar las condiciones que la permiten en un ámbito temporoespacial diferente.”

Descendiendo al caso concreto, la Corte, dentro de los presupuestos jurisprudenciales antes citados, debe significar que efectivamente lo desarrollado por el procesado, haciéndose a los secretos que refieren en determinados momentos la ubicación y desplazamiento de los buques de la Armada Nacional en los puertos y fronteras marítimas, y luego entregando en venta esta información, puso en peligro el bien jurídico tutelado de la seguridad pública.

A este respecto, es claro, para que no quepa duda, que si bien, el peligro demandado por la norma ha de ser efectivo, ello no significa que este se traduzca en daño, pues, con propiedad el artículo 11 del C. Penal, diferencia uno y otro efectos.

Acorde con lo anotado, debe preguntarse la Corte, si se atendiera como demostrado que esos secretos le fueron vendidos a narcotraficantes para facilitar transportar sus cargamentos ¿Puso en peligro esa conducta del procesado el bien jurídico de la seguridad pública, estimada ella en la acepción restrictiva propuesta por el demandante?.

La respuesta debe surgir positiva, cuando se toma en consideración que varios de los buques cuya ubicación se fijó con las coordenadas dadas en venta por el acusado, se hallaban patrullando, precisamente, las fronteras marítimas del país, en protección de su soberanía y, en concreto, de que por ellas ingresaran o egresaran irregularmente naves y personas al territorio.

Entonces, independientemente de que esos patrullajes produzcan la detección de cargamentos de drogas con destino a otros países, y ello se estime, como lo hace el recurrente desde la óptica de su particular interés, una labor policial, de ninguna manera puede decirse que al entregar esos datos reservados a terceros, o incluso con la sola obtención indebida de ellos, apenas se afecta o pone en riesgo la condición de fuerza de seguridad interna de la Armada Nacional, pues, huelga anotar, esas naves allí

apostadas también cumplen una vital misión de protección del territorio colombiano y, en consecuencia, el conocimiento de la información puede afectar grandemente esa tarea.

Mucho más, cabe agregar, si la información secreta se ofrece a organizaciones criminales de amplio espectro dañoso, cual deben entenderse los grupos dedicados al narcotráfico, cuya capacidad logística y económica, junto con los protervos intereses que los animan, perfectamente pueden conducir a que lo obtenido fraudulentamente se utilice no apenas para el tráfico de drogas, sino con fines de desestabilización de la nación, como en el pasado lo han demostrado hechos dolorosos que no es necesario traer a colación.

Por último, si la custodia de las fronteras patrias es una misión propia de las Fuerzas Militares, y de la Armada en concreto, cuando se trata del espacio marítimo, no es posible soslayar, en punto de afectación de la seguridad del Estado, cómo ese tráfico de drogas puesto de relieve, no opera dentro de los límites de nuestra nación. Todo lo contrario, conocido que los grandes alijos de drogas producidos en Colombia, tienen como destino básico los Estados Unidos y países europeos, es claro que el transporte clandestino de los mismos representa necesaria e ineludible violación de esas fronteras y, por ende, de la seguridad de la Nación.

Lo anotado, se recalca, para advertir cómo aún dentro del limitado espectro que al bien jurídico de la seguridad pública ofreció el impugnante, evidente se aprecia su efectiva puesta en peligro con el actuar contra derecho por el cual se condenó en segunda instancia a su prohijado legal.

Pero si, tal cual se anotó al inicio, ese bien jurídico es apreciado en toda su dimensión multisectorial, conforme la inserción de nuestro país en un mundo globalizado y las tantas aristas que pueden conducir, hoy en día, a la afectación del Estado, mucho más contundente se determina la manifestación de que lo ejecutado efectivamente

puso en riesgo la seguridad del estado.

En este sentido, ya no se discute, y los organismos que agrupan a la comunidad de naciones así lo han hecho ver en tratados y convenios sucritos por Colombia⁵, la naturaleza transnacional del narcotráfico y su condición de delito que afecta el orden internacional, a más de la seguridad nacional de los países que padecen su flagelo, ora en calidad de productores, ya como consumidores, al punto que el concepto de soberanía ha sido reformulado para permitir el combate contra esa forma de delincuencia organizada.

De esta manera lo entendió la Corte Constitucional, cuando analizó la exequibilidad de las normas que regulan la extradición⁶:

“a) El principio de territorialidad, fundamento esencial de la soberanía, de acuerdo con el cual cada Estado puede prescribir y aplicar normas dentro de su respectivo territorio, por ser éste su “natural” ámbito espacial de validez. Forman parte integral de este principio, las reglas de “territorialidad subjetiva” (según la cual el Estado puede asumir jurisdicción sobre actos que se iniciaron en su territorio pero culminaron en el de otro Estado) y “territorialidad objetiva” (en virtud de la cual cada Estado puede aplicar sus normas a actos que se iniciaron por fuera de su territorio, pero culminaron o tuvieron efectos sustanciales y directos dentro de él; la aceptación de este sub-principio en particular ha sido objeto de alguna controversia, en especial por el debate reciente en torno a la ley “Helms-Burton”).

“Por su solidez e importancia, se puede considerar al principio de territorialidad como la regla general a aplicar, y a los demás principios como sus excepciones, puesto que legitiman el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción. Estos últimos operan en un doble sentido: por una parte, permiten que un Estado determinado imponga sus leyes a personas, situaciones o cosas que no se encuentran dentro de su territorio; y por otra,

obligan al mismo Estado a aceptar que, en ciertos casos, se apliquen las leyes extraterritoriales de naciones extranjeras a personas, situaciones o cosas que se encuentran u ocurren dentro de su territorio.

“b) El principio de nacionalidad, en virtud del cual el Estado puede asumir jurisdicción sobre sus propios ciudadanos, donde quiera que éstos se encuentren. Este principio tiene dos manifestaciones: el de “nacionalidad activa”, que habilita al Estado para dictar normas de conducta de obligatoria observancia para sus nacionales, así estén en el exterior, y el de “nacionalidad pasiva”, según el cual el Estado puede ejercer jurisdicción sobre personas, actos o cosas que lesionen los intereses de uno de sus nacionales en territorio extranjero -principio éste que no goza de aceptación unánime, pero sí general-. Tomando como ejemplo a Colombia, se verá que por virtud de la nacionalidad activa, un ciudadano que se encuentre en territorio foráneo se encuentra sujeto a la ley penal colombiana, y al mismo tiempo, los extranjeros que estén en territorio colombiano se encuentran sujetos, para ciertos efectos, a la ley penal de sus naciones de origen -sin perjuicio del deber de ambos, nacionales y extranjeros, de observar cabalmente la ley del territorio donde se encuentran-.

“c) El principio real o de protección, que faculta a los Estados para ejercer jurisdicción sobre personas, actos o situaciones que, si bien se encuentran o se generan en el exterior, lesionan bienes jurídicos que son de importancia crucial para su existencia y su soberanía, como la seguridad nacional, la salud pública, la fe pública, el régimen constitucional, etc.

“d) El principio de jurisdicción universal, que atribuye a todos los Estados del mundo la facultad de asumir competencia sobre quienes cometan ciertos delitos que han sido especialmente condenados por la comunidad internacional, tales como el genocidio, la tortura o el terrorismo, siempre que tales personas se encuentren en su territorio nacional, aunque el hecho no haya sido cometido allí. Este principio, cuyo

carácter consuetudinario no ha recibido general aceptación, ha sido, no obstante, consagrado expresamente en varios convenios internacionales que vinculan a Colombia, como las Convenciones contra la Tortura, contra el Genocidio, contra el Apartheid y contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes; por ello, puede afirmarse que, en este punto del desarrollo del derecho internacional, el principio de jurisdicción universal opera cuando consta en un tratado.

“Es importante, tomando en consideración las afirmaciones de la demanda y de algunos intervinientes, efectuar dos precisiones sobre este principio de jurisdicción universal. La primera, es que se trata, en esencia, de un mecanismo de cooperación internacional en la lucha contra ciertas actividades repudiadas por la sociedad de naciones que, en esta medida, coexiste con las competencias jurisdiccionales ordinarias de los Estados, sin imponerse sobre ellas; así se dice expresamente en los múltiples tratados en los cuales se consagra. La segunda, es que no debe confundirse este principio, que habla de una jurisdicción universal de los Estados, con la jurisdicción de la recientemente creada Corte Penal Internacional; se trata de dos manifestaciones diferentes de la colaboración internacional contra el crimen, que si bien resultan complementarios, no participan de la misma naturaleza, por cuanto la Corte, una vez entre en funcionamiento, será un organismo con jurisdicción independiente de la de sus Estados Partes, y con una órbita de competencia autónoma y distinta de la de aquéllos.

“Habiendo finalizado la enumeración de los principios, debe también precisarse que, en íntima conexidad con el tema de la jurisdicción estatal, pero sin confundirse con él, está el de las inmunidades jurisdiccionales consagradas por el derecho internacional. Estas, como su nombre lo indica, buscan prevenir que se aplique, sobre una determinada persona o situación, la jurisdicción de un Estado que, de no ser por las calidades de tal persona o situación, podría normalmente asumir competencia; así, constituyen excepciones especiales al principio de la territorialidad. Son, en lo esencial, dos: la inmunidad jurisdiccional de los Estados -según la cual éstos no podrán ser llamados a

comparecer frente a los tribunales de una nación extranjera que pretenda enjuiciar sus actos soberanos-, y la inmunidad de los agentes diplomáticos y consulares -conforme a la cual dichos agentes no estarán sometidos, en lo tocante a sus funciones, dependencias y propiedades, a la ley del Estado donde laboran, sino a la de su Estado de origen-. Como es lógico, se han impuesto claros límites sobre la operancia de estas inmunidades; pero lo importante, es que los dos tipos reseñados constan en tratados que vinculan a Colombia (la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, aprobada mediante Ley 6 de 1.972, y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, ratificada mediante Ley 17 de 1.971), y que además se nutren, en gran parte, de normas consuetudinarias.

3.2. Las excepciones del derecho internacional en el ordenamiento interno colombiano.

“Tanto el principio de territorialidad como sus excepciones -los principios de extraterritorialidad- encuentran reflejo en el ordenamiento jurídico colombiano, a nivel constitucional y legal.

“La Carta Política, en sus artículos 4 y 95, inciso 2, ordena a quienes se encuentren en territorio colombiano, sean nacionales o extranjeros, cumplir con las leyes de la República; es decir, toda persona que se encuentre dentro de los límites territoriales a los cuales se refiere el artículo 101 Superior, está sometida a las normas prescritas por el legislador nacional. En este sentido, el principio de territorialidad es la regla general a aplicar. Ahora bien, la misma Carta Política, en su artículo 9, recoge los principios generales del derecho internacional, entre los cuales se encuentran los que delimitan el ejercicio de la jurisdicción, arriba enumerados. Por lo mismo, también encuentran sustento constitucional los principios de extraterritorialidad, siempre y cuando se apliquen de conformidad con los mandatos de reciprocidad, equidad y respeto por la soberanía foránea.

“Por su parte, la ley criminal colombiana recoge dichos principios en los artículos 13 y 15 del Código Penal, que deben leerse de manera conjunta, por cuanto conforman un sistema. En efecto: el artículo 13 consagra el principio de territorialidad como norma general, pero admite que, a la luz de las normas internacionales, existan ciertas excepciones, en virtud de las cuales se justificará tanto la extensión de la ley colombiana a actos, situaciones o personas que se encuentran en el extranjero, como la aplicación de la ley extranjera, en ciertos casos, en el territorio colombiano.

En forma consecuente, el artículo 15 enumera las hipótesis aceptables de “extraterritorialidad”, incluyendo tanto los principios internacionales reseñados, como algunas ampliaciones domésticas de los mismos: allí se enumeran el principio “real” o “de protección” (numeral 1), las inmunidades diplomáticas y estatales (numeral 2), el principio de nacionalidad activa (numeral 4) y el de nacionalidad pasiva (numeral 5), entre otros.

“Se observa, así, una notable concordancia entre las normas internacionales, la Constitución y las disposiciones legales demandadas. En aras de mantener tal congruencia, que se construye sobre la lectura coordinada y armónica de los artículos 13 y 15 del Código Penal, se requiere mantener en su lugar la frase demandada del artículo 13, ya que sólo en virtud de ella se garantiza el respeto del principio de reciprocidad al cual alude la Constitución (art. 9); es decir, es en virtud de esta frase que Colombia, en la misma medida en que se habilita legalmente para ejercer su jurisdicción extraterritorial, acepta que otros Estados también lo hagan, de conformidad con las reglas internacionales aplicables.

c. Los cargos concretos de inconstitucionalidad

“Alega el demandante, en primer lugar, que como en materia de narcotráfico las

normas internacionales no consagran excepciones a la territorialidad de la ley colombiana, el aparte demandado deviene inconstitucional. Sin embargo, a la luz del anterior análisis, es forzoso concluir que dicho cargo carece de fundamentos jurídicos, por dos razones.

“Primero, porque como ya se expresó, el derecho internacional no se agota en los tratados, y mucho menos en un tratado específico como la Convención de Viena de 1.988 contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, sino que involucra tanto el resto de los convenios internacionales que vinculan a Colombia, como las normas consuetudinarias y los principios generales; y éstos contemplan varias excepciones al principio de territorialidad.

“Segundo, porque el artículo de la Convención que el actor transcribe, lejos de referirse a una territorialidad obligatoria, consagra el principio de jurisdicción universal que, como ya se vio, coexiste con las competencias jurisdiccionales ordinarias de los Estados en materia criminal, tal y como lo dispone el artículo 4, numeral 3, en cuestión. Esto quiere decir que, junto con las competencias jurisdiccionales que les asisten por virtud de los principios de territorialidad y nacionalidad, los Estados Partes pueden aplicar sus leyes penales, únicamente sobre la base de que los delincuentes en cuestión se encuentren en su territorio; pero ello no obsta para que el Estado nacional de tales personas, o el Estado en cuyo territorio se cometió el delito, ejerzan su propia jurisdicción, si en cada caso concreto las circunstancias tornan tal ejercicio razonable y prevalente. Por lo mismo, la interpretación que el demandante hace carece de fundamento, e incluso sobrepasa la literalidad de los términos empleados por la Convención, ya que donde ésta dice que el Estado “podrá” ejercer jurisdicción sobre sus nacionales, el demandante lee que “deberá” efectuar dicho ejercicio, lo cual no es aceptable. En consecuencia, el primer cargo deberá rechazarse.

“En segundo lugar, el actor asevera que la frase guarda en sí la potencialidad de convertirse en una “patente de corso” para que un tratado viole, en el futuro, la soberanía

nacional, declarando que para efectos penales el territorio colombiano forma parte de otro país. Observa la Corte que en la formulación misma de este cargo se incurre en un error lógico: los tratados, lejos de violar la soberanía nacional, la manifiestan. Al tratarse, además, de una hipótesis improbable con base en la cual se pretende fundamentar un juicio de inconstitucionalidad, el cargo debe ser descartado.

“Finalmente, en lo relativo a la petición subsidiaria de declarar la constitucionalidad condicionada de las normas, la Corte considera suficiente reiterar: a) que el derecho internacional no se resume en los tratados; b) que las excepciones a la territorialidad de la ley, ni se identifican con las inmunidades diplomáticas, ni se agotan en ellas, y además encuentran su fuente tanto en normas consuetudinarias como en principios generales; y c) que en consecuencia, no es válido ni razonable, a la luz de la Constitución, de la ley o del Derecho Internacional, afirmar que todo delito que se cometa en Colombia tiene que ser juzgado por los jueces nacionales.

Para la Corte, atendidas las connotaciones particulares que reviste el tráfico de estupefacientes, su tratamiento en el ámbito exterior y el enorme daño que este causa a la Nación, no solo por la desestabilización interna que produce –en el escenario económico, por ocasión de la economía subterránea que crece a su amparo, en el social, dada la enorme criminalidad que va de la mano con las bandas delincuenciales, en el institucional, por virtud del enorme poder corruptor de los dineros repartidos por las mafias-, sino en atención a los compromisos adquiridos por el país, en cuanto productor de drogas, con la comunidad internacional, evidente se ofrece que el delito de espionaje atribuido al procesado, en un plano material sí puso en efectivo peligro el bien jurídico de la seguridad nacional cuando entregó a bandas criminales dedicadas al narcotráfico las coordenadas de ubicación de las naves al servicio de la Armada que custodian las aguas colombianas.

No es, cabe aclarar para responder a las inquietudes del casacionista, que por sí

mismos todos los delitos tengan la virtualidad de afectar el bien jurídico en cuestión, dado que en mayor o menor medida afectan la estabilidad institucional, sino que por su enorme entidad y connotaciones transnacionales, el tráfico de drogas sí tiene una real potencialidad lesiva para socavar al Estado y afectar la integridad de la nación.

Por ello, además, carece de proporcionalidad equiparar el tráfico de drogas, en su vertiente más dañosa de introducción ilegal en otros países a través de la violación de las fronteras marítimas colombianas que se facilita con la entrega de información secreta, al delito común de hurto de dinero que demanda del supuesto “espionaje”, que no lo es, para conocer la ubicación de la policía a fin de evitar su presencia al momento de ejecutar el punible en una entidad bancaria.

Y emerge, por último, cuando menos ingenuo sostener, tal como se afirma en la demanda, que “sacar unos cuantos envíos de sustancias prohibidas o enviar o entrar plurales cargamentos de contrabando por decir algo, son hechos anodinos e intrascendentes que bajo ninguna circunstancia podrían poner en peligro la seguridad del Estado desde sus perspectivas o intereses políticos, económicos o militares”, reduciendo el asunto a una cuestión meramente policial.

A ello debe contestarse, en palabras del tratadista Raúl Cervini⁷:

“En este final de siglo, el tráfico de drogas es, sin duda, uno de los ejes más importantes en las relaciones entre América Latina y Estados Unidos y tiene una serie de implicaciones en cuestiones estratégicas, como la seguridad nacional y colectiva. Por eso, enfocar el problema del narcotráfico como una cuestión exclusivamente policial, es una simplificación grosera que oculta su compleja realidad. El narcotráfico, en su dimensión global, es un problema transnacional, económico, social y político, que causa un profundo dislocamiento en el Estado y la sociedad latinoamericanos”.

Así las cosas, determinado que el delito atribuido al procesado, sí puso en efectivo

peligro la seguridad nacional, debe concluirse que el tipo penal de espionaje se halla completo en los ingredientes que lo componen y, además, que se cubre el presupuesto de antijuridicidad material de la conducta punible.

Atendido ello, se desestiman los dos primeros cargos, principal el uno, subsidiario el otro, presentados por el casacionista en contra del fallo de segunda instancia emitido por el Tribunal de Cartagena.

Cargo tercero -Subsidiario.

Lo divide el casacionista en dos apartados, y así lo estudiará la Corte:

a) No se determinó probatoriamente que, en efecto, las coordenadas de ubicación de las naves colombianas en los puertos y aguas territoriales, constituyan un secreto, y no es posible recurrir al tópico del hecho notorio para suplir la falencia.

Así planteó el cargo el casacionista, añadiendo que el Tribunal incurrió en un error de hecho consistente en el falso juicio de existencia por suposición probatoria absoluta, ya que no existe en la foliatura ningún elemento suasorio que permita advertir la calidad de secretas de tales informaciones y, en consecuencia, el fallador de segunda instancia ninguna alusión probatoria hizo para entender demostrado el punto.

Y agrega el recurrente “En las circunstancias expuestas ha de concluirse de manera necesaria, que no existe dentro del proceso, una sola prueba, de ninguna especie o naturaleza, que demuestre que la posición de los buques de la armada nacional constituye “un secreto militar””.

Debe la Corte, en consecuencia, verificar si efectivamente, como lo enuncia el impugnante, carece el expediente de cualquier medio probatorio que constate la condición de secreta de la información obtenida y vendida por el procesado y, por ende, si el fallo

dio por supuesta la prueba que sustenta esta afirmación.

Lejos de ello, la revisión minuciosa de lo acopiado probatoriamente en el expediente y de lo sustentado en el fallo de segunda instancia, permite advertir contrario a la realidad lo consignado por el casacionista para fundamentar el cargo.

En efecto, si se toma en cuenta que nuestra legislación penal se halla imbuida del principio de libertad probatoria, a cuyo amparo el conocimiento de hechos trascendentes para la decisión puede operar por variadas vías, sin que, en sentido general, se privilegie una de ellas, apenas puede concluirse ligera y aventurada la afirmación del casacionista en el sentido que no existe prueba, de ninguna naturaleza, a partir de la cual verificar la condición de secretos de las coordinadas vendidas por el acusado, al parecer, al narcotráfico, cuando es lo cierto que varios testimonios regular, legal y oportunamente allegados a la encuesta, certifican la calidad de reservadas de esas informaciones.

Así, en primer lugar, en curso de la audiencia pública de juzgamiento el oficial al servicio de la Armada Nacional Juan Manuel Pabón Velásquez, quien se ocupa como Analista del Blanco Externo de la Dirección de Inteligencia, advierte que la condición de secreta de determinada información manejada por la Armada, se regula en el Manual de Contrainteligencia 2-6 Reservado. Este documento, anota, consagra que el grado de secreto corresponde a “Información, documentación o material, pertinente a actividades o planes de defensa nacional interna o externa y operaciones de inteligencia relativa a la misma”.

A pregunta expresa acerca de las bitácoras de las naves y específicamente a las coordinadas que denotan la ubicación exacta de estas, señaló el declarante, luego de leer el apartado del Manual de Contrainteligencia: “Por consiguiente entonces, las bitácoras constituirían material secreto para las Fuerzas

Militares”.

Y agregó: “Habitualmente dentro de estas fugas de información y sobre todo cuando nos referimos a coordenadas y ubicación de naves, aeronaves y tropas terrestres el modus operandi es muy similar, inclusive la información que se maneja allí es también sometida en cierta forma a un nivel de seguridad para no ser detectada fácilmente.”

Para culminar: “...no nos referimos únicamente a la protección de la nave como tal, nos referimos también a neutralizar su acción, su operatividad, el secreto va más allá de solo dar ubicaciones, por que esto solo constituiría parte del dispositivo de una fuerza, también constituiría sus elementos componentes, su fuerza actual, su modus operandi y todo lo que ponga en peligro su actuar”.

De igual manera, el Capitán de Fragata Rafael Gil Galindo, durante la diligencia de Inspección Judicial realizada por la Fiscalía el 21 de septiembre de 2008, advirtió:

“Para poder determinar si las supuestas posiciones que aparecen en los documentos que en fotocopias me pone el Despacho de presente y a los que he venido haciendo mención corresponden a posiciones de Unidades de la Armada Nacional solicito corroborar esta clase de informaciones con la Fuerza Naval del Atlántico y con las unidades a flote o los buques, para lo cual sugiero al Despacho trasladarse hasta la ciudad de Cartagena directamente en donde reposa la información en los Archivos del Departamento de Operación ya que esta clase de información es de carácter reservado. Tal como se puede observar y sin confirmar la veracidad de la información que tengo de presente, al parecer se trata de posiciones en el atlántico. Es de anotar que en este Comando no se tiene

esta clase de información tan detallada, es decir, aquí a Bogotá, llega un comunicado sobre la salida y operación de las Unidades pero no llegan las posiciones diarias de esas Unidades”.

En similar sentido, el Capitán de Fragata, retirado, Juan Miguel Cardona Galvis, durante la declaración jurada rendida en la audiencia de juzgamiento, sostuvo, a pregunta expresa acerca de la calidad de secreta de la información referida a la ubicación de las naves de la Armada que ejercen soberanía en aguas territoriales:

“Normalmente son operaciones navales que son de carácter reservado o secreto, la ubicación de todas las unidades en las aguas territoriales colombianas”. Agregando que por ocasión de la ubicación de los puertos o bases navales, en muchos casos los turistas pueden avistar allí las naves fondeadas.

El mismo procesado, en curso del interrogatorio propio de la audiencia de juzgamiento, acepta la condición de secretas que poseen las coordenadas de ubicación de las naves: “...las posiciones de la armada es un secreto del Estado pero las que yo di, que ninguna coincide ni por parte del perito ni por parte del comandante de la armada....”. A renglón seguido, expone que los barcos fondeados en bases y puertos se hallan a la vista de todas las personas e incluso aporta una revista de la Armada en la cual se habla de determinada ubicación de las naves.

Entonces, independientemente de lo que ocurra con los buques fondeados en puertos y bases, es lo cierto, conforme lo señalado por los testigos y aceptado incluso por el procesado, que los radios de patrullaje de las naves en aguas territoriales, y en concreto, las coordenadas que reflejan esa ubicación, sí constituyen información secreta o reservada, conforme lo consignado en el Manual de Contrainteligencia, que es precisamente la norma reguladora del punto, y cuyo apartado pertinente fue leído por el oficial del ejército Juan Manuel Pabón Velásquez.

A lo anotado se suma lo consignado por los investigadores del DAS, en sus respectivos informes, corroborado por uno de ellos, Víctor Julio Carrillo Romero⁹, en ratificación jurada surtida ante la Fiscalía: “Se demostró claramente que en cabeza del señor JOSÉ DAVID AMÓRTEGUI FORERO, se estaba comercializando con información confidencial y estratégica para la protección y soberanía del Estado”.

En suma, como se anotó al inicio de las consideraciones del cargo, no obedece a la realidad que el expediente carezca de prueba acerca de la naturaleza secreta o reservada de las coordenadas entregadas en venta por el procesado.

En este orden de ideas, carece de sustento el cargo, en cuanto señala que la providencia atacada fundó la definición de este elemento integrante del tipo, en meras suposiciones.

Existe, pues, una norma, Manual de Contrainteligencia, que regula el tipo de información reservada y secreta, y se allegó al expediente amplia prueba testimonial en la cual se detalla que dentro de esa reserva o secreto se hallan las coordenadas que referencian los lugares de patrullaje y desplazamiento de las naves de la Armada Nacional en aguas territoriales.

Por lo demás, en punto de responsabilidad penal dolosa, es claro que el procesado, en cuanto miembro activo de la Armada Nacional durante muchos años, conocía suficientemente, y así lo dejó entrever en sus varias diligencias de indagatoria, la naturaleza secreta de la información que puso a la venta y, desde luego, estuvo en capacidad de percibir el efecto concreto que la entrega de las coordenadas podía propiciar respecto del bien jurídico tutelado.

Se desestimaré, entonces el primer apartado del tercer cargo presentado por el

casacionista en contra del fallo proferido por el Tribunal.

b) Que no se demostró el carácter de “indebida”, de la forma como adquirió la información secreta el procesado, aduce el casacionista, significando para el efecto la inexistencia de una adecuada investigación encaminada a demostrar quiénes, dentro de la Armada Nacional, suministraron los datos de las coordenadas al acusado.

La respuesta a lo propuesto asoma si se quiere elemental, pues, como lo señaló el Procurador en su concepto, a esa conclusión se llega por una vía eminentemente lógica y no necesariamente por el camino de investigar a cualesquiera personas involucradas en la ilicitud.

Para el caso examinado, entonces, si se tiene claro que la información respecto de la ubicación de los buques de la Armada Nacional, en aguas territoriales, dedicados a la labor de patrullaje, es secreta, y a ella sólo accede un reducido número de oficiales al servicio del cuerpo militar, necesariamente debe concluirse que si esta se hizo llegar o fue tomada por el procesado, ocurrió de forma indebida, en tanto, no existe posibilidad “debida” de que así ocurriera, en su condición de civil, desde años atrás desvinculado del organismo castrense.

Por lo demás, olvida el casacionista que esa información adquirida por el procesado –aún si, de atenderse a sus argumentaciones, se pudiese entender carente de demostración la naturaleza indebida de ello-, fue empleada, y por ese medio revelada a terceros, para a cambio obtener beneficio económico, en un empleo o utilización evidentemente “indebido”, como quiera que, y así lo acepta él, fue vendida periódicamente, por algo más de un año, a grupos de narcotraficantes para facultar el transporte impune de estupefacientes hacia el exterior.

De esta manera, inconcuso que el artículo 119 del Decreto Ley 100 de 1980, consagra varios verbos alternativos –obtener, emplear o revelar-, todos unidos

por el conector común, “indebidamente”, si pudiera decirse que la obtención de las coordenadas, en contra de toda lógica, operó adecuada –para citar un ejemplo, cuando quien la tiene a la mano es una persona o funcionario habilitado para conocer el secreto-, ello no significa que igual ocurra con la ejecución de otro u otros de los verbos rectores –emplear o revelar-.

Y si se tiene claro que la actividad del acusado no se limitó a obtener los datos en cuestión, también asoma incontrovertible que ese uso de estos, por sí mismo es delictuoso, ya que cubre otros tantos comportamientos consagrados en la norma y se reviste de la connotación de “indebido”, como sucedería, para citar solo uno de los tantos casos posibles, cuando el funcionario habilitado para conocer los secretos los vende o entrega a delincuentes para facilitar su accionar.

Ahora bien, el demandante, en aras de sustentar el cargo propuesto por el camino del error de hecho por falso juicio de existencia por suposición absoluta, deriva en digresiones atinentes a la credibilidad que debe darse a lo expresado por su representado legal, sosteniendo que lo entregado como secretos no eran más que invenciones suyas.

Ese tipo de manifestaciones, debe resaltarse, se apartan sustancialmente del cargo propuesto, pues, implican no la determinación de que el Tribunal dio por probado un elemento del tipo careciendo de sustento probatorio para el efecto, sino la controversia acerca de la valoración que hizo de lo consignado en la indagatoria y lo arrojado por los dictámenes periciales allegados a la encuesta.

Y si lo pretendido es controvertir los razonamientos del Ad quem, debió el casacionista enfilear su crítica por la vía del error de hecho por falso juicio de identidad o por falso raciocinio, una vez dado por sentado que la prueba sí se tomó en cuenta, esto es, que no hubo una suposición absoluta de ella.

Nada de ello intentó el demandante, es necesario precisar, dado que, de su

particular interpretación de lo arrimado a la encuesta, concluye que lo aseverado por el acusado, diciendo falsas las informaciones vendidas, nunca fue desvirtuado, ya que “los diversos peritazgos (sic) realizados, para determinar si los datos divulgados por Amórtegui sobre el posicionamiento de los buques coincidía (sic) con la verdadera ubicación de los buques nunca logró ser demostrada (sic), por el contrario, por el primero de los peritazgos (sic) lo que se demuestra verdaderamente es que no coincidía la información divulgada, con la posición verdadera de los buques (...) lo anterior para concluir, que en ningún momento los peritos lograron concluir que la posición exacta de un buque en un día y una hora determinada, coincidió con la información divulgada por nuestro representado, lo que lleva a la conclusión que la información que vendía era realmente falsa”.

Deja de señalar el recurrente, que precisamente, basado en el primero de los peritajes, el Tribunal concluyó veraces las informaciones vendidas por el procesado y, en consecuencia, mendaz su afirmación de que ello correspondía a su imaginación.

Si se trataba, al efecto, de controvertir la valoración del Tribunal, era menester que el impugnante señalase cómo se apartó de lo consignado en los diversos medios de prueba allegados sobre el tema específico o por qué sus conclusiones resultan ajenas a lo plasmado en ellas o, específicamente, a lo que el casacionista deriva de lo expuesto por el experto.

De esta manera, la crítica no pasa del simple enunciado, buscando el censor anteponer su particular criterio al del Tribunal, aunque, a diferencia del Ad quem, ni siquiera arriesga evaluar el contenido concreto del medio probatorio y sus efectos, con lo que, finalmente, impide conocer qué es lo que la prueba efectivamente dice y cómo pudo ser ello distorsionado en el fallo.

En este sentido, para la Corte conserva pleno valor, en punto de fundamentación

de la sentencia, lo argumentado por el Tribunal cuando, abordando la prueba que permite señalar consonancia entre la información entregada a la venta y la real ubicación de los buques, advirtió:

“En relación con el principal mecanismo de defensa con el que contó el encartado, esto es, con su indagatoria, informa el acta de la referida diligencia que el procesado aceptó vender la información, presentando como exculpación que la información vendida, relacionada con coordenadas y posiciones de las diferentes unidades navales de la Armada Nacional, era falsa, que se las inventaba, planteamiento que no resulta creíble a la luz de las reglas de la sana crítica en la medida en que de ser cierto ello los clientes al verse engañados con la entrega de falsas coordenadas sobre las posiciones de las diferentes unidades navales no volverían a negociar con él, o no le pagarían, o le presentarían constantes reclamos, sin embargo, los clientes seguían no solo comprándole la información, labor que realizó por más de un (1) año, sino además gratificándolo con botellas de güisqui (sic), y mucho menos consignándole en su cuenta y en la de CONAVI, abierta a nombre de JOSÉ ANTONIO YARCE, persona que se desempeñaba como su conductor y escolta personal, sumas entre un millón (\$ 1.000.000) y millón y medio de pesos (\$ 1.500.000), por cada una de esas informaciones (...) ni llevándole personalmente dinero a su oficina, como viene acreditado en el proceso, ni tendría que consultar antes a su secretaria cuando no estaba en la oficina y debía suministrarlas telefónicamente sobre cuales eran las coordenadas que tenía anotadas; ahora que solo por el éxito de la gestión se explica que unos clientes ponían a JOSÉ DAVID en contacto con otros, hecho sobre el que informa AMORTEGUI FORERO en su indagatoria”.

De igual manera, acerca de los peritajes y su efecto, anotó el Tribunal:

“Resulta relevante y merece ser tenido en cuenta en este análisis que para la época en que se rindió el informe de 25 de mayo del 200, aún las unidades navales

mencionadas dentro el presente asunto se encontraban en servicio, siendo posible consultar las respectivas bitácoras así como también los libros de posiciones, mientras que el dictamen pericial realizado durante al etapa de juzgamiento, presentado el 10 de octubre del 2002, no fue posible consultar algunas bitácoras, por no encontrarse las mismas a bordo de las unidades navales, o porque en el caso del ARC Morrosquillo la bitácora había sido solicitada dentro de una investigación y el ARC Pedro de Heredia había sido dado de baja hacía dos años, sin que se estableciera con exactitud su salida de servicio, pues para el mes de mayo del 2000 aún continuaba prestando servicio, lo que permite dar mayor confiabilidad al primer dictamen, de manera especial cuando el segundo informe, rendido en el año 2.002, dá cuenta de que no pudo confrontar el total de posiciones geográficas encomendadas por la Fiscalía instructora, y el primero (sic) informe, el rendido el 25 de mayo de 2.001, durante la etapa de investigación, no se había objetado por error grave, ni había sido tachado de falso, y sí contenía toda la información requerida en relación con las circunstancias a constatar, resultando el mismo completo, conteste y coherente con la situación planteada, al contar con mayor número de elementos para su elaboración, las bitácoras y libros de posiciones correspondientes a las embarcaciones navales, por lo cual, a pesar de que ambos fueron elaborados por funcionarios de la Armada Nacional, el rendido en la primera etapa de la investigación, recién se inició la investigación, cuando los elementos que le sirvieron de base se encontraban a la mano, mantiene incólume su capacidad probatoria, y permite un mayor conocimiento por ser más completa la información en él plasmada, resultando inobjetable la suficiencia probatoria del mismo.

“Atendidos los contenidos a que nos hemos referido, el análisis conjunto de la prueba, razonadamente se puede concluir que la exculpación del procesado en relación con la falsedad de las posiciones geográficas navales vendidas a determinadas personas, carece de credibilidad porque viene acreditado que las mismas eran ciertas...”

Tuvo el Tribunal, acorde con lo transcrito, fundamentos probatorios y argumentales suficientes para significar mendaz la exculpación del procesado y, por contera, veraz la información entregada por él a grupos criminales, así que ninguna posibilidad de prosperar tiene la crítica que respecto de ello plantea por un camino inadecuado y jamás sustentado el casacionista.

Bajo estas consideraciones, sigue en pie, con todo su valor de acierto y legalidad, lo decidido por la segunda instancia en punto de la condena que por el delito de espionaje profirió en contra de JOSÉ DAVID AMÓRTEGUI FORERO, dado que los cargos postulados por el demandante no alcanzan a desdibujar los fundamentos jurídicos, fácticos y probatorios que diseñaron la sentencias objeto de cuestionamiento.

CASACIÓN OFICIOSA

Como se anunció al momento de admitir la demanda y lo ratifica el concepto del Procurador, la Corte ha de casar oficiosamente el fallo de segundo grado, a fin de restañar la afectación que respecto de las garantías de los condenados JOSÉ DAVID AMÓRTEGUI FORERO y JUAN CARLOS MEJÍA TOSCANO, se presentó al momento de dosificar el Ad quem la pena imponible a los mismos.

En efecto, luego de modificar la sentencia de primera instancia en punto de los delitos cometidos por los procesados y el tipo de intervención que les cabe en ellos, el Tribunal determinó en contra de JOSÉ DAVID AMÓRTEGUI, pena de 17 años y 6 meses de prisión, junto con multa por el equivalente a 2.000 salarios mínimos legales mensuales.

En el caso de JUAN CARLOS MEJÍA, la sanción principal se determinó en 13 años y 6 meses de prisión, a más de multa en cuantía de 2.000 salarios mínimos legales mensuales.

Así mismo, en lo que toca con la sanción accesoria de interdicción en el ejercicio de

derechos y funciones públicas, en ambos casos, de manera expresa, se anotó que esta operaba “por tiempo igual a la pena principal”, vale decir, 17 años y 6 meses en lo que toca con AMÓRTEGUI FORERO, y 13 años y 6 meses, respecto de MEJÍA TOSCANO.

Empero, si se tiene claro que los hechos ocurrieron en el año 2000, vale decir, previo a que entrase en vigencia la ley 599 de ese año –diferida para un año después de su expedición-, y se conoce, además, que el artículo 44 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 3° de la Ley 365 de 1997, establece como tope máximo para la sanción accesoria examinada, el de diez años, no cabe duda de que, en aplicación ultractiva del principio de favorabilidad, es este el monto a considerar para la aplicación de la sanción en concreto, dado que el inciso primero del artículo 51 de la Ley 599 en cita, contempla un límite superior, hasta de 20 años, que fue el utilizado por el Tribunal.

Consecuentemente, la Corte casará oficiosa y parcialmente el fallo de segundo grado, para efectos de consagrar como pena accesoria de interdicción en derechos y funciones públicas, la de diez años, para ambos procesados.

En 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- DESESTIMAR la demanda de casación presentada a favor de JOSÉ DAVID AMÓRTEGUI FORERO, por los cargos propuestos

2- CASAR de oficio y parcialmente la sentencia del 30 de octubre de 2006 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en el sentido de modificar sus numerales primero y tercero para AJUSTAR al máximo de 10 años, la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas impuesta a los acusados

JOSÉ DAVID AMÓRTEGUI FORERO y JUAN CARLOS MEJÍA TOSCANO.

3. En lo demás el fallo se mantiene incólume.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

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

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Comisión de servicio

AUGUSTO IBAÑEZ GUZMÁN
QUINTERO MILANÉS

JORGE

LUIS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Derecho Penal, Partes general y especial, tomo III, Reimpresión de la primera edición, 1986, página 92

2 Sentencia del 15 de septiembre de 2004, Radicado 21.064

3 Luigi Ferrajoli: Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, Ed. Trotta, pág. 472.

4 Sentencia C-430 del 12 de septiembre de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

5 Particularmente, la Convención de Viena contra el tráfico de estupefacientes

6 Sentencia C-1189 de 2000.

7 Delitos de Terrorismo y Narcotráfico, monografía “Tóxicos y Criminalidad Organizada”
Editorial Jurídica Bolivariana, Primera edición, 2002, pág. 605

8 Cuaderno Original N° 3, Folio 293

9 Folios 24 y 25, Cuaderno Original N° 1.