

Proceso n.º 27910

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Aprobado Acta N° 089.

Bogotá D.C., marzo veinticuatro (24) de dos mil diez (2010).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de los procesados MILTON y LUIS GUSTAVO ESPINEL CARDOZO y PAULA ANDREA BUSTAMANTE RENGIFO contra el fallo de segundo grado proferido por el Tribunal Superior de Ibagué el 7 de julio de 2009, por medio del cual revocó la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad.

Dicho despacho judicial había absuelto al primero de los mencionados de los delitos de concierto para delinquir con fines de narcotráfico y tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, al segundo del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes y a la tercera del delito de concierto para delinquir con fines de narcotráfico.

El Tribunal dictó la reseñada determinación en cumplimiento de lo decidido por esta Sala en la sentencia de 9 de marzo de 2009, por cuyo medio casó parcialmente su decisión anterior de 22 de febrero de 2007, por no haberse pronunciado frente a la apelación

interpuesta por la fiscalía en relación con esas mismas imputaciones.

HECHOS

Se declararon por el Tribunal, en la decisión impugnada, de la siguiente forma:

“Habiendo obtenido información de la existencia de una organización dedicada al tráfico de estupefacientes, funcionarios del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) adscrito a la ciudad de Ibagué, solicitaron ante las Fiscalías 24 y 21 Seccionales la interceptación de varios abonados telefónicos de la misma ciudad.

Continuando el aludido monitoreo, fue detectado un grupo de personas dedicadas a dicha labor ilícita a nivel nacional e internacional, siendo el jefe Rodrigo Espinel Cardozo alias ‘titina’ y los demás integrantes, entre otros, LUIS GUSTAVO ESPINEL CARDOZO alias ‘papiza’ y Jorge Humberto Aya Varón alias ‘chicle, avechucho o pato’, conociendo además de aquellas actividades MILTON ESPINEL CARDOZO y PAULA ANDREA BUSTAMANTE RENGIFO.

De las mencionadas conversaciones telefónicas se infirió que tal sustancia provenía del departamento del Tolima y era trasladada a la ciudad de Cúcuta (Norte de Santander), para luego ser sacada del país hacia Venezuela, Brasil y Estados Unidos.

Posteriormente, el 18 de agosto de 2002, aproximadamente a las 2:30 p.m., en la terminal de transportes de esta ciudad, fue capturado en flagrancia Jorge Humberto Aya Varón, cuando se disponía a abordar un bus de la empresa ‘Copetrán’, con destino a la ciudad de Cúcuta, llevando en una maleta 999.3 gramos de la sustancia estupefaciente conocida como heroína.

El mismo día fueron ordenados allanamientos en Ibagué y Cúcuta, que permitieron la captura de Rodrigo, LUIS GUSTAVO y MILTON ESPINEL CARDOZO y PAULA ANDREA

BUSTAMANTE RENGIFO”.

ACTUACIÓN PROCESAL

Por razón de los hechos precedentes, se dispuso la apertura formal de instrucción, dentro de la cual se vinculó, mediante diligencia de indagatoria, a Rodrigo, LUIS GUSTAVO y MILTON ESPINEL CARDOZO, Jorge Humberto Aya Varón y PAULA ANDREA BUSTAMANTE RENGIFO, a quienes se le resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de excarcelación.

Cerrada la fase sumarial, su mérito fue calificado el 12 de agosto de 2003 con resolución de acusación en contra de los procesados LUIS GUSTAVO y MILTON ESPINEL CARDOZO por los delitos de concierto para delinquir con fines de narcotráfico y tráfico de estupefacientes y en contra de Jorge Humberto Aya Varón y PAULA ANDREA BUSTAMANTE RENGIFO exclusivamente por la primera conducta punible. Y, mediante providencia del 15 de agosto siguiente, en contra de Rodrigo Espinel Cardozo, por esa misma ilicitud, pero en su modalidad agravada, prevista para quienes dirijan o encabezen el concierto.

Al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Ibagué le correspondió adelantar la fase del juicio, despacho donde, una vez surtido el trámite legal correspondiente, se dictó fallo de primer grado el 23 de noviembre de 2004, a través del cual condenó a Rodrigo Espinel Cardozo a las penas principales de diez (10) años y tres (3) meses de prisión y multa por valor de 3.400 salarios mínimos legales mensuales vigentes, al encontrarlo coautor responsable del delito de concierto para delinquir con fines de narcotráfico agravado y a LUIS GUSTAVO ESPINEL CARDOZO y Jorge Humberto Aya Varón a las de siete (7) años de prisión y multa por valor de 2.350 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como coautores de la misma conducta punible sin la circunstancia de agravación punitiva.

En la misma decisión absolvió de los cargos a MILTON ESPINEL CARDOZO y a PAULA ANDREA BUSTAMANTE RENGIFO y del cargo por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes a LUIS GUSTAVO ESPINEL CARDOZO.

Contra la anterior determinación interpusieron recurso de apelación los defensores de Rodrigo y LUIS GUSTAVO ESPINEL CARDOZO y de Jorge Humberto Aya Varón, así como el representante de la Fiscalía, respecto de los cuales se pronunció el Tribunal Superior de la misma ciudad el 22 de febrero de 2007 confirmando “en todas sus partes la sentencia impugnada”.

Inconforme con el fallo de segundo grado, la Fiscalía, en forma exclusiva, interpuso recurso extraordinario de casación, mediante demanda que fue admitida el 13 de julio de 2007.

Allegado el concepto del Ministerio Público, la Sala, mediante sentencia del 9 de marzo de 2009, casó parcialmente la sentencia impugnada de conformidad con la propuesta contenida en el cargo primero de la demanda presentada por la representante de la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual decretó la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, de la sentencia impugnada proferida por el Tribunal Superior de Ibagué el 22 de febrero de 2007, respecto de las imputaciones en contra de los sindicados MILTON ESPINEL CARDOZO por los delitos de concierto para delinquir con fines de narcotráfico y tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, PAULA ANDREA BUSTAMANTE RENGIFO por concierto para delinquir con fines de narcotráfico y LUIS GUSTAVO ESPINEL CARDOZO únicamente por tráfico, fabricación y porte de estupefacientes.

Acatando la decisión anterior, se pronunció nuevamente el Tribunal Superior de Ibagué el 7 de julio de 2009 y revocó el fallo absolutorio de primer grado dictado en favor de MILTON y LUIS GUSTAVO ESPINEL CARDOZO y PAULA ANDREA BUSTAMANTE

RENGIFO por los delitos respecto de los cuales procedió el decreto de nulidad. En su lugar, los condenó de la siguiente forma:

- A MILTON ESPINEL CARDOZO a las penas principales de ciento veinte (120) meses de prisión y multa por valor de 3.350 salarios mínimos legales mensuales “como coautor responsable de los delitos de concierto para delinquir con fines de narcotráfico en concurso con tráfico, fabricación y porte de estupefacientes”.
- A PAULA ANDREA BUSTAMANTE RENGIFO a las penas principales de siete (7) años de prisión y multa por valor de 2.350 salarios mínimos legales mensuales “como coautora responsable del delito de concierto para delinquir con fines de narcotráfico” y,
- A LUIS GUSTAVO ESPINEL CARDOZO a las penas principales de ciento veinte (120) meses de prisión y multa por valor de 3.350 salarios mínimos legales mensuales “como coautor responsable de los delitos de concierto para delinquir con fines de narcotráfico en concurso con tráfico, fabricación y porte de estupefacientes”.

Así mismo se impuso, para los anteriormente mencionados, la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso al de la pena de prisión, reiterando que no tenían derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni a la prisión domiciliaria.

Posteriormente, con auto del 14 de enero del año en curso, a solicitud del defensor conjunto de MILTON y LUIS GUSTAVO ESPINEL CARDOZO y PAULA ANDREA BUSTAMANTE RENGIFO, el Tribunal declaró la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal derivada del delito de concierto para delinquir con fines de narcotráfico en favor de MILTON ESPINEL CARDOZO y PAULA ANDREA BUSTAMANTE RENGIFO. En la misma decisión, no obstante analizar la situación del procesado LUIS GUSTAVO ESPINEL CARDOZO, se abstuvo de decretar la prescripción a su favor.

Consecuente con lo decidido, modificó la pena impuesta a MILTON ESPINEL CARDOZO para reducirla a noventa y seis (96) meses de prisión y multa por valor de 1.000 salarios mínimos legales mensuales y cesó todo procedimiento en beneficio de PAULA ANDREA BUSTAMANTE RENGIFO.

Contra el fallo de segundo grado interpuso recurso extraordinario de casación el defensor conjunto de los procesados MILTON y LUIS GUSTAVO ESPINEL CARDOZO y PAULA ANDREA BUSTAMANTE RENGIFO, quien lo sustentó mediante demanda sobre cuya admisibilidad se ocupa la Sala.

LA DEMANDA

Propone dos cargos contra el fallo de segundo grado. El primero de ellos al amparo de la causal tercera de casación prevista en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, por nulidad originada en la violación del debido proceso respecto de la imputación por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes en contra de sus prohijados MILTON y LUIS GUSTAVO ESPINEL CARDOZO y, el segundo, por el motivo primero de la misma preceptiva en la modalidad de violación indirecta de la ley sustancial, derivada de error en la apreciación probatoria en cuanto a las imputaciones por las conductas de concierto para delinquir con fines de narcotráfico y tráfico de estupefacientes respecto de los citados MILTON y LUIS GUSTAVO ESPINEL CARDOZO.

Con el objeto de evitar repeticiones innecesarias, en el siguiente acápite considerativo se comenzará por resumir el fundamento del cargo y luego se expondrá el sentir de la Sala.

En dicha labor se omitirá el resumen de los planteamientos del censor y el criterio de la Sala en lo relacionado con el delito de concierto para delinquir con fines de narcotráfico, habida cuenta que el Tribunal, en el referido auto del pasado 14 de enero, declaró la prescripción de la acción penal derivada de esta conducta a favor de MILTON

ESPINEL CARDOZO y PAULA ANDREA BUSTAMANTE RENGIFO.

En un acápite final se precisará en torno a la presencia de algunas irregularidades que se evidencian en el trámite de la actuación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Primer cargo (principal). Causal tercera, nulidad por violación al debido proceso:

1.1. Planteamiento:

Aduce el casacionista que el fallo impugnado es violatorio del debido proceso, concretamente en relación con “la condena por fabricación, tráfico y porte de estupefacientes contra MILTON ESPINEL CARDOZO y LUIS GUSTAVO ESPINEL CARDOZO”.

En sustento de su pretensión, el casacionista señala que el Tribunal no motivó su determinación “en la medida en que no se refirió a las pruebas que en su conjunto fueron arrimadas por los sujetos procesales a través del debate probatorio”. Ello, añade, pues “sólo se dedicó a analizar el concierto para delinquir con fines de narcotráfico y por deducción a condenar por tráfico, fabricación o porte de estupefacientes”.

Más adelante indica que el Tribunal, incurriendo en el mismo error que condujo a la Corte a decretar la nulidad parcial del fallo anterior, sólo tuvo en consideración algunas pruebas y dejó de lado otras a su juicio incidentes en la determinación de su responsabilidad.

Así, por ejemplo, en relación con GUSTAVO ESPINEL CARDOZO no se pronunció respecto de los testimonios de Juan Carlos Góngora Camacho y Fernando Cervera González, ni en relación con la ausencia de llamadas entre el primero y Jorge

Aya, salvo la del 18 de agosto de 2002, como tampoco de la llamada 3 del casete 12 sostenida con Rodrigo Espinel.

En cuanto a MILTON ESPINEL CARDOZO hizo lo propio con el testimonio de Fernando Cervera González e infirió falsamente, a partir del supuesto de haber recogido a tres personas en la terminal, quienes habrían preparado el alucinógeno en la residencia de Ángela Oyuela, que se trata de la misma sustancia incautada a Jorge Aya el 18 de agosto de 2002. Así mismo, se equivocó en varias inferencias y no se pronunció sobre otras pruebas obrantes en el proceso.

Por lo tanto, continúa, se incurrió en el yerro denunciado frente a este sindicado, pues para arribar a la conclusión de condenarlo era necesario demostrar su responsabilidad “con el total de las pruebas recogidas y no con el vislumbrante desprecio al reporte probatorio que excluye su responsabilidad”.

De esa manera, considera se afectaron las garantías de sus prohijados, pues se profirió una sentencia carente de motivación respecto del delito de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes, por lo cual deprecia su nulidad.

1.2. Consideraciones de la Sala:

No se discute que las decisiones tomadas por los funcionarios judiciales deben estar precedidas de las razones jurídicas que les brindan sustento, como así lo exigen, en el marco jurídico interno, los artículos 55 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, en cuanto impone al juez el deber de hacer referencia a los hechos y asuntos propuestos por los sujetos procesales, y en los arts. 3° de la Ley 600 de 2000, con carácter de principio rector, de acuerdo con el cual el funcionario está obligado a motivar las medidas que afecten derechos fundamentales de los sujetos procesales, así como en los artículos 170 y 171 de la misma obra, referidos a los requisitos de las sentencias y de las providencias judiciales, respectivamente.

Lo anterior, además, en consonancia con normativas internacionales ratificadas por Colombia que también así lo demandan, a saber: el literal a) del numeral 3º del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York (Ley 74 de 1968) y el literal b) del numeral 2º del artículo 8º de la Convención Americana de San José de Costa Rica (Ley 16 de 1972).

No empuja el amplio espectro normativo en la materia, se advierte que la propuesta contenida en esta censura dista de evidenciar el defecto anunciado.

Ello, de una parte, porque objetivamente se constata que la cuestionada providencia contiene la motivación en relación con el específico aspecto echado de menos por el libelista y, de otra, dado que de lo expuesto en la censura emerge evidente la intención de que la motivación se ajuste al criterio personal del libelista y no, como debía ser, a demostrar un vicio de motivación por alguna de las alternativas referidas por la Sala como constitutiva de un vicio sobre el particular (falta absoluta de motivación, motivación incompleta o deficiente, motivación ambivalente o dilógica y motivación falsa).

En efecto, obsérvese que el censor fundamenta las supuestas falencias de motivación en que se dejaron de analizar algunas probanzas que en su sentir demostraban la inocencia de sus prohijados en el delito de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes por el cual se los condenó y porque, respecto de otras, se erró en su valoración.

Es claro que esas propuestas no guardan relación con el vicio anunciado y que más bien se asimilan, por lo menos conceptualmente, a errores en la apreciación probatoria, cuyo ataque en sede de casación no procede por la causal invocada sino por la primera por violación indirecta de la ley sustancial a consecuencia, en el primer caso, de un error de hecho por falso juicio de existencia y, en el segundo, de uno de la misma

naturaleza pero por falso raciocinio.

Sin embargo, el actor tampoco se ciñe a los presupuestos exigidos para la correcta formulación de estos errores, sobre lo cual en forma reiterada se ha pronunciado la Sala, por cuanto el debate que ofrece simplemente se reduce a la discrepancia de la valoración contenida en el fallo con su particular modo de razonar.

Esa actitud no se allana a la causal de nulidad que se alega, ni mucho menos a la técnica y naturaleza del medio extraordinario de impugnación, en donde no hay cabida para debatir posturas personales alrededor de la credibilidad que ofrecen los medios de convicción y el discurso debe estar necesariamente orientado a demostrar la existencia de errores que determinen la ilegalidad del fallo.

A ello se aúna, como ya se señaló, que la fundamentación del cargo ni siquiera compagina con la realidad que objetivamente ofrece la sentencia, con desconocimiento de la exigencia de corrección material, según la cual “entre las piezas procesales sobre las que se fundamenten los cargos y la presentación que se haga de ellas en la demanda, debe existir una relación de correspondencia objetiva, respetando siempre su realidad”¹

Tal afirmación porque es evidente que el fallo no carece de motivación, como lo asegura el actor, en relación con la responsabilidad de MILTON ESPINEL CARDOZO y LUIS GUSTAVO ESPINEL CADOZO por el delito de fabricación, tráfico y porte de estupefacientes, cuando se efectúa un exhaustivo análisis al respecto, tanto probatorio como jurídico (a partir de la página 31 del fallo), de donde surge fuera de todo contexto su aseveración en el sentido de que simplemente aparece como consecuencial al del delito de concierto

para delinquir con fines de narcotráfico.

Al contrario, el juzgador construyó de forma metódica y minuciosa cada uno de los elementos probatorios que obraban en contra de los procesados por esa delincuencia, por lo cual es incorrecto aducir defectos de motivación en ese punto, constituyendo situación muy distinta, como así claramente se colige, que no comparta tal criterio, emprendiendo una discusión sobre su valoración desde su estricta óptica particular, impertinente en esta sede extraordinaria.

Las serias incorrecciones de la censura puestas de manifiesto permiten inferir que no cumple con el requisito previsto en el numeral tercero del artículo 212 de la Ley 600 de 2000, en el sentido de que la demanda de casación deberá contener “la enunciación de la causal y la formulación del cargo, indicando en forma clara y precisa sus fundamentos”, por cuanto no desarrolla la propuesta de acuerdo con los derroteros de la causal invocada, ni tampoco evidencia algún yerro que determine la ilegalidad del fallo.

Por consiguiente, la censura se inadmitirá.

2. Segundo cargo (subsidiario). Causal primera, violación indirecta de la ley sustancial:

2.2. Planteamiento:

Según el actor, se incurre en este motivo por los diversos yerros en que incurrió el Tribunal en la apreciación de las pruebas, los cuales condujeron a la aplicación indebida

de la norma que sanciona el tipo penal de fabricación, tráfico y porte de estupefacientes en contra de sus defendidos MILTON ESPINEL CARDOZO y LUIS GUSTAVO ESPINEL CADOZO.

Expone, in extenso, que se configuró un error de hecho por falso juicio de existencia porque el juzgador no se pronunció sobre los testimonios de Juan Carlos Góngora Camacho, Fernando Cervera González, Fredy Murillo Orrego y Jorge Eliécer Arciniegas y por falso raciocinio en la apreciación de algunas conversaciones obtenidas por interceptación telefónica, respecto de las cuales el fallador “parte de una generalización que transgrede la regla de la experiencia, que indica, contrariamente a como razona la sentencia del juzgado de primera instancia, quien sí aplicó correctamente los criterios de la sana crítica y que sí indicó las apreciaciones sesgadas de los investigadores y fiscalía”.

A consecuencia de los reseñados yerros de apreciación, añade, el sentenciador aceptó que MILTON ESPINEL CARDOZO asistió a la reunión en la casa de Ángela Oyuela cuando de ellos se infiere lo contrario, incurriendo así en indebida “compaginación” de los medios de prueba.

Además, el Tribunal “nunca consideró el dominio funcional o acto parcial con referencia al hecho conjunto, de tal manera, que sin el concurso de MILTON ESPINEL CARDOZO o de LUIS GUSTAVO ESPINEL CARDOZO el plan de transporte de alcaloides del 18 de agosto de 2002 hubiera fracasado”.

Corolario de lo expuesto, deprecia casar el fallo impugnado y, en su lugar, proferir uno de reemplazo, por medio del cual se absuelva a los mencionados del delito de fabricación, tráfico y porte de estupefacientes.

2.2. Consideraciones de la Sala:

Esta censura, al igual que la precedente, también se inadmitirá, debido a que en realidad no desarrolla ningún error de apreciación probatoria con la aptitud de derruir el fallo, puesto que se dedica, de manera extensa y bajo el rótulo de haberse incurrido en errores de hecho por falso juicio de existencia y raciocinio, a confrontar su criterio personal en punto de la valoración de diversas probanzas con el plasmado en el fallo impugnado, desconociendo que esa actitud riñe con la naturaleza del recurso, en tanto no constituye una tercera instancia.

Tampoco compagina, se insiste, con la noción de error, pues el asunto se circunscribe a enfrentar dos puntos de vista sobre un mismo tópico, insuficiente, por lo demás, para resquebrajar la doble presunción de acierto y legalidad que gobierna al fallo cuando arriba a esta sede.

Ante la distorsión por parte de libelista de la verdadera naturaleza de los errores de apreciación probatoria, sustrayéndose, por tanto, a la carga argumentativa que corresponde emprender a quien pretenda demostrarlos para tenerlos por adecuada y formalmente presentados, oportuno se ofrecer recabar en lo que ha señalado pacíficamente la jurisprudencia sobre el particular.

Así, el falso juicio de existencia tiene ocurrencia cuando un medio de prueba es excluido de la valoración que efectúa el juzgador no obstante haber sido allegado al proceso en forma legal, regular y oportuna (ignorancia u omisión) o porque el juzgador lo crea a pesar de no existir materialmente en el proceso (suposición o ideación), otorgándole un efecto trascendente en la sentencia.

En esta hipótesis, el recurrente está obligado a identificar el medio de prueba que en su criterio se omitió o se supuso, a establecer la incidencia de esa omisión o suposición probatoria en la decisión que se controvierte y en favor del interés que se representa -lo cual comporta la necesidad de demostrar que el fallo atacado no se preserva con otros

elementos de juicio- y a demostrar de qué forma se violó la ley sustancial con ese defecto de apreciación, ya sea por falta de aplicación o por aplicación indebida.

Por su parte, el falso raciocinio se configura cuando el sentenciador aprecia la prueba desconociendo las reglas de la sana crítica, esto es, postulados lógicos, leyes científicas o máximas de la experiencia.

En tal supuesto le corresponde al casacionista señalar qué dice concretamente el medio probatorio, qué se infirió de él en la sentencia atacada, cuál fue el mérito persuasivo otorgado y, desde luego, determinar el postulado lógico, la ley científica o la máxima de experiencia cuyo contenido fue desconocido en el fallo, debiendo a la par indicar su consideración correcta e identificar la norma de derecho sustancial que indirectamente resultó excluida o indebidamente aplicada. Finalmente, deberá demostrar la trascendencia del error expresando con claridad cuál debe ser la adecuada apreciación de aquella prueba, con la indeclinable obligación de acreditar que la enmienda del yerro daría lugar a un fallo esencialmente diverso y favorable a los intereses de su representado.

Contrario sensu a los postulados expuestos, lo que trasluce de las propuestas es el planteamiento de una discusión sobre el mérito de las probanzas desde su estricta perspectiva personal que no encasilla en alguno de los errores de apreciación probatoria invocados.

En ese orden de ideas, también se inadmitirá este cargo.

Cuestión final:

Como se advirtió previamente, la Sala encuentra que en el trámite surtido por el Tribunal se incurrió en irregularidades que eventualmente pueden afectar el debido proceso, según pasa a verse.

1. Para precisar la primera, recuérdese que esta Sala, mediante sentencia del 4 de marzo de 2009, con ocasión del recurso extraordinario de casación promovido por el representante de la Fiscalía General de la Nación, decretó la nulidad parcial de la actuación al encontrar que el Tribunal en su fallo del 22 de febrero de 2007 no se pronunció frente a los argumentos que dicho sujeto procesal expuso para sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la absolución decretada por el a quo a favor de MILTON ESPINEL CARDOZO por los delitos de concierto para delinquir con fines de narcotráfico y tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, de PAULA ANDREA RENGIFO BUSTAMANTE por concierto para delinquir con fines de narcotráfico y de LUIS GUSTAVO ESPINEL CARDOZO por tráfico, fabricación y porte de estupefacientes.

El efecto consecuente a esa determinación, resulta obvio inferirlo, es el de la ruptura de la unidad procesal, como así se establece en el numeral 3° del artículo 92 de la Ley 600 de 2000, normatividad por la cual se rige esta actuación, al señalar:

“Además de lo previsto en otras disposiciones, no se conservará la unidad procesal en los siguientes casos:

(...)

3. Cuando se decrete nulidad parcial de la actuación procesal que obligue a reponer el trámite con relación a uno de los sindicados o de las conductas punibles”.

Significa lo anterior que lo decidido por el a quo en relación con la condena a Rodrigo Espinel Cardozo por el delito de concierto para delinquir con fines de narcotráfico agravado y de LUIS GUSTAVO ESPINEL CARDOZO y Jorge Humberto Aya Varón por el delito de concierto para delinquir con fines de narcotráfico, que no quedó

cobijado con el referido decreto de nulidad y respecto de los cuales, dicho sea de paso, el Tribunal sí se pronunció al resolver el recurso de apelación promovido por la defensa, siguió su trámite normal e independiente por efecto de la ruptura de la unidad procesal, alcanzando ejecutoria precisamente con la decisión de la Corte del 9 de marzo de 2009.

Cabe aclarar que esta interpretación ninguna relación guarda con la denominada ejecutoria parcial o fraccionada de las decisiones, frente a cuya viabilidad de antaño se ha opuesto la Sala2, en tanto se predica de una misma determinación y no de diversas, como aquí ocurre por virtud de la referida ruptura de la unidad procesal, en donde es evidente que las decisiones tomadas en cada una de las actuaciones procesales cobra ejecutoria por separado.

De esta forma deviene indudable que el Tribunal, cuando por razón de lo ordenado por la Corte se ocupó de los planteamientos esgrimidos por la Fiscalía para sustentar su inconformidad frente a las absoluciones decretadas por el a quo y las revocó atendiendo a lo allí expuesto, incurrió en irregularidad al redosificar la pena de LUIS GUSTAVO ESPINEL CARDOZO por incluir en tal procedimiento el delito de concierto para delinquir con fines de narcotráfico, objeto de actuación independiente, amén de que ya había cobrado ejecutoria con la sentencia proferida por esta Corporación el 9 de marzo de 2009, en virtud, se insiste, de la ruptura de la unidad procesal.

Ha debido el ad quem, entonces, simplemente imponer la pena correspondiente por el delito de tráfico de estupefacientes a LUIS GUSTAVO ESPINEL CARDOZO, quedando abierta la posibilidad de que, en fase posterior y ya ejecutoriada la decisión, un juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, procediera a su acumulación jurídica con la del delito de concierto para delinquir con fines de narcotráfico.

Esta situación se configuró exclusivamente en relación con LUIS GUSTAVO

ESPINEL CARDOZO y no respecto de MILTON ESPINEL CARDOZO y PAULA ANDREA RENGIFO BUSTAMANTE porque el decreto de nulidad parcial, a diferencia del primero, comprendió todos los cargos imputados en su contra, de suerte que actuó correctamente el Tribunal cuando en el fallo de 2 de julio de 2007 fijó la pena por todas las conductas.

El yerro del Tribunal frente a la situación de LUIS GUSTAVO ESPINEL CARDOZO pareció acentuarse cuando, con posterioridad a la nueva sentencia de segunda instancia y mientras se surtía el traslado para que el defensor allegara la correspondiente demanda de casación, a solicitud de ese mismo sujeto procesal, en el auto del 14 de enero de 2010 se estudió la posibilidad de decretar a su favor la prescripción de la acción penal por la conducta de concierto para delinquir con fines de narcotráfico, sin reparar que, como ya se dijo, esa ilicitud hacía parte de actuación tramitada de forma independiente por razón de la ruptura de la unidad procesal y, lo que es peor, que la declaratoria de su responsabilidad ya había quedado ejecutoriada desde el fallo dictado por esta Sala el 9 de marzo de 2009.

Por fortuna tal situación no tuvo trascendencia toda vez que el Tribunal se abstuvo de decretar la cesación de procedimiento a favor de este procesado y respecto del señalado delito con fundamento en una errónea interpretación de lo decidido por la Corte en la sentencia del 4 de marzo de 2009.

Ciertamente, en la parte considerativa del aludido auto señaló el Tribunal:

“...habiendo quedado ejecutoriada la resolución acusatoria el dos (2) de septiembre de 2003 (fl. 96 cdno. 11) a la fecha han transcurrido más de los seis (6) años exigidos para que la prescripción se estructure, únicamente para el delito de concierto para cometer delitos de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, por lo tanto puede predicarse que la acción penal derivada de este delito se encuentra prescrito (sic) únicamente respecto de MILTON ESPINOSA

CARDOZO y PAULA ANDREA BUSTAMANTE.

Lo anterior, porque la Corte Suprema de Justicia casó parcialmente la sentencia haciendo referencia que respecto a LUIS GUSTAVO ESPINEL CARDOZO era únicamente por tráfico, fabricación o porte de estupefacientes”³ (subrayas fuera del texto original).

Es decir que el ad quem se abstuvo de cesar procedimiento a favor de LUIS GUSTAVO ESPINEL CARDOZO por el delito de concierto para delinquir con fines de narcotráfico tras considerar que de acuerdo con lo fallado por la Corte Suprema este procesado únicamente era responsable de la conducta de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes.

Nada más alejado de la realidad, porque la Colegiatura en su decisión del 4 de marzo lo que claramente señaló fue que la nulidad parcial únicamente cobijaba lo tramitado por ese delito en relación con este procesado a partir del fallo del Tribunal del 22 de febrero de 2007, pero nunca con el fin de puntualizar que sólo era responsable por dicha ilicitud.

En todo caso, merced a la infortunada interpretación del Tribunal no se decretó la cesación de procedimiento en favor de este procesado por tal conducta, lo cual evita aplicar correctivo alguno por este aspecto.

Empero, ha de activarse el mecanismo de enmienda en relación con la irregularidad referida inicialmente del fallo impugnado de julio 7 de 2009, consistente en haber dosificado la pena de LUIS GUSTAVO ESPINEL CARDOZO incluyendo la correspondiente al delito de concierto para delinquir con fines de narcotráfico, por comportar, conforme a lo atrás explicado, afectación del debido proceso y, en especial, de los principios non bis in ídem y cosa juzgada.

Esto último porque finalmente se le impuso doble sanción por esa misma conducta, esto es, tanto en la sentencia del 23 de noviembre de 2004 (confirmada el 22 de febrero de 2007) como en la de 7 de julio de 2009, lo que impondría acudir al mecanismo de la casación oficiosa contemplado en el artículo 216 del estatuto procesal penal decretando la nulidad parcial de la decisión, en lo que toca a este procesado y en punto de la pena impuesta por el delito de concierto para delinquir con fines de narcotráfico.

Sin embargo, no será necesario invalidar la actuación para que el Tribunal individualice la pena únicamente por el delito de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes, prescindiendo de la establecida por el concierto para delinquir, o proceder la Corte a su fijación, dado que en dicha determinación se estableció la sanción correspondiente a esa ilicitud.

De esa forma se respeta el carácter residual y extremo de las nulidades, cuya declaratoria sólo procede para los casos en que, de conformidad con el numeral 5 del artículo 310 del estatuto procesal, “no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial” (principio de residualidad). Bastará entonces, para enmendar la incorrección, con retomar la dosificación impuesta por este delito en el aludido fallo de segundo grado, concretada en los siguientes términos:

“Ahora bien, en relación con la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes la determinación del quantum de la sanción a imponer deberá realizarse de conformidad con los extremos punitivos contemplados en el inciso primero del artículo 376 ley 589 de 2000 (999,3 grs. de heroína, según PIPH), el cual contempla una sanción imponible de ocho (8) a veinte (20) años de prisión años de prisión y multa de mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Así, en cuanto a la prisión, se deduce un límite inferior de 96 meses y un máximo de 240 meses, extremos que al dividirlos en cuartos, conforme al art. 61 del Código Penal, arrojan como resultado: 1° de 96 meses a 132 meses, 2° 132 a 168 meses 3° 168

a 204 meses y 4° 204 a 240 meses.

Determinados los cuartos y al no haberse formulado en la acusación, circunstancias de mayor punibilidad, y contar al menos este procesado con la ausencia de antecedentes como condición de menor punibilidad, la pena para este delito debe fijarse en el primer cuarto, esto es, entre 96 y 132 meses de prisión.

Ubicados en este cuarto, tomamos los criterios expuestos en los incisos tercero y cuarto del citado artículo 61 y se fija en noventa y seis (96) meses de prisión, pues considera la Sala, que las condiciones particulares del caso no exigen elevar este mínimo, visto el grado de protagonismo del procesado. En cuanto a la multa, se fija igualmente el mínimo, esto es, mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”4.

En tales cantidades, por consiguiente, se fijarán las penas principales a imponer al procesado LUIS GUSTAVO ESPINEL CARDOZO como coautor penalmente responsable del delito de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes, aclarándose que por el mismo término de la pena privativa de la libertad se impone la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, como así se dispuso en el fallo.

Importa señalar que lo aquí establecido no tiene repercusión en punto de las demás decisiones adoptadas en el fallo impugnado.

2. Una segunda irregularidad advertida tiene que ver con la incorrecta determinación adoptada por el Tribunal en el auto del pasado 14 de enero, por medio del cual declaró la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal derivada del delito de concierto para delinquir con fines de narcotráfico en favor de MILTON ESPINEL CARDOZO y PAULA ANDREA BUSTAMANTE.

En efecto, el Tribunal, al margen de los términos de la resolución de acusación de fecha agosto 12 de 2003, dictada en contra de los procesados en mención, y reproducidos en los fallos proferidos en esta actuación, dejó de aplicar el incremento del término de prescripción establecido en el inciso quinto del artículo 83 de la Ley 599 de 2000, en el sentido de que “también se aumentará el término de prescripción, en la mitad, cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior” (subraya fuera de texto).

Acorde con los términos de la acusación, es claro que la organización delictiva conformada por los procesados era de carácter internacional y tenía por fin exportar el alcaloide, para lo cual tenían contactos en el extranjero.

Así se consigna en la pieza acusatoria al precisar que “es innegable que nos encontramos de frente a una asociación criminal con una finalidad específica de traficar estupefacientes más exactamente de heroína, bajo el mando de Rodrigo Espinel Cardozo A. Titina, quien financia y controla la ruta desde la ciudad de Cúcuta, la que es enviada desde Ibagué, Cúcuta, Barquicinet (sic) -Venezuela, Brasil y finalmente Nueva York, compuesta por sus hermanos LUIS GUSTAVO y MILTON ESPINEL CARDOZO, los cuales se encargan de la consecución de correos humanos, de pagar a los proveedores y mantener contacto con Rodrigo; Jorge Humberto Aya Varón, utilizado aquí como correo humano en diferentes oportunidades, por eso su vinculación con la agrupación era constante y PAULA ANDREA BUSTAMANTE RENGIFO encarga de recibir los dineros que vienen del exterior y consignarlos en cuentas donde posteriormente le indica su novio Rodrigo Espinel Cardozo...” (subraya fuera de texto).

Ya antes, en el mismo proveído, se había indicado:

“En respuesta a las labores de monitoreo y seguimiento realizadas por el citado investigador, se produjo el informe 417 adiado mayo 9 de 2001, donde se noticia que se

logró establecer la existencia de una red de traficantes a nivel internacional, conformada por los señores Juan N., Gustavo N. y Rodrigo N., quienes se dedican a recolectar estupefacientes de las distintas poblaciones del departamento del Tolima, y luego exportarlos a los Estados Unidos, donde además detectan que estos sujetos tienen como fachada una microempresa mediante la cual tienen contacto con un japonés y transportaban la sustancia hacia los Estados Unidos...”(subrayas fuera de texto).

Por consiguiente, ninguna duda surge en cuanto a que el lapso de prescripción en la fase del juicio ha debido incrementarse en la mitad del término previsto, esto es, por tres años más, para un total de doce (12) años, fenómeno que se hubiera desencadenado en el mes de agosto de 2012.

No obstante lo anterior, ninguna determinación puede tomar la Corte en este momento procesal, en la medida en que el aludido auto, respecto de lo definido frente a los procesados MILTON ESPINEL CARDOZO y PAULA ANDREA BUSTAMANTE, ha hecho tránsito a cosa juzgada. Sin embargo, la Corte encuentra necesario expedir, por la Secretaría de esta Corporación, copias de la presente actuación con destino al Consejo Superior de la Judicatura -Sala Jurisdiccional Disciplinaria- con el objeto de que se establezca la posible responsabilidad disciplinaria en que pudieron incurrir los Magistrados que conformaron la Sala de Decisión Penal al suscribir tal auto.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de los procesados MILTON y LUIS GUSTAVO ESPINEL CARDOZO y PAULA ANDREA BUSTAMANTE RENGIFO, por las razones consignadas en la anterior motivación.

2. CASAR oficiosa y parcialmente el fallo de segundo grado para reducir la pena impuesta a LUIS GUSTAVO ESPINEL CARDOZO a las principales de noventa y seis (96) meses de prisión y multa de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones pública por el mismo lapso de la privativa de la libertad, aclarando que ella corresponde exclusivamente a su responsabilidad como coautor del delito de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes.

3. PRECISAR que lo ordenado en el numeral anterior no tiene ninguna incidencia frente a las demás decisiones adoptadas en el fallo impugnado.

4.- EXPEDIR, por la Secretaría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, copias de la presente actuación con destino al Consejo Superior de la Judicatura -Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, con el objeto de que se establezca la posible responsabilidad disciplinaria en que pudieron incurrir los Magistrados de la Sala de Decisión del Tribunal de Ibagué al suscribir el auto de enero 14 de 2010, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

Contra esta determinación no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase,

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
IBÁÑEZ GUZMÁN

AUGUSTO J.

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO E. SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Auto de 28 de febrero de 2006, rad. 24783.

2 Cfr. entre otros, auto de fecha 30 de septiembre de 2005. Rad 24180.

3 Págs. 12 y 13 del auto de 14 de enero de 2010.

4 Es de anotar que la pena impuesta a LUIS GUSTAVO ESPINEL CARDOZO en esta providencia se determinó por remisión a la de su hermano MILTON ESPINEL CARDOZO al estimarse su situación similar, como así se reseñó en la pág. 39.