

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

AP2233-2018

Radicación n° 52644

Aprobado acta n° 171

Bogotá, D.C., treinta (30) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

VISTOS:

Con el fin de verificar si reúne los requisitos formales que condicionan su admisión, bajo la ritualidad de la Ley 600 de 2000, examina la Sala la demanda de casación presentada por el defensor del procesado CRISTIAN FERNANDO BORDA GÓMEZ, en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala de Extinción de Dominio del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual confirmó el fallo proferido por el Juzgado 7º Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad, que lo condenó como autor de los delitos de tráfico de estupefacientes agravado, en concurso con concierto para delinquir agravado y lavado de activos, en las circunstancias que más adelante se detallarán.

HECHOS

Dentro de la asistencia judicial internacional radicada con el número 71657, en la que se indagaba sobre delitos de narcotráfico desde Colombia con destino a los Estados Unidos de Norteamérica, se detectó la existencia de una organización criminal que desde, por lo menos el año 2005, se dedicada al tráfico de estupefacientes dentro y fuera del país

(Colombia -Venezuela -México) dando origen a la indagación preliminar 75624.

La nueva indagación confirmó la existencia de una empresa criminal dirigida por CRISTIAN FERNANDO BORDA GÓMEZ quien coordinaba los envíos de cocaína desde diferentes partes del país a través de Venezuela hasta México. Concretamente se documentaron dos hechos de incautación de estupefacientes en el año 2006. El primero en la ciudad de Bogotá, barrio Fontibón donde se encontraron 474 kilos de clorhidrato de cocaína en un vehículo automotor, y el segundo, el 21 del mismo mes en aguas marítimas frente a la provincia de Manabí -Ecuador con la incautación de 2.5 toneladas de cocaína en una embarcación.

El dinero producto del tráfico de estupefacientes era ingresado por CRISTIAN FERNANDO BORDA GÓMEZ a empresas de su propiedad en las que se le daba apariencia de legalidad.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Con fundamento en los anteriores hechos, el 6 de junio de 2008 la Fiscalía dispuso abrir investigación previa, dentro de la cual llevó a cabo la práctica de algunas pruebas, culminada la cual profirió resolución de apertura de instrucción el 13 de junio del mismo año, ordenando vincular a la investigación a CRISTIAN FERNANDO BORDA GÓMEZ, JHON ALEJANDRO OSSA BUSTAMANTE, FERNEY y WILLIAM OSORIO GAITÁN, MARÍA CRUZ GAITÁN, JULIO CÉSAR SÁNCHEZ ALONSO, HÉCTOR ENRIQUE CRISTANCHO CASTIBLANCO, JUAN PABLO PÉREZ SUÁREZ, JUAN DAVID ZAPATA, JOSÉ RICARDO VALERO MORALES, EDISON ANDRÉS RAMÍREZ TABORDA, JUAN SEBASTIÁN VILLAMIZAR RAMÍREZ, LUIS MARIO CASTELLANOS, JOSÉ ALBEIRO GARCÍA GALINDO, MARCO FABIO ERAZO ROJAS y JUAN JAIME MONTOYA ESTRADA¹, librándose para tal fin las respectivas órdenes de captura.

Materializada la captura de CRISTIAN FERNANDO BORDA GÓMEZ, su vinculación mediante indagatoria se llevó a cabo el 17 de junio de ese año². La situación jurídica se le resolvió el 4 de julio siguiente con imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario, como posible autor de los delitos de lavado de activos, concierto

para delinquir y tráfico, fabricación, porte o tenencia de estupefacientes agravado. En el mismo proveído igualmente se afectó con medida privativa de la libertad a JAIME MONTOYA ESTRADA, por los delitos de concierto para delinquir y tráfico de estupefacientes agravado.

El 6 de febrero de 2009 se afectó con medida de aseguramiento privativa de la libertad a los declarados personas ausentes FERNEY OSORIO, MARÍA CRUZ GAITÁN, HÉCTOR ENRIQUE CRISTANCHO CASTIBLANCO, WILLIAM OSORIO GAITÁN, EDISON ANDRÉS RAMÍREZ TABORDA y JUAN SEBASTIÁN VILLAMIZAR RAMÍREZ.

Mediante resolución del 9 de julio de 2009 se ordenó la extradición de CRISTIAN FERNANDO BORDA GÓMEZ, con destino a los Estados Unidos de Norteamérica.

Clausurado el ciclo instructivo, el 11 de julio de 2009 se calificó el mérito del sumario mediante resolución de acusación en contra del procesado BORDA GÓMEZ como presunto autor de los delitos de lavado de activos, en concurso con concierto para delinquir y tráfico, fabricación, o porte de estupefacientes agravado. Igual decisión se adoptó respecto de los vinculados JUAN JAIME MONTOYA, HÉCTOR ENRIQUE CRISTANCHO CASTIBLANCO, WILLIAM ORLANDO OSORIO GAITÁN, FERNEY OSORIO GAITÁN, MARÍA CRUZ GAITÁN, EDISON ANDRÉS RAMÍREZ TABORDA y JUAN SEBASTIAN VILLAMIZAR RAMÍREZ, como posibles coautores de los punibles de concierto para delinquir con fines de narcotráfico y fabricación, tráfico o porte de estupefacientes agravado por la cantidad de sustancia, proveído que cobró ejecutoria el 21 del mismo mes y año.

Le correspondió al Juzgado 7 Penal del Circuito Especializado de Bogotá adelantar la etapa de juzgamiento. Celebrada la audiencia pública, se condenó al procesado BORDA GÓMEZ como autor del delito de concierto para delinquir agravado por ser para traficar estupefacientes, en concurso con tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado y lavado de activos, a las penas principales de trescientos sesenta y nueve (369) meses de prisión y multa de nueve mil ochenta (9.080) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Como accesoria se le impuso la inhabilitación de derechos y funciones públicas por el término de veinte (20) años. Se le negó la suspensión de la ejecución de la pena y la sustitución de la prisión por domiciliaria.

En el fallo también se condenó a JUAN JAIME MONTOYA, HÉCTOR ENRIQUE CRISTANCHO CASTIBLANCO, WILLIAM ORLANDO OSORIO GAITÁN, FERNEY OSORIO GAITÁN, MARÍA CRUZ GAITÁN, EDISON ANDRÉS RAMÍREZ TABORDA y JUAN SEBASTIAN VILLAMIZAR RAMÍREZ, como coautores de los delitos de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes agravado, en concurso con concierto para delinquir agravado, imponiéndoles la pena de prisión de trescientos (300) meses y multa de ocho mil quinientos (8.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Igualmente les fueron negados los subrogados de la suspensión de la ejecución de la pena y la sustitución de la prisión en establecimiento carcelario, por la domiciliaria.

Apelada la sentencia por los defensores, fue confirmada el 28 de julio de 2017 por la Sala de Extinción de Dominio del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en lo que respecta a CRISTIAN FERNANDO BORDA GÓMEZ y modificada para cinco de los procesados, únicamente frente a la pena de multa.

Contra el fallo condenatorio, el defensor del procesado CRISTIAN FERNANDO BORDA GÓMEZ interpuso el recurso extraordinario de casación, el mismo que fue oportunamente sustentado en escrito que ahora analiza la Corte en su debida fundamentación.

RESUMEN DE LA DEMANDA

El demandante plantea un cargo principal y dos subsidiarios.

Cargo principal. Nulidad

Al amparo de la causal 3 de casación prevista en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000,

plantea el recurrente que el procedimiento aplicado a la investigación y juzgamiento de los hechos que ocupan la actuación, vulnera el debido proceso de CRISTIAN FERNANDO BORDA GÓMEZ, toda vez que fue condenado bajo los parámetros de la Ley 600 de 2000, pese a que los hechos ocurrieron en vigencia de la Ley 906 de 2004.

En desarrollo del cargo califica como un error el hecho de haberse aplicado el procedimiento previsto en la Ley 600 de 2000, a pesar de que la conducta de tráfico de estupefacientes por la que se condenó a su defendido, ocurrió en Bogotá en el año 2005, distrito judicial donde ya había entrado a funcionar la Ley 906 de 2004. Agrega, que tal situación resulta evidente al punto que a BORDA GÓMEZ se le impusieron las penas con los aumentos punitivos previstos en la Ley 890 de 2004, los cuales son exclusivos del sistema acusatorio.

En ese sentido, entiende afectado el principio de legalidad contemplado en el artículo 6 de la Ley 600 de 2000, pues al procesado BORDA GÓMEZ se le aplicó un procedimiento que no regía en Bogotá para el mes de septiembre del año 2006. Así, enuncia, ‘todas las interceptaciones telefónicas son nulas.’

Reprocha, igualmente, que las instancias nunca hubieran resuelto ‘adecuadamente’ las súplicas de los defensores para que se declarara la nulidad de lo actuado por afectación a los derechos del procesado por el juzgamiento ‘bajo una ley que no le correspondía y que deja de lado los derechos y garantías de la ley 906 de 2004.’

Vuelve sobre la estructuración de las dos conductas típicas del delito de tráfico de estupefacientes por las cuales se acusó a BORDA GÓMEZ, para insistir en que su ocurrencia en el mes de septiembre del año 2006, una en aguas marítimas frente a la Provincia de Manabí (Ecuador), y la segunda en el barrio Fontibón de Bogotá, no permiten entendimiento diferente a que debieron investigarse por la égida de la Ley 906 de 2004, restando importancia a la tesis de los falladores en cuanto que la indagación preliminar se originó en el año 2004 en una colaboración judicial internacional procedente de los Estados Unidos.

Estima de poca monta el que la indagación preliminar se hubiera iniciado bajo los parámetros de la Ley 600, pues, finalmente, aduce, fue en el año 2008 cuando se identificó a los indiciados a través de pruebas –interceptaciones telefónicas- recaudadas en el año 2006, circunstancias que obligaban a la Fiscalía iniciar la investigación formal por el trámite de la Ley 906 de 2004.

Insiste, en que las pruebas recaudadas en el año 2006, así se hubieran practicado en una indagación adelantada por la Ley 600 de 2000, deben contar con las ritualidades atinentes a los controles de legalidad propios de la Ley 906 de 2004, que para el caso, establecen el control posterior por parte de un Juez con Función de Control de Garantías.

Prosigue enlistando situaciones que considera no pudieron ejercitarse como derechos que si prevé la Ley 906 de 2004, pues, además de no haberse legalizado las interceptaciones de las líneas telefónicas, tampoco se tuvo la oportunidad de activar la investigación de parte a partir de la formulación de imputación, o aceptar los cargos para obtener rebajas de penas e incluso, echa de menos la posibilidad de negociar con la Fiscalía para llegar a un preacuerdo, figuras procesales que, dice, solo son viables bajo el proceso con tendencia acusatoria.

Aduce, igualmente, que también se vulneró el derecho a la igualdad, toda vez que el 12 de septiembre de 2006, cuando en Bogotá se incautaron en un camión 474 kilos de clorhidrato de cocaína, fue capturado Jairo Ramírez Murillo a quien se le inició investigación conforme a las ritualidades de la Ley 906 de 2004, actuación que concluyó con allanamiento a cargos por parte del capturado William Alberto Álvarez Salazar, por el delito de tráfico de estupefacientes agravado. Hechos por los cuales también se condenó a su defendido pero bajo el procedimiento establecido por la Ley 600 de 2000.

Así, concluye que el fallo de carácter condenatorio se profirió dentro de un proceso viciado de nulidad y fundado en pruebas ilegales, pues las interceptaciones telefónicas carecen del

control de legalidad exigido por la Ley 906 de 2004. En tal sentido, solicita dejar sin validez lo actuado a partir de la resolución que dispuso la apertura de investigación formal.

Primer cargo subsidiario. Violación directa de la ley. Cuerpo primero de la causal primera prevista en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000

Señala el demandante que el fallador violó directamente los artículos 8 del Código Penal y 19 de la Ley 600 de 2000, al condenar a CRISTIAN FERNANDO BORDA GÓMEZ por ‘delitos’ que ya fueron juzgados y fallados en los Estados Unidos de Norteamérica.

Señala la vulneración del principio de la cosa juzgada, pues a BORDA GÓMEZ se le imputó más de una vez ‘la misma conducta punible’, tal como, dice, lo reconoció el fallador al precisar que el requerimiento de extradición se limita al «“Concierto, desde aproximadamente febrero de 2005 hasta aproximadamente el 16 de marzo de 2007”, esto con el fin de distribuir cocaína en los Estados Unidos».

Considera que si los hechos por los cuales se condenó a BORDA GÓMEZ en Colombia datan aproximadamente desde el año 2006, este periodo queda inmerso en el que dio lugar a la condena de 25 años de prisión a este procesado en los Estados Unidos.

Seguidamente se ocupa de teorizar sobre los presupuestos del principio non bis in idem y lo que al respecto han considerado la Corte Constitucional y la Suprema de Justicia, para concluir con la petición de que se reconozca y aplique el principio non bis in idem, y en consecuencia, se absuelva al procesado BORDA GÓMEZ.

Segundo cargo subsidiario. Violación indirecta de la ley. Cuerpo segundo de la causal primera de casación prevista en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000

Sustenta la violación indirecta en la ilegalidad de las interceptaciones de los abonados telefónicos 3125938728; 3157835130; 3136217319 y 3136190858, por ausencia de

legalización ante un Juez con Función de Control de Garantías, requisito de procedencia necesario por haberse practicado las pruebas en vigencia de la Ley 906 de 2004.

Por otra parte, señala que echa de menos la ‘práctica de la prueba de espectrograma a las interceptaciones telefónicas’, medio probatorio que considera indispensable, por cuanto si bien BORDA GÓMEZ aceptó que él había participado en algunas conversaciones, su aceptación no fue respecto de los delitos enrostrados.

Concluye la violación indirectamente los artículos 29 de la [Constitución Política](#), 6 de la Ley 600 de 2000, 235, 237 y 360 de la Ley 906 de 2004, producto de la ‘errónea apreciación de las ilícitas interceptaciones’.

En consonancia con su exposición, solicita casar el fallo, para que en su lugar la Corte absuelva a CRISTIAN FERNANDO BORDA GÓMEZ.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como mecanismo de impugnación extraordinario, el recurso de casación impone que los recurrentes formulen sus reproches con apego a los requisitos de lógica y adecuada argumentación definidos por el legislador y desarrollados por la jurisprudencia, con el fin de evitar que se convierta en una instancia adicional a las ya surtidas, en el entendido que a esta sede arriba el fallo prevalido de una doble presunción de acierto y legalidad.

Por ello, la demanda está sujeta de manera ineludible a unos contenidos mínimos de naturaleza formal, que a decir del artículo 212 de la Ley 600 de 2000, estatuto bajo el cual se tramitó este proceso, son los siguientes: (i) la identificación de los sujetos procesales y de la sentencia impugnada; (ii) una síntesis de los hechos materia de juzgamiento y de la actuación procesal; y, (iii) la enunciación de la causal y la formulación del cargo, indicando en forma clara y precisa sus fundamentos y las normas que el demandante estime infringidas.

Igualmente, la Sala ha puntualizado de tiempo atrás³ que al impugnante le es exigible conjugar la sustentación del recurso extraordinario con sus precisos fines, por lo que sus reproches deben estar encaminados a obtener la efectividad del derecho material y las garantías de los intervinientes en el proceso penal, la unificación de la jurisprudencia nacional y/o la reparación de los agravios inferidos a las partes con la sentencia demandada (artículo 206 de la Ley 600 de 2000).

Adicionalmente, el libelo debe enmarcarse dentro de los principios que gobiernan el recurso extraordinario de casación, entre los que destacan:

[l]os de sustentación suficiente según el cual, la demanda debe bastarse a sí misma para provocar la anulación del fallo; el de crítica vinculante, por cuyo medio se exige una argumentación fundada en las causales previstas taxativamente por la normatividad vigente y el cumplimiento de los requisitos de forma y contenido de acuerdo con la seleccionada por el actor; el de no contradicción, que informa que no es posible, en un mismo cargo, invocar varias causales; y el de objetividad, conforme al cual la alegación debe guardar absoluta fidelidad con la actuación⁴.

Con estas precisiones, a continuación se abordará el estudio de las censuras:

2. Cargo principal. Nulidad

Si bien la Sala ha dicho que la nulidad es menos exigente en su demostración que las otras causales de casación, lo cierto es que impone al censor proceder con precisión al identificar la clase de irregularidad sustancial que determina la invalidación; señalar si se trata de un vicio de estructura o garantía; plantear sus fundamentos fácticos; indicar los preceptos que considera conculcados; fijar el momento procesal en que se produjo la anomalía y la cobertura de la invalidez deprecada; y, acreditar, en términos de trascendencia, la necesidad de acudir a la nulidad como remedio único y extremo para restablecer el derecho afectado con la anormalidad procesal o la garantía conculcada.

Lo anterior en estricta sujeción de los principios que rigen esa materia, por lo cual debe quedar claro que: i) se trata de uno de los motivos expresamente contemplados en la ley -taxatividad-; ii) afecta de manera real y cierta las garantías fundamentales o altera las bases esenciales de la actuación -trascendencia-; iii) el acto tachado de irregular ha cumplido su propósito, siempre que no vulnere el derecho a la defensa -instrumentalidad-; vi) quien lo solicita no ha dado lugar al motivo de invalidación -protección-; v) la irregularidad no ha sido convalidada expresa o tácitamente por el perjudicado, siempre que no vulnere sus garantías fundamentales -convalidación- y, vi) no hay otra manera de enmendar el agravio -residualidad-.

Principios que en su totalidad se advierten ausentes en la fundamentación que presenta el demandante, quien censura el fallo del Tribunal por considerar que fue quebrantada la estructura del debido proceso, en razón de haberse omitido aplicar la Ley 906 de 2004.

Al respecto encuentra la Corte que durante la actuación fueron múltiples las solicitudes de nulidad planteadas bajo idéntica premisa ahora expuesta en sede de casación, todas resueltas de manera adversa previa argumentación acerca de las razones para adelantar la actuación bajo la ritualidad de la Ley 600 de 2000 y no conforme al procedimiento establecido en la Ley 906 de 2004, decisión que, bajo el criterio del impugnante estructura la afectación al principio de legalidad.

En materia penal el principio de legalidad se concreta en (i) la legalidad de los delitos (*nullum crimen sine praevia lege*), pues a nadie se le puede juzgar por una conducta que previamente no se haya establecido como tal en el ordenamiento jurídico; (ii) el agotamiento del trámite respectivo debe estar definido con antelación (*nemo damnetur nisi per legale iudicium*), así como el o los funcionarios encargados de adelantarlos (*nemo iudex sine lege*); y (iii) la pena correspondiente a la infracción ha de determinarse antes de la comisión del comportamiento (*nulla poena sine praevia lege*); todo lo cual debe cumplirse en orden a que se repute legítima la imposición de la sanción a quien es declarado

penalmente responsable⁵.

El axioma según el cual las leyes rigen mientras dure su vigencia y, por ende, que los preceptos penales que crean delitos o aumentan penas no tiene efectos retroactivos, encuentra su excepción en el principio de favorabilidad consagrado igualmente en el artículo 29 Constitucional, que impone la aplicación preferente de normas sustanciales y procesales con efectos semejantes, siempre que sean favorables al procesado o condenado, aun cuando sean posteriores a la conducta juzgada.

En punto de la procedencia del apotegma en cita, en su expresión relativa a la aplicación ultractiva de la ley más favorable, conviene destacar que «tratándose de delitos permanentes cuya comisión comenzó en vigencia de una ley, pero que se postergó hasta el advenimiento de una legislación posterior más gravosa, se impone aplicar esta última normatividad», según lo definió esta Corporación en CSJ SP, 25 ago. 2010, rad. 31407.

En materia procesal, donde radica el reclamo del demandante, el principio de legalidad se traduce en que el inculcado debe ser investigado y juzgado de conformidad con las leyes adjetivas preexistentes al acto que se le imputa, ante funcionario judicial competente y «con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio», de donde se sigue que en materia de procedimiento se impone aplicar, por regla general, aquel que se encuentra vigente al momento de la comisión de la conducta punible.

No obstante, en los casos de tránsito o coexistencia de legislaciones procesales y, en concreto, frente a las hipótesis de delito permanente, continuado y concurso de conductas punibles, cuando la conducta o conductas se ejecutan en vigencia de ambas normativas, la Sala desarrolló la tesis de la razón objetiva, como forma de solucionar el problema que implica la escogencia del sistema de procesamiento que debe gobernar la actuación, que consiste en determinar bajo cuál régimen se iniciaron las actividades investigativas, pues una vez establecido dicho aspecto, será ese el procedimiento por el que deberá tramitarse

in integrum la actuación, sin que tengan cabida consideraciones sobre la favorabilidad de uno u otro sistema.

Criterio que la Sala ha mantenido invariable desde CSJ AP, 9 jun. 2008, rad. 29586, cuando expresó que:

[D]e cara al delito permanente cuando en su ejecución ha mediado un cambio de sistema en el distrito judicial donde ha de adelantarse la actuación, no cavila el juicio para predicar que respecto de esa conducta punible resultan potencialmente aplicables las dos legislaciones, pues al fin y al cabo bajo el imperio de ambas se ejecutó el delito, dada la mencionada condición de permanencia. No empece lo dicho, no resulta, jurídicamente aplicable tal pregón, dada la distinta caracterización de uno y otro sistemas, referida -entre otros tópicos- a la permanencia de la prueba, los funcionarios que intervienen, los términos para adelantar las actuaciones, la forma de interposición y trámite de recursos, las funciones específicas de un juez de garantías, la imposibilidad para llevar a cabo negociaciones de pena, etc., todo lo cual conduce inexorablemente a que se deba seleccionar una de las dos legislaciones para aplicarla in integrum, evitando la mezcla de procedimientos.

Omite el demandante informar que en el presente caso, los hechos que originaron la apertura de una investigación bajo el trámite establecido en la Ley 600 de 2000, se conocieron dentro de la asistencia judicial internacional radicada con el número 71567 en la que, a solicitud de los Estados Unidos de Norteamérica se investigaba la operación de una organización criminal dedicada a entrar estupefacientes a ese país desde el año 2004.

Fue así como del análisis de las conversaciones escuchadas en las líneas telefónicas interceptadas en esa asistencia judicial, se obtuvo nueva información sobre la existencia de varias organizaciones al margen de la ley que actuaban de manera coordinada, razón por la cual se ordenó la compulsas de copias que originó esta actuación⁶ inicialmente en contra de personas por individualizar e identificar y solo en el año 2008,⁷ cumplidas las finalidades del

artículo 322 de la Ley 600 de 2000, se ordenó abrir investigación formal en contra, entre otros, de CRISTIAN FERNANDO BORDA GÓMEZ a quien se le atribuye la dirección de la organización criminal que traficaba con estupefacientes desde, por lo menos, el año 2004; la disposición de empresas legalmente creadas para el ingreso del dinero producto de las actividades al margen de la ley y dos conductas específicas de incautación de clorhidrato de cocaína en el año 2006.

Dos de las conductas imputadas a CRISTIAN FERNANDO BORDA GÓMEZ durante la indagatoria estructuran tipos penales de ejecución permanente, a saber, el concierto para delinquir y el lavado de activos, eventos frente a los cuales guarda silencio el recurrente, así como nada dice sobre la acusación que circunscribió los hechos del fallo y que ubican al mencionado procesado dirigiendo la organización dedicada al tráfico de estupefacientes dentro y fuera del país desde el año 2004 y en diferentes municipios en los que continuaba vigente la Ley 600 de 2000.

Bajo ese contexto, ninguna razón le asiste al demandante cuando acusa la nulidad de lo actuado a partir de la apertura de investigación formal, pues resultan potencialmente aplicables las dos legislaciones procesales vigentes en el territorio nacional, en tanto las conductas punibles se iniciaron en vigencia de la Ley 600 de 2000 y se prolongaron en el tiempo hasta, por lo menos, el año 2008, cuando fue capturado BORDA GÓMEZ.

No puede perderse de vista que la presente actuación inició el 6 de junio de 2008 bajo los parámetros de la Ley 600 de 2000, «teniendo en cuenta que los hechos que dieron origen a la misma, tuvieron su ocurrencia antes de entrar en vigencia la Ley 906 de 2004», siendo irrelevante para estos efectos la fecha en la que la Fiscalía logró individualizar e identificar a los autores de la organización criminal dedicada al tráfico de estupefacientes, pues ello implicaría, como lo propone el demandante, que sin importar el tiempo de ejecución de las conductas punibles y las pruebas recaudadas por uno u otro sistema procesal, una vez se cumpla con este acto de investigación se reinicie lo actuado al vaivén de los intereses de los

sindicados, es decir, que se acuda a criterios subjetivos reiteradamente excluidos de la determinación del procedimiento que rige una actuación.

De otra parte, como si se tratara de hechos ajenos a los de la organización criminal y develados dentro de la misma indagación preliminar, se reitera, adelantada bajo los preceptos de la Ley 600 de 2000, plantea el demandante que el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes concretado en Bogotá en septiembre de 2006, debió investigarse por el procedimiento de la Ley 906 de 2004, en tanto se trata de una conducta de ejecución instantánea, esbozo que desconoce la situación fáctica que originó esta causa haciendo ver que se trata de un hecho aislado del engranaje delictivo descubierto desde el año 2005.

Si bien las conductas de tráfico de estupefacientes sucedieron en el mes de septiembre de 2006, cuando ya había entrado a regir el sistema acusatorio en Bogotá, y así lo reconoce el Tribunal, no fue el factor temporal el que determinó el procedimiento por el cual se siguió la investigación, pues evidentemente 'la tesis de la razón objetiva' no aplica para los delitos de ejecución instantánea.

En efecto, convenientemente olvida informar el demandante, que esta actuación se originó, no en las incautaciones de clorhidrato de cocaína en el mes de septiembre de 2006, sino en el contexto de una asistencia judicial internacional en la que se investigaba la operación de diversas organizaciones criminales que operaban dentro y fuera del país de manera interdependiente, una de ellas, la dirigida por CRISTIAN FERNANDO BORDA GÓMEZ que maniobraba desde diferentes municipios de Colombia «por lo menos desde el año 2005», traficando estupefacientes hacia México a través de Venezuela.

De la misma manera, omite el demandante información relevante de la situación fáctica, a partir de la cual se reafirma que la escogencia del procedimiento no obedeció al capricho de la Fiscalía, sino a criterios objetivos, tales como, además del ya mencionado, el distrito

judicial donde ocurrieron los hechos.

Precisa la Sala que desde el año 2008 cuando por primera vez los defensores solicitaron la nulidad de lo actuado, tuvo en cuenta el ente acusador que la organización criminal, además de operar desde, por lo menos el año 2005, delinquía en áreas geográficas de nuestro país en las que para entonces no había entrado a regir la Ley 906 de 2004⁸.

Criterio que con razón atendió el fallador de segundo grado, reiterando que:

La asistencia judicial de la cual deriva la presente causa, fue solicitada en el año 2005 como lo señalan los censores, pero se orientó a indagar sobre hechos acaecidos en el año 2004, relacionados con tráfico de estupefacientes de Colombia a Estados Unidos, mediante trasbordos en México y otros países, lo que implica que los delitos imputados por la Fiscalía se ejecutaron antes del año 2005, fecha en que no había entrado a regir la Ley 906 de 2004; así mismo, se determinó que se ejecutaron en distritos judiciales en los cuales no había entrado a regir la Ley 906 de 2004, como en los corregimientos de Teherán y Yacopí, conforme su implementación gradual en el territorio colombiano regulado en el artículo 530 de la legislación en cita.

En el caso de la incautación de 474 kilogramos de clorhidrato de cocaína en la ciudad de Bogotá, llevada a cabo el 12 de septiembre de 2006 la fiscalía estableció mediante las interceptaciones telefónicas realizadas, que el estupefaciente salió desde el corregimiento de Teherán⁹ donde se ubican los laboratorios de procesamiento del alcaloide, se realizó su trasbordo en la Dorada (Caldas) y finalmente llegó a la localidad de Fontibón en Bogotá donde fue incautada¹⁰.

De ahí que el tráfico de estupefacientes que se perpetró en Bogotá el 12 de septiembre de 2006, en el que se atribuye a BORDA GÓMEZ la propiedad del alcaloide, hubiera sido investigado conjuntamente con el concierto para delinquir liderado por el mismo procesado. Téngase en cuenta, que en el mapa judicial Yacopí es un municipio que pertenece al distrito

judicial de Cundinamarca en el que la Ley 906 de 2004 entró a regir el 1º de enero de 2007.

En consecuencia, no es que el fallador hubiera asimilado el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes a una conducta delictiva de ejecución permanente, aunque claramente el hecho que culminó en la incautación de clorhidrato de cocaína en Bogotá, tuvo una ejecución de varios meses, sino que en la realización de la conducta participó un número plural de personas en diferentes regiones, incluido el municipio de Yacopí (Cundinamarca), desde donde salió la sustancia ilegal para ser transportada a esta ciudad capital.

No menos importante resulta precisar que este delito de narcotráfico se develó gracias a las pruebas recaudadas en la indagación preliminar que ya cursaba contra responsables en averiguación bajo la cuerda procesal de la Ley 600 de 2000, luego, la conexidad probatoria y procesal no admiten la ruptura de la unidad para someter el hecho a un proceso con las ritualidades de la Ley 906 de 2004, que por las características de un sistema de partes y esencialmente acusatorio establece notables y sustanciales diferencias en la práctica de las pruebas.

No significa lo anterior que, como lo pregona el demandante, la Ley 600 de 2000 afecte el debido proceso del investigado, pues los dos sistemas, dentro de su esquema, permiten el pleno ejercicio de los derechos y garantías constitucional y legalmente reconocidos para los sujetos procesales o partes, razón por la cual, el punto se resuelve bajo los criterios objetivos antes referidos y no por la favorabilidad. Así lo ha precisado de tiempo atrás esta Corporación al resolver una controversia similar:

[F]rente a sistemas tal manifestación del debido proceso no tiene cabida, básicamente por dos razones de distinta índole: (i) por motivos prácticos, entre otros, porque ello conllevaría a designar juez de garantías en procedimientos donde no se ha previsto normativamente un

juez con esas funciones. Además, porque habría que desjudicializar la fiscalía y despojarla de la posibilidad de adoptar -motu proprio- decisiones de contenido jurisdiccional. Y (ii) por razones de naturaleza jurídica, pues no puede predicarse desigualdad de condiciones procesales sobre la base de que la Ley 600 ofrece más ventajas que la 906 o viceversa, dado que tanto en uno como en otro procedimiento por igual han de respetarse -y con similar intensidad- las garantías fundamentales.

En efecto, el investigado y juzgado por el anterior sistema bien puede exigir de los operadores judiciales que se le respeten la legalidad del delito, de la pena, del juez y del procedimiento; la presunción de inocencia; el derecho de defensa; la contradicción de la prueba; la prohibición de reformatio in pejus; con las excepciones legales la doble instancia, el acatamiento al respectivo esquema procesal, etc., aspiraciones que como derechos igualmente son predicables de quien sea investigado y juzgado bajo los parámetros del nuevo sistema.

En consecuencia, resulta incorrecta la apreciación del impugnante que reprocha que a su defendido se le hubiera privado de optar por figuras jurídicas que en el contexto de la Ley 600 de 2000, son inviables, mientras que, prosigue, de haber sido investigado y juzgado por el régimen procesal de la Ley 906 de 2000 le hubieran resultado aplicables.

Así, cita el allanamiento a cargos previsto en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, omitiendo considerar que la Ley 600 de 2000 no impide que el procesado los acepte unilateralmente y termine anticipadamente su proceso obteniendo, igualmente, beneficios punitivos (art. 40).

Más aún, la Ley 600 de 2000 establece la figura de los beneficios por colaboración eficaz (art. 413), mientras que el código procesal del año 2004 establece el principio de oportunidad.

Y para abundar en razones que descartan la afectación de derechos fundamentales del

procesado, la Corte ha admitido que ante el vigor simultáneo de dos normas procesales, las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004¹¹, resulta procedente aplicar esta última por favorabilidad a hechos ocurridos antes de su vigencia y viceversa, cuando se trata de institutos que no se oponen a la naturaleza del sistema acusatorio.

Concretamente, en el tema del monto de la rebaja de pena por terminación anticipada cuyo quantum es inferior en el proceso de la Ley 600 de 2000, determinó que:

«Es clara la analogía entre los institutos de la sentencia anticipada (CPP 2000, art. 40) y el allanamiento a los cargos del estatuto procesal de 2004, pues resultaban también similares los objetivos y motivos político criminales que inspiraron dichos mecanismos de la justicia premial.» (CSJ SP 14 nov. 2012, rad. 34015).

Por último, en cuanto al planteamiento del defensor sobre el derecho a la igualdad que le asiste al procesado CRISTIAN FERNANDO BORDA GÓMEZ, frente a Jairo Ramírez Murillo, conductor del camión de placas WZE 404 en el que transportaba 474 kilos de cocaína incautados en Bogotá el 12 de septiembre de 2006 resultando este último capturado en flagrancia, olvida el demandante precisar cuáles son las situaciones fácticas iguales frente a las cuales la justicia ha otorgado un tratamiento diverso.

En ese sentido, es evidente que la disimilitud en las circunstancias fácticas que originaron la captura de Ramírez Murillo, generaron la aplicación de un procedimiento diferente, pues es una verdad inconcusa que esta persona fue capturada en flagrancia en Bogotá cuando en el mes de septiembre de 2006,¹² fue hallado conduciendo un camión con cocaína, más no por la indagación previa que para esa época cursaba (por la Ley 600 de 2000) en contra de personas indeterminadas, luego, esa situación de flagrancia desligada de cualquier relación con la organización criminal de CRISTIAN FERNANDO BORDA GÓMEZ, hacía imposible que a aquél se le investigara junto con este bajo las normas procesales del año 2000, o viceversa.

En igual sentido, olvida mencionar el recurrente que solo en el 2008, dos años después de

la referida incautación (2006), se conoció dentro de la indagación preliminar que cursaba contra personas por individualizar -tramitada por la Ley 600 de 2000-, que la organización de CRISTIAN FERNANDO BORDA GÓMEZ era la propietaria del cargamento ilícito, luego, de ninguna manera puede concebirse que para ese momento la Fiscalía mutara el procedimiento para adaptarlo a los preceptos de la Ley 906 de 2004, dejando de lado las pruebas hasta allí recaudadas, pues el inicio de la actividad investigativa es el que marca el rumbo del procedimiento a seguir, como de tiempo atrás lo ha considerado esta Corporación:

Ya la iniciación de las pesquisas por los senderos de aquella normatividad marcará el rumbo definitivo del procedimiento a seguir. Piénsese en un secuestro cometido en un distrito judicial que aún estuviera bajo el régimen de la Ley 600 y dentro de ese contexto se recibe la noticia criminis, dándose inicio a una investigación previa y por su propia iniciativa en la misma resolución el fiscal ordena interceptación de líneas telefónicas, desde luego sin ningún control judicial específico pues no está normativamente previsto. Ya -sin duda- con ello, el servidor está ejerciendo funciones jurisdiccionales de las cuales carece en esencia bajo la Ley 906. Y mucho más si dentro de aquella fase preprocesal recibe por lo menos el testimonio de los parientes del secuestrado, como que en tal caso se estará ante el aporte de verdaderas pruebas (con vocación de permanencia) cuyo carácter o naturaleza no podría ser desconocido en adelante al tratar de variar el procedimiento hacia las nuevas reglas, y considerar ahora que aquellas versiones no ostenten la calidad de pruebas. (CSJ AP 9 jun.2008. Rad. 29586).

Ahora bien, la incoherencia del planteamiento del defensor se extiende a las consecuencias de la supuesta afectación al debido proceso, toda vez que solicita invalidar lo actuado desde la apertura de investigación, evento en el cual quedaría vigente la etapa de indagación preliminar en la que se recaudaron las pruebas que permitieron identificar a los posibles autores de las conductas punibles, así como el rol que cada uno cumplía en la empresa criminal que permaneció en el tiempo durante varios años, asunto del cual se ocupará la

Sala más adelante al estudiar la admisibilidad del segundo cargo subsidiario en el que se acusa la legalidad de las pruebas.

Conforme con lo anterior, no demuestra el demandante que al tramitarse la actuación bajo las ritualidades de la Ley 600 de 2000, se haya causado afectación a los derechos y garantías fundamentales del procesado.

Dentro del mismo cargo de nulidad, el impugnante enuncia, sin ningún desarrollo, que al procesado se le impusieron las penas fijadas para cada delito con los aumentos establecidos por la Ley 890 de 2004, razón de más, señala, para concluir que este proceso debió cursar al amparo de la Ley 906 de 2004.

El demandante contradice el principio de corrección material, que exige que las afirmaciones que sustentan el ataque consulten la realidad procesal, porque de la revisión de la sentencia se establece claramente que las penas impuestas corresponden a las más bajas deducidas para cada delito, sin tener en cuenta los aumentos punitivos previstos por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004. Así quedó consignado en el fallo: «el incremento punitivo dispuesto por la Ley 890 de 2004 no se aplica a aquellos eventos tramitados bajo el imperio de la Ley 600 de 2000...».

Es cierto que el fallador de primer grado incurrió en imprecisiones durante el proceso de tasación de las penas; no obstante, estas quedaron evidenciadas por el Tribunal que en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 59 del Código Penal fundamentó explícitamente los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de las sanciones, concluyendo que los errores del a quo condujeron a la imposición de una pena menor a la que realmente le correspondía a CRISTIAN FERNANDO BORDA GÓMEZ.

No obstante, resalta la Sala, la dosificación efectuada por el Tribunal, en la que concluyó que la pena a imponer al procesado BORDA GÓMEZ debió ser mayor a la deducida por el fallador de primera instancia, no afectó su situación debido a que el ad quem tuvo en

cuenta su condición de único recurrente.

Entonces, contrario a lo denunciado por el defensor, los errores en la tasación de las penas favorecen al procesado, toda vez que a pesar de haberse advertido por el Tribunal, no pudieron ser corregidos en estricto respeto al instituto de la reformatio in pejus que prohíbe modificar la sentencia en perjuicio del apelante único.

En efecto, en la imposición de las penas el a quo acudió al principio de favorabilidad escogiendo las sanciones más bajas establecidas por el legislador a lo largo del lapso dentro del cual los delitos de ejecución permanente continuaron ejecutándose. Para tal fin, pasó por alto ese despacho judicial que tratándose de delitos de ejecución permanente cuya comisión comenzó en vigencia de una ley y se continuó ejecutando hasta el advenimiento de una legislación posterior, se imponía la aplicación de ésta última en concordancia con el criterio jurisprudencial sentado por la Corte en sentencia del 25 de agosto de 2010, casación 31407. Dijo la Sala en esa oportunidad que

[T]ratándose de delitos permanentes cuya comisión comenzó en vigencia de una ley, pero que se postergó hasta el advenimiento de una legislación posterior más gravosa, se impone aplicar esta última normatividad, de acuerdo con las siguientes razones:

Primera, no tienen ocurrencia los presupuestos para dar aplicación al principio de favorabilidad por vía de la ultraactividad de la norma vigente para cuando inició el comportamiento, pues dicho principio se aplica cuando dos legislaciones en tránsito legislativo o coexistentes se ocupan de regular de manera diferente, entre otros casos, las consecuencias punitivas de un mismo comportamiento determinado, de modo que se acoge la sanción más beneficiosa para el procesado.

Siendo ello así, palmario resulta que no opera el mencionado principio tratándose de delitos permanentes, pues el tramo cometido bajo el imperio de una legislación benévola, no es el mismo acaecido en vigencia de una nueva ley más gravosa, en cuanto difieren, por lo menos

en el aspecto temporal, así se trate del mismo ámbito espacial, pues el tiempo durante el cual se ha lesionado el bien jurídico objeto de protección penal en vigencia de la nueva legislación más severa, es ontológicamente diferente del lapso de quebranto acaecido bajo el imperio de la anterior normatividad más benévola.

Segunda, si en materia de aplicación de las normas penales en el tiempo rigen los principios de legalidad e irretroactividad, en virtud de los cuales, la ley gobierna los hechos cometidos durante su vigencia, es claro que si se aplicara la norma inicial más beneficiosa, se dejaría impune, sin más, el aparte de la comisión del delito que se desarrolló bajo la égida de la nueva legislación más gravosa.

(...)

Cuarta, obsérvese que si a quienes comenzaron el delito en vigencia de la ley anterior se les aplicara la ley benévola de manera ultraactiva con posterioridad a su derogatoria, obtendrían un beneficio indebido, pues si otras personas cometieran el mismo delito en vigencia de la nueva legislación se les impondría esa pena más grave, trato desigual que impone corregir la inequidad, con mayor razón si en virtud del principio de proporcionalidad de la pena, el delito cuya permanencia se haya extendido más en el tiempo debe tener una sanción superior a la derivada de un punible de duración inferior.

Quinta, si uno de los propósitos de la lex previa se orienta a cumplir con la función de prevención general de la pena, en el entendido de que cuando el legislador dentro de su libertad de configuración normativa eleva a delito un determinado comportamiento está enviando un mensaje a la sociedad para que las personas se abstengan de cometer tal conducta, so pena de estar llamadas a soportar la sanción anunciada...

(...)

De conformidad con lo expuesto, concluye la Sala en primer lugar, que cuando se trata de

delitos permanentes iniciados en vigencia de una ley benévola pero que continúa cometiéndose bajo la égida de una ley posterior más gravosa, es ésta última la normativa aplicable, pues en tal caso no se dan los presupuestos para acoger el principio de favorabilidad, sino que opera la regla general, esto es, la ley rige para los hechos cometidos durante su vigencia.

En segundo término, si la situación es inversa, esto es, el delito permanente comienza bajo la vigencia de una ley más gravosa, pero posteriormente entra a regir una legislación más benévola, también se aplicará la nueva ley conforme con la anunciada regla, en cuanto expresión de la política criminal del Estado.

Lo anterior, en lo que atañe a las dos conductas punibles de ejecución permanente cuyas penas fueron acertadamente redosificadas por el ad quem, atendiendo el criterio de esta Corporación según el cual corresponde imponer la ley vigente al momento en que terminó de ejecutarse la conducta, así sea más gravosa.

Ya en la dosificación de la pena del delito de ejecución instantánea de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, efectivamente el aquo erró al imponer las penas aumentadas por la Ley 890 de 2004; yerro que, como se dijera en precedencia, fue corregido por el Tribunal al redosificarlas conforme a las sanciones que preveían los originales artículos 376 y 384 de la Ley 599 de 2000.

Y si bien encontró el Tribunal que las penas a las que fue condenado BORDA GÓMEZ son inferiores a las que legalmente le corresponden, no las modificó en sujeción al postulado non reformatio in pejus.

En síntesis, no es cierto, como lo plantea el defensor, que las penas impuestas a CRISTIAN FERNANDO BORDA GÓMEZ como autor de los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, en concurso con concierto para delinquir con fines de narcotráfico y lavado de activos, contengan los aumentos punitivos establecidos por el

artículo 14 de la Ley 890 de 2004 para las conductas juzgadas por el trámite de la Ley 906 de 2004.

Conforme con lo expuesto, se rechazará el cargo de nulidad planteado por el demandante como principal, ante la falta de acreditación de circunstancias que estructuren afectación al debido proceso.

Ahora bien, por guardar estrecha relación con lo antes dicho, la Sala se ocupará de verificar los requisitos formales del segundo cargo subsidiario, en el que se postula la violación indirecta de la ley 'por indebida aplicación del precepto que rige la práctica de la prueba'.

2.1. Cargo subsidiario. Violación indirecta de la ley

Con fundamento en el cuerpo segundo de la causal primera de casación prevista en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, el demandante acusa la ilegalidad de la sentencia para reclamar la indebida aplicación de las normas que rigen la práctica de la prueba en el contexto de la 'Ley 906 de 2004'.

Sin dar a conocer si la violación de las normas proviene de errores de hecho o de derecho, retoma parte de su argumento en el que sustentó la petición de nulidad, reprochando que las interceptaciones telefónicas ordenadas en la indagación preliminar en el año 2006, no hubieran surtido el procedimiento establecido en los artículos 235 y 237 de la Ley 906 de 2004.

Comoquiera que el reclamo no va dirigido a la estimación de las interceptaciones telefónicas, sino al supuesto desconocimiento de las formas legales preestablecidas para incorporar esas pruebas al proceso, es suficiente reseñar que los artículos 235 y 237 de la Ley 906 de 2004 que entiende indirectamente conculcados el demandante, no rigen la obtención de los medios probatorios dentro de procesos adelantados por la égida de la Ley 600 de 2000, cuya normatividad regula el tema en el artículo 301.

Ante la evidente inconsecuencia de lo actuado con lo reclamado por vía de casación, se impone la inadmisión del cargo, en tanto el demandante echa de menos la aplicación de unas normas propias del sistema de acusatorio (Ley 906 de 2004), a las pruebas ordenadas y practicadas bajo un proceso adelantado por la Ley 600 de 2000, cuyos rasgos estructurales imposibilitan la aplicación de aquellas por favorabilidad. Así se consideró en el fallo:

Mayor desatino se advierte cuando el representante judicial deprecia la nulidad por vulneración del principio de legalidad e invoca la exclusión de las pruebas al considerar que no fueron sometidas a control previo y posterior, pues como ha sido proclamado por la judicatura esta investigación se adelantó bajo el marco legal de la Ley 600 de 2000, procedimiento al cual es totalmente ajeno el control de los actos de investigación que se realizan en el marco del procedimiento penal con tendencia acusatoria; luego, con tal argumento se pretende la combinación de dos sistemas procesales, la aplicación de normas del sistema procesal con tendencia acusatoria a un proceso gobernado por la ley anterior de predominio inquisitivo¹³.

De manera que en la sentencia se patentizó la improcedencia del reclamo del impugnante, bajo el entendido de que a pesar de que en Colombia se encuentran vigentes en forma concurrente dos sistemas procesales penales, no es posible que en una misma actuación se apliquen normas de uno y otro trámite debido a la disimilitud de los sistemas, uno de características mixtas y el otro de marcada tendencia acusatoria, postura consolidada por la Sala de tiempo atrás:

No empece lo dicho, no resulta jurídicamente aplicable tal pregón, dada la distinta caracterización de uno y otro sistemas, referida -entre otros tópicos- a la permanencia de la prueba, los funcionarios que intervienen, los términos para adelantar las actuaciones, la forma de interposición y trámite de recursos, las funciones específicas de un juez de garantías, la imposibilidad para llevar a cabo negociaciones de pena, etc., todo lo cual

conduce inexorablemente a que se deba seleccionar una de las dos legislaciones para aplicarla in integrum, evitando la mezcla de procedimientos.

Así, las interceptaciones telefónicas cuya ilegalidad o ilicitud (como indistintamente lo plantea el demandante), reclama el defensor, obviamente no pueden someterse al control posterior de legalidad previsto en el artículo 237 de la Ley 906, en tanto si bien se recaudaron en el año 2006, la orden judicial se dio en la indagación preliminar que cursaba bajo los derroteros de la Ley 600 de 2000, cuya normatividad no prevé un juez con funciones de control de garantías.

De tiempo atrás la Sala ha considerado que el procedimiento por el cual se inicia la investigación es el mismo por el que debe adelantarse y terminar, y consecuentemente, la práctica probatoria se regirá por este:

Descartado, entonces, un tal fundamento en la búsqueda del procedimiento a seguir en el caso planteado, se inclina la Sala por acudir a criterios objetivos y razonables, edificados estos esencialmente en determinar bajo cuál de las legislaciones se iniciaron las actividades de investigación, la que una vez detectada y aplicada, bajo su inmodificable régimen habrá de adelantarse la totalidad de la actuación, sin importar que (al seleccionarse por ejemplo la Ley 600) aún bajo la comisión del delito -dada su permanencia- aparezca en vigencia el nuevo sistema.

Ya la iniciación de las pesquisas por los senderos de aquella normatividad marcará el rumbo definitivo del procedimiento a seguir. Piénsese en un secuestro cometido en un distrito judicial que aún estuviera bajo el régimen de la Ley 600 y dentro de ese contexto se recibe la notitia criminis, dándose inicio a una investigación previa y por su propia iniciativa en la misma resolución el fiscal ordena interceptación de líneas telefónicas, desde luego sin ningún control judicial específico pues no está normativamente previsto. Ya -sin duda- con ello, el servidor está ejerciendo funciones jurisdiccionales de las cuales carece en esencia

bajo la Ley 906. Y mucho más si dentro de aquella fase preprocesal recibe por lo menos el testimonio de los parientes del secuestrado, como que en tal caso se estará ante el aporte de verdaderas pruebas (con vocación de permanencia) cuyo carácter o naturaleza no podría ser desconocido en adelante al tratar de variar el procedimiento hacia las nuevas reglas, y considerar ahora que aquellas versiones no ostenten la calidad de pruebas.

Lo propio ocurriría si las indagaciones se inician bajo el procedimiento de las nuevas normas, pues el cambio de sistema de enjuiciamiento resultaría (al igual que en la hipótesis anterior) a más de refractario a un verdadero debido proceso, como la más clara muestra de las dificultades respecto -por ejemplo- del acopio de información, como que de las personas se obtendría información a través de entrevistas, mas no en calidad de verdaderos testimonios, surgiendo a la par dificultad en relación con la intervención de peritos, en la medida en que a sus conceptos -recogidos a la luz de la Ley 906- no podría dárseles el carácter de prueba como sí la tendrían bajo el imperio de la Ley 600. (CSJ AP 9 jun.2008. Rad. 29586 y 15 de julio de 2008, radicado. 30.191).

Ante la ausencia de argumentos que sustenten el cargo de violación indirecta de la ley, el cargo será rechazado.

2.2. Violación directa de la ley

Ha dicho la Sala, que cuando se elige este motivo de censura el casacionista tiene la carga de indicar si el error tuvo lugar por (i) falta de aplicación, (ii) aplicación indebida o (iii) interpretación errónea de una norma sustancial y, por consiguiente, señalar las disposiciones que resultaron infringidas. Adicionalmente, sus argumentos deben dirigirse única y exclusivamente a demostrar la equivocación en que incurrió el fallador de segundo grado al aplicar la normatividad al caso concreto y el estudio debe centrarse en un análisis estrictamente jurídico de la sentencia.

No es viable, al amparo de esta causal, discutir aspectos relativos a la valoración probatoria

o a la forma en que los hechos fueron considerados por los fallos de instancia, en tanto que el casacionista debe aceptarlos tal como se consignaron.

La censura propuesta no cumple con tales presupuestos por lo siguiente:

Aunque el defensor señaló que la norma de derecho sustancial que resultó infringida es el artículo 19 de la Ley 600 de 2000 que establece el principio de cosa juzgada, no explicó cómo tuvo lugar la trasgresión del ordenamiento jurídico, para en su lugar ocuparse de convencer a la Corte de que la pretensión defensiva, planteada también a las instancias y resuelta desfavorablemente, debió ser acogida para en su lugar “absolver” a CRISTIAN FERNANDO BORDA GÓMEZ.

No solo yerra el impugnante al pretender que como consecuencia del non bis in ídem se absuelva al procesado, pues es claro que el resultado jurídico procesal de la aplicación de este instituto es la configuración de una causal de extinción de la acción penal que imposibilita continuar con la actuación, sino que de manera incompatible reprocha frente a una misma norma (artículo 19 de la Ley 600 de 2000), su inaplicación e interpretación errónea.

En efecto, el supuesto yerro que el demandante contradictoriamente atribuye, en algunos apartes a la interpretación errónea del artículo 19 de la Ley 600 de 2000 que regula el principio de la cosa juzgada, y en otros, a la falta de aplicación de esta norma, objetivamente no pasa de ser una divergencia de opiniones porque las instancias determinaron que los hechos juzgados en los Estados Unidos de Norteamérica y por los cuales CRISTIAN FERNANDO BORDA GÓMEZ se encuentra purgando una pena de 25 años de prisión en ese país, no se identifican con los juzgados en este caso. Así lo consideró el fallador:

No se demostró dentro de este asunto que el hecho objeto de juzgamiento sea el mismo que motivó la solicitud de extradición, pues adviértase que la documentación allegada no

permite determinar con certeza que se trate de los mismos hechos aquí investigados, pues no se puede desconocer que la organización criminal que aquí se investiga delinquía tanto en territorio colombiano como en Venezuela y México, [objeto de juzgamiento] y no en lo atinente a Estados Unidos, de manera que las conductas ejecutadas en este último país son autónomas e independientes, si es que allí se recepcionaba el estupefaciente o se comercializaba, luego se infiere que la condena que actualmente cumple, no fue por las mismas conductas punibles aquí investigadas, máxime si se tiene en cuenta que la instructora fue clara en señalar al momento de dictar resolución de apertura de instrucción (Fol. 4 a 6 CO 1), que aunque la investigación se originaba en la compulsa de copias ordenada en la asistencia judicial No. 715657, los hechos objeto de la misma no tenían relación fáctica con los investigados por las autoridades de Estados Unidos y se referían a las circunstancias ocurridas en el territorio nacional.¹⁴

Bien se ve que la censura está orientada a llenar de razones la postura defensiva que no tuvo acogida en las instancias, acerca del presunto desconocimiento del principio non bis in ídem, pero sin acreditar que los hechos objeto de juzgamiento se identifican con los que motivaron la solicitud de extradición a Estados Unidos.

A cambio de ocuparse de evidenciar la identidad de causa, que según el impugnante se presenta con los hechos por los cuales CRISTIAN FERNANDO BORDA GÓMEZ fue condenado en los Estados Unidos de Norteamérica, se limita a insistir en que ello es así sin siquiera delimitar a cuáles conductas ilícitas se refiere, pues en esta actuación se investigaron y juzgaron diversas acciones, unas de ejecución permanente y otra, instantánea, que a su vez estructuran tres tipos penales, mientras que el juzgamiento en ese país fue por el punible de concierto para introducir a los Estados Unidos sustancia estupefaciente.

Tampoco expone el impugnante, cuál es, en su entender, el error en el que incurrió el fallador al descartar en este caso la aplicación del non bis in ídem. Más aún, omite informar que ese aspecto, además de haber sido resuelto desfavorablemente por las

instancias, fue perfectamente dilucidado por esta Corporación cuando emitió el concepto para la extradición de BORDA GÓMEZ, el 17 de junio de 2009, tal como lo reseñó el ad quem en la sentencia:

Según se desprende del contenido de la resolución del 4 de julio de 2008 por medio de la cual la Fiscalía 22 se impuso medida de aseguramiento por los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, concierto para delinquir y lavado de activos, lo habría sido sobre sucesos por completo diferentes a los que motivan la petición de extradición.

(...)

Si se cotejan estos acontecimientos y fechas que tienen que ver con la investigación que respecto de BORDA GÓMEZ adelanta la Fiscalía 22 de la UNAIM, con los precisados tanto en la acusación 07-65 de la Corte Distrital de los Estados Unidos para el distrito de Columbia como en la declaración jurada que en apoyo a la solicitud de extradición rindió un agente especial de la DEA, sin mayor dificultad se advertirá que son por completo diferentes, sin que coincida ninguna de las fechas concretadas en una y otra actuación

En tal sentido, es claro que el fallador declaró que los hechos por los cuales el procesado cumple una pena de prisión en los Estados Unidos, difieren de los aquí juzgados, razón por la cual, evidentemente no aplicó el artículo 19 de la Ley 600 de 2000, por considerar que no es la norma llamada a regular el caso, y menos pudo haberla interpretado erróneamente, como contradictoriamente lo postula el demandante.

Conforme con lo anterior, la Sala inadmitirá la demanda de casación, toda vez que incumple las exigencias formales y materiales para satisfacer cualquiera de los fines del recurso extraordinario, ante el desconocimiento del deber de precisión, claridad y carencia de un desarrollo adecuado que permita advertir un error evidente y trascendente en el juicio del juzgador, no sin antes advertir que revisada la actuación en lo pertinente, no se observó la presencia de alguna de las hipótesis que permitirían a la Corte obrar de oficio de

conformidad con el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal de 2000.

En virtud de lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,

RESUELVE

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de CRISTIAN FERNANDO BORDA GÓMEZ, conforme con las motivaciones plasmadas en el cuerpo de este proveído.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

- 1 Folio 83 y ss del cuaderno original n.º 1.
- 2 En sesiones realizadas los días 17, 18 y 20 de junio de 2008.
- 3 CSJ AP, 6 jul. 2011, Rad. 35486.
- 4 CSJ AP 3439, 25 junio 2014, Rad. 41752.
- 5 CSJ Sp4935-2016, 20 abr. Rad. 47048.
- 6 N.º 75624
- 7 13 de junio de 2008. C.o. 1. Fol. 83.
- 8 Fol. 203. C.o. 7
- 9 Corregimiento de Yacopí (Cundinamarca).
- 10 Folios 13 y 14 del fallo recurrido. Las negrillas las hace la Sala.
- 11 CSJ SP, 8 abr. 2008, rad. 25306; CSJ SP 13 abr. 2011, rad. 35946; CSJ AP. 22 feb. 2012, rad. 30777; CSJ SP 9 oct. 2013, rad. 35962, entre otros.
- 12 Cuaderno anexo n.º 11. Copias trasladadas del proceso 110016000027200600139.
- 13 Folio 24 del fallo recurrido.
- 14 Folio 32 del fallo de primera instancia.