



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado ponente

SP1326-2018

Radicación N° 51653

Aprobado acta N° 145

Bogotá, D. C., nueve (9) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Corte el recurso de casación presentado en nombre de los procesados RICARDO NIETO CLAVIJO y DAVID VEGA ZAMBRANO contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que confirmó el emitido en el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, mediante el cual fueron condenados como coautores de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, agravado.

I. SÍNTESIS FÁCTICA Y PROCESAL

1. Con base en los resultados de una indagación iniciada en julio de 2004, la Unidad de Antinarcóticos y de Interdicción Marítima de la Fiscalía estableció que un grupo de personas, entre otras, RICARDO NIETO CLAVIJO, DAVID VEGA ZAMBRANO,

JULIO CESAR ORTIZ MATEUS y HUMBERTO ORTIZ JAIMES¹, se frecuentaban de manera aleatoria y mantenían comunicación telefónica asidua con el fin de llevar a cabo actividades de tráfico de sustancias alucinógenas; además, tales labores le permitieron al citado ente develar que diferentes individuos del aludido clan intervinieron en la realización de cinco hechos constitutivos de esa conducta punible, a saber:

El envío e ingreso de ciento diez (110) kilogramos de clorhidrato de cocaína a Estados Unidos de Norte América, incautados el 2 de febrero de 2005 en Miami, junto con diez mil (10.000) dólares.

La remisión en un vuelo que salió de Buenos Aires (Argentina) hacia Bruselas (Bélgica), de ciento cincuenta y cuatro (154) “*dediles*” contentivos de clorhidrato de cocaína, los cuales eran trasportados por una pareja en el interior de sus aparatos digestivos, los cuales fueron aprehendidos el 26 de febrero del mismo año en el aeropuerto de Zaventem (Bruselas).

La posesión de quince mil cien (15.100) kilogramos de clorhidrato de cocaína que fueron decomisados el 12 de mayo del citado año en desarrollo de una operación denominada “*Mangosta*”, adelantada por el Batallón Fluvial N° 70 de la Armada Colombiana en coordinación con la Policía Nacional, en el sitio conocido como Bocas de Congal, San Jacinto Milagro y Los Esteros (Guabal – Nariño).

El envío a Holanda en el barco MAERSL OLUF (el cual cubría la ruta Guayaquil-Balboa-Rotterdam) del contenedor UXXU431796-4, en

¹ De esa cofradía también hacían parte Rodrigo Henao Ramírez, Orlando Alfredo Leguizamo, Jesús Humberto Ricardo Rojas, Jorge Humberto Gonzáles Callejas, Wilson Díaz Vargas, Fredy Alonso Díaz Vargas, y Uwe Wagener Silva.

cuyo interior, camuflados en un cargamento de cacao, fueron decomisados el 9 julio de 2005 en el puerto de Rotterdam (Holanda), doscientos veinticinco (225) kilogramos de clorhidrato de cocaína.

Finalmente, la incautación el 24 de septiembre del mismo año, en Porto de Belem (Brasil) por parte de autoridades de ese país, de doscientos diecisiete (217) kilogramos de cocaína.

Igualmente la Fiscalía estableció que algunos de los concertados, llevaban a cabo diversos movimientos a nivel nacional e internacional con significativas cantidades de divisas que eran entregadas y recibidas en distintos sitios, o a través de productos financieros en diversos bancos, dinero que tenía su origen en el obrar al margen de la ley de los implicados.

2. Con ocasión de lo anterior, el 20 de octubre de 2005 la Fiscalía General de la Nación abrió formalmente investigación y ordenó, previa captura, la vinculación mediante indagatoria, entre otros, de RICARDO NIETO CLAVIJO, DAVID VEGA ZAMBRANO, Julio Cesar Ortiz Mateus y Humberto Ortiz Jaimes², a quienes tras resolverles el 2 de noviembre siguiente la situación jurídica de manera provisional³, el 13 de abril de 2007 les formuló resolución de acusación en los siguientes términos⁴:

² Cuaderno original 6, folio 236. Cuaderno original 7, folios 24-97.

³ Cuaderno original 8, folio 175.

⁴ Cuaderno original 23, folio 1-59. Se destaca que éste pronunciamiento no se ocupó de la situación de Jesús Humberto Ricardo Rojas y Jorge Humberto Gonzáles Callejas porque ellos aceptaron los cargos atribuidos en la injurada y al resolverles su situación jurídica; además respecto de Wilson y Fredy Alonso Díaz Vargas —*quienes también aceptaron cargos por concierto con fines de lavado y lavado de activos*— se precluyó la investigación por los delitos de concierto para delinquir con fines de narcotráfico y tráfico de estupefacientes, y respecto de Uwe Wagener Silva la acusación se limitó al delito de tráfico de estupefacientes por los hechos de Holanda (fol. 56 y 57).

2.1. En relación con DAVID VEGA ZAMBRANO como coautor de concierto para delinquir con fines de traficar sustancias alucinógenas, en concurso con la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, agravado, por su participación en la “*adquisición, ofrecimiento, venta y exportación*” de los diez (10) kilos de cocaína incautados en Miami, Estados Unidos, el 2 de febrero de 2005, conductas atribuidas de conformidad con la Ley 599 de 2000, artículos 340, inciso segundo, 376 y 384, numeral 3⁵.

2.2. Dado que RICARDO NIETO CLAVIJO se acogió a sentencia anticipada por el delito de concierto para delinquir con fines de narcotráfico, el pliego de cargos respecto de él giró acerca de la realización de las “*acciones punibles de adquirir, ofrecer y sacar estupefacientes del país*” debido a que estuvo pendiente y coordinando el viaje de las dos personas capturadas en Bélgica con cocaína en su aparato digestivo el 26 de febrero de 2005, y porque el ente investigador entendió que el lenguaje cifrado que empleaba en diversas conversaciones telefónicas interceptadas se refería a otras acciones delictivas semejantes, razón por la que concluyó que “*los envíos superaron los cinco kilos*”, y en consecuencia le endilgó el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en modalidad agravada según los artículos 376 y 384, numeral 3, de la Ley 599 de 2000⁶.

2.3. Frente a Julio Cesar Ortíz Mateus, como también optó por el mecanismo de sentencia anticipada en relación con los delitos de lavado de activos y concierto para delinquir con fines de narcotráfico, la acusación se estructuró sobre la base de que aquél y otro procesado (Uwe Wagener Silva) sostuvieron

⁵ Ídem, folios 35-40.

⁶ Ídem, folios 41-46.

conversaciones entre sí y con otros implicados de cuyos contenidos se desprende que estaban pendientes del tráfico de drogas frustrado con el decomiso de cocaína ocurrido en Holanda el 12 de mayo de 2005, y que luego de ese suceso también se pusieron en contacto para intentar la recuperación del alcaloide, razón por la que se le atribuyó el delito de tráfico de estupefacientes agravado, de acuerdo con los artículos 376 y 384, numeral 3°, de la Ley 599 de 2000⁷.

2.4. Finalmente, puesto que contra Humberto Ortíz Jaimes las pruebas eran demostrativas de que las actividades desarrolladas por él en la confabulación criminal se orientaron a legalizar el dinero producto del tráfico de estupefaciente, el ente investigador lo gravó con pliego de cargos en calidad de coautor de concierto para delinquir con fines de lavado de activos y lavado de activos, de conformidad con los artículos 323-4 y 340-2 de la Ley 599 de 2000⁸.

El reseñado pliego de cargos fue confirmado integralmente el 27 de junio de 2008, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por los defensores de los encausados⁹.

3. La causa la asumió el 28 de enero de 2009 el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Bogotá¹⁰, etapa en la que en su desarrollo y por solicitud del defensor de DAVID VEGA ZAMBRANO, el funcionario de conocimiento mediante decisión de 25 de julio de 2012, en aplicación del *non bis in idem*, cesó todo procedimiento en favor de ese procesado, con base en que éste fue extraditado a ese país a raíz del decomiso

⁷ Ídem, folios 56 y 57.

⁸ Ídem, folios 46-54.

⁹ Cuaderno original segunda instancia Fiscalía, folios 8-84.

¹⁰ Cuaderno original 24, folio 6.

de estupefacientes ocurrido en la ciudad de Miami – La Florida (Estados Unidos) el 2 de febrero de 2005, para responder en juicio por concierto para traficar con drogas alucinógenas y tráfico de estupefacientes (cargo uno) y lavado de activos (cargo dos), y con base en su allanamiento ante las respectivas autoridades fue condenado por el primer cargo (y desestimado el segundo), conforme se acreditó con los documentos anexos a la respectiva petición.

Además, el a-quo de oficio extendió los efectos del pronunciamiento a RICARDO NIETO CLAVIJO, Julio Cesar Ortíz Mateus y Humberto Ortíz Jaimes, por cuanto estos también fueron extraditados por el mismo aludido suceso a los Estados Unidos de Norte América, y condenados allí, los dos primeros por el primer cargo, y el tercero por el segundo cargo, según sus respectivos allanamientos.

En esencia la razón para esa determinación se basó en que el fallador de primer grado encontró identidad personal y fáctica entre los hechos juzgados en Estados Unidos de Norte América, y los atribuidos en Colombia a todos los antes citados en la acusación de 13 de abril de 2007, ya que en está el instructor *“...tuvo elementos de juicio para inferir que entre junio de 2004 y octubre de 2005, los implicados actuaron al servicio de una asociación delictiva, confinada a coordinar envíos por mar y aire de cargamentos con sustancias ilícitas a diferentes destinos internacionales, los cuales fueron importados hacia los Estados Unidos y específicamente hacia el Sur de La Florida, con el objeto de comerciar y vender los alcaloides, para luego distribuir las ganancias”*¹¹.

3.1. La referida determinación fue apelada por el fiscal delegado de la UNAIM, y la Sala Penal de Extinción del

¹¹ Cuaderno original 26, folios 1–58.

Derecho de Dominio del Tribunal Superior de Bogotá, el 19 de octubre de 2012 la revocó parcialmente, al considerar que el requisito de identidad fáctica en verdad no se satisfacía en el presente asunto porque “...las autoridades judiciales del país requirente (Estados Unidos en este caso), investigaron y juzgaron de manera exclusiva las conductas delictivas que se ejecutaron en su territorio...”, mas no los hechos referentes a los decomisos de droga ocurridos en Bélgica, Colombia, Holanda y Brasil expresados en la resolución de acusación emitida por la Fiscalía en Colombia.

De acuerdo con lo anterior dejó vigente la cesación de procedimiento en favor de los procesados “...en lo que atañe a la incautación de diez kilogramos de clorhidrato de cocaína y US 10.000 el 2 de febrero de 2 febrero de 2005 en la ciudad de Miami”, pero ordenó continuar el procedimiento “...en contra de David Vega Zambrano por los delitos de Concierto para delinquir con fines de narcotráfico y Tráfico, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, de conformidad con los artículos 340 y 376 del Código Penal concordado con el numeral 3° del artículo 384 ibídem, por los hechos relacionados en la resolución de acusación ocurridos en Bélgica, Colombia, Holanda y Brasil”, lo mismo que contra los encausados NIETO CLAVIJO y Ortíz Jaimes por la última conducta punible y en relación con los cuatro aludidos acontecimientos, así como contra Ortíz Jaimes por concierto para delinquir con fines de lavado de activos y lavado de activos, ambos agravados¹².

3.2. De regreso la actuación en el juzgado de conocimiento, una vez agotado el debate probatorio, en desarrollo de la sesión de audiencia pública celebrada el 9 de mayo de 2014, el Delegado de la Fiscalía propuso la “*variación de la calificación jurídica de los cargos*” con base en lo resuelto por el

¹² Cuaderno del Tribunal, folios 6–40.

Tribunal en la decisión de 19 de octubre de 2012, y arguyendo que la modificación tenía sustento en “*el mismo objeto fáctico... consignado en la resolución de acusación*”, motivo por el que concretó su pretensión punitiva así¹³:

3.2.1. Respecto de DAVID VEGA ZAMBRANO como coautor de concierto para delinquir con fines de tráfico de sustancias alucinógenas, y de la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes “*en concurso homogéneo en relación de las conductas de Bélgica, Colombia, Holanda y Brasil*”;

3.2.2. En cuanto a RICARDO NIETO CLAVIJO y Julio Cesar Ortiz Mateus les atribuyó ser coautores de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes “*en concurso homogéneo en relación de las conductas de Bélgica, Colombia, Holanda y Brasil*” y a la vez “*heterogéneo con concierto para delinquir con fines de narcotráfico*”;

3.2.3. Y en relación con Humberto Ortiz Jaimes reiteró la calificación como coautor del concurso heterogéneo compuesto por los delitos de lavado de activos y concierto para delinquir con fines de lavado de activos.

4. Luego de surtirse el rito inherente al mecanismo de la variación de la calificación jurídica, la juez de conocimiento dictó sentencia de primera instancia el 8 de marzo de 2016¹⁴, la cual, por omisión sustancial en su parte resolutive, adicionó el 4 de abril¹⁵. Las decisiones adoptadas fueron las siguientes:

4.1. Pese a que en relación con el delito de concierto para delinquir tanto con fines de narcotráfico como de lavado de

¹³ Cuaderno original 28, folios 73-77.

¹⁴ Cuaderno original 35, folio 56-176.

¹⁵ Ídem, folios 97-201.

activos, la Juez en las consideraciones estudió el fenómeno de la extinción de la facultad punitiva por el transcurso del tiempo y lo halló configurado, en la parte resolutive declaró prescrita la acción penal y la respectiva cesación de procedimiento en favor de VEGA ZAMBRANO, NIETO CLAVIJO, Ortiz Mateus y Ortiz Jaimes únicamente frente al delito de concierto para traficar, conducta que no le fue imputada al último de los citados.

4.2. A DAVID VEGA ZAMBRANO el a-quo lo declaró coautor de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, en relación con la cocaína incautada el 12 de mayo de 2005 en Nariño (Colombia), y por ello le impuso como penas principales doscientos (200) meses de prisión y multa equivalente a tres mil (3.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Por otra parte, lo absolvió de la misma conducta punible frente a los decomisos de alcaloide ocurridos en Bélgica, Holanda y Brasil, el 26 de febrero, 9 de julio y 24 de septiembre de 2005, respectivamente.

4.3. En cuanto a RICARDO NIETO CLAVIJO lo declaró coautor de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, agravado en relación con el clorhidrato de cocaína decomisado el 12 de mayo de 2005 en Nariño (Colombia), en concurso homogéneo con el mismo punible, pero sin la agravación, frente al suceso que culminó con la sustancia alucinógena incautada 26 de febrero de 2005 en Bélgica, razón por la que le impuso las penas principales de doscientos diez (210) meses de prisión y multa equivalente a tres mil ciento cincuenta (3.150) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Igualmente lo absolvió del aludido comportamiento en cuanto a los hechos vinculados con los decomisos de estupefacientes

ocurridos en Holanda y Brasil, el 9 de julio y 24 de septiembre de 2005, respectivamente.

4.4. Frente a Julio Cesar Ortíz Mateus la declaración de responsabilidad la concretó como coautor por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en cuanto a los hechos relacionados con la cocaína incautada en Nariño (Colombia) y en Holanda, en su orden, el 12 de mayo y 9 de julio de 2005, motivo por el que le infligió como penas principales doscientos veinte (220) meses de prisión y multa equivalente a tres mil trescientos (3.300) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Igualmente lo absolvió de la conducta punible en cuestión respecto de los sucesos concernientes a los decomisos de alucinógenos acaecidos en Bélgica y Brasil, el 26 de febrero y 24 de septiembre de 2005, respectivamente.

4.5. Por último, a Humberto Ortíz Jaimes lo condenó en calidad de coautor del delito de lavado de activos provenientes del narcotráfico, y en consecuencia le impuso las penas principales de ciento veinte (120) meses de prisión y multa de mil (1000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

4.6. A todos los antes citados el a-quo los gravó con la sanción accesoria de ley por igual lapso de la privativa de la libertad de cada uno y les negó los subrogados penales por ausencia del requisito objetivo.

5. Contra el expresado pronunciamiento interpusieron recurso de apelación los defensores de los citados acusados, y la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá lo resolvió el 10 de julio de 2017 en el sentido de confirmar integralmente la

decisión atacada¹⁶, fallo de segunda instancia respecto del cual los mismos sujetos procesales, en tiempo, formularon y sustentaron el recurso extraordinario de casación¹⁷.

6. El pasado 7 de febrero la Corte rechazó (AP466-2018) las demandas de casación formuladas por los defensores de Humberto Ortiz Jaimes y Julio Cesar Ortiz Mateus, así como los dos cargos principales y el primero subsidiario alegados en el libelo allegado en nombre de RICARDO NIETO CLAVIJO y DAVID VEGA ZAMBRANO, y declaró ajustado a derecho el cargo segundo subsidiario del respectivo libelo, motivo por el que ordenó correr el traslado de rigor a la Procuraduría General de la Nación, entidad de la que se obtuvo el respectivo concepto¹⁸.

II. LA DEMANDA

7. En el cargo segundo subsidiario el actor invoca como motivo de casación la causal segunda del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, bajo cuyo amparo sostiene la violación del principio de congruencia porque en la diligencia de indagatoria, al resolver de manera provisional la situación jurídica, o en la acusación, a sus representados no les fue puesto de presente ni se especificó en qué consistió su intervención en los sucesos relacionados con el decomiso de droga ocurrido en Nariño, vulnerando ello el debido proceso y su derecho de defensa.

Puntualiza que el cargo es trascendente porque debido a ese yerro se impidió a sus prohijados defenderse de la

¹⁶ Cuaderno del Tribunal, folios 62-161.

¹⁷ Ídem, folios 195-250, 251-286, y Cuaderno del Tribunal II, folios 2-71.

¹⁸ Cuaderno Corte, folios 8-51 y 66-93.

atribución de responsabilidad frente a ese hecho, e incluso acogerse a la figura de sentencia anticipada, como quiera que solo se tuvo noticia de la incriminación al ser variada la calificación jurídica de la conducta en la audiencia de juzgamiento.

Como colofón solicita casar la sentencia por el yerro advertido y absolver a los procesados respecto del delito de tráfico de estupefacientes inherente a la incautación de droga ocurrida el 12 de mayo de 2005 en el departamento de Nariño.

III. CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

8. La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, luego de transcribir los hechos, de resumir la actuación, y de citar fragmentos de la resolución de acusación, de la providencia que la confirmó, del fallo de primer grado, así como de apartes de decisiones de esta Sala acerca del principio de congruencia, concluye que en el presente asunto “*la doble presunción de aserto (sic) y legalidad de que vienen revestidas las sentencias no logra resquebrajarse a partir de los argumentos expuesto por el censor*”, *razonamiento* con base en el cual solicita no casar la sentencia impugnada.

IV. CONSIDERACIONES

9. Previamente impera señalar que de acuerdo con la doctrina de esta Sala, una vez ha declarado la respectiva demanda ajustada a derecho al superar los defectos lógico

argumentativos del cargo, en armonía con los fines del recurso extraordinario de casación (artículo 206 de la Ley 600 de 2000) lo procedente es resolver los problemas jurídicos evidenciados, bien con sujeción a la queja, o los advertidos a raíz del examen de la actuación.

En el presente evento el censor acudió a la causal segunda de casación para denunciar la incongruencia entre la acusación y la sentencia.

De cara a lo anterior, por cuanto el pliego de cargos o resolución de acusación constituye en la sistemática penal un acto sustancial y estructural del debido proceso, como lo ha repetido de manera insistente la Corte, a través del cual es obligación delimitar de manera clara e inequívoca los extremos personal, fáctico y jurídico de la pretensión punitiva del Estado frente al infractor de la ley penal, se impone establecer exactamente cómo quedaron en el presente asunto esos referentes en relación con los demandantes.

10. Dígase, entonces, que en la resolución de 13 de abril de 2007 mediante la cual fue calificado el mérito probatorio, el fiscal del caso, tal y como puede constatarse en las consideraciones plasmadas en los folios 27 a 30, en términos generales adujo que los medios de prueba establecían “...la existencia de un grupo de personas (entre ellas , los aquí procesados) con claros nexos entre sí...”, respecto de quienes el hecho de que “...se conozcan y mantengan vínculos continuos y estrechos ninguna importancia tendría, sino fuera porque tales vínculos nacen para la realización de infracciones penales, develadas a partir de la escucha de sus continuas conversaciones... sugestivas de narcotráfico... Presunción que se ha visto confirmada con creces, como que se obtuvo el conocimiento y posterior confirmación de la ejecución de cuando menos cinco oportunidades en las

que distintas personas de ese círculo determinaron o ejecutaron algunos de los comportamientos que sanciona el artículo 376 del Código Penal...¹⁹
(subrayado ajeno al texto).

Sobre esa base se ocupó en seguida de referir el contenido de diferentes interceptaciones telefónicas, destacando que las mismas están “...plagadas de sobreentendidos y expresiones alusivas a asuntos, lugares y situaciones que responden a un lenguaje encriptado que la experiencia en este tipo de investigaciones muestra como propio de organizaciones delincuenciales que requieren de un código propio para camuflar sus actividades a personas ajenas a ellas y en especial a las autoridades...”²⁰, y que esos “...diálogos analizados en contexto acreditan que estas personas y sus relacionados estaban dedicados al tráfico de sustancias prohibidas, que no son otras que estupefacientes...”²¹ de acuerdo con la “...ocurrencia de las cinco incautaciones que acreditan más allá de duda la gestión cumplida por esta organización delictual...”²², “...con permanencia en el tiempo, conformada por personas unidas por el interés común y exclusivo de concretar negocios de narcotráfico, con la cohesión, infraestructura y presupuesto para ejecutarlos, al punto que cuando menos cinco de tales negocios fueron plenamente establecidos por las autoridades nacionales y extranjeras...”²³.

10.1. Luego, en acápite separado el instructor acometió la individualización de la responsabilidad de cada uno de los procesados; y así, tras señalar los diálogos que comprometían a DAVID VEGA ZAMBRANO como integrante de la agrupación delictiva²⁴, acerca de su concreta participación en alguna de las cinco actividades de narcotráfico investigadas, precisó:

Obra igualmente prueba que el señor VEGA ZAMBRANO ejecutó comportamientos constitutivos de tráfico, fabricación o porte de

¹⁹ Cuaderno original 23, folios 27-30.

²⁰ Ídem, folio 31.

²¹ Ídem, folio 32.

²² Ídem, folio 33.

²³ Ídem, folio 33.

²⁴ Ídem, folios 35-37.

estupefacientes.

Ellos se contraen a la adquisición, ofrecimiento, venta y exportación de cocaína en cuando menos 10 kilos incautados en la ciudad de Miami, Florida, el 2 de febrero de 2005 por las autoridades de ese país, quienes igualmente decomisaron US 10.000 involucrados en la misma transacción (subrayado ajeno al texto).

La certeza de esta gestión surge de la escucha y análisis de las conversaciones que sostuvo éste individuo con RODRIGO HENAO RAMÍREZ o “Cristina” y JESUS HUMBERTO RICARDO ROJAS, y de las de éste con JOSÉ SANTIESTEBAN y sus relacionados, antes y después de ese hecho, además de la atribución expresa de esa gestión que le hizo el señor RICARDO ROJAS durante su indagatoria²⁵.

Y tras referir someramente el contenido de los aludidos medios de convicción circunscritos a ese específico suceso²⁶, concluyó de la siguiente manera la atribución fáctica y jurídica contra éste procesado:

Todos estos elementos de juicio llevan a la Fiscalía a predicar la responsabilidad del señor DAVID VEGA ZAMBRANO como autor a título de dolo en los delitos de concierto para delinquir, con fines de narcotráfico, en concurso con el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, agravado en los términos del artículo 384, numeral 3º, del Código Penal, porque la cantidad de cocaína objeto de la transacción que se le atribuye, acontecida en Miami, USA, el 2 de febrero de 2005, superó los 5 kilogramos de estupefacientes; infracciones contempladas en los artículos 340 y 376 del Código Penal, en su orden (subrayado ajeno al texto)²⁷.

10.2. El fiscal del caso luego pasó a estudiar la situación de RICARDO NIETO CLAVIJO, con la aclaración previa y expresa en el sentido de que como éste en la instrucción aceptó responsabilidad frente al cargo de concierto para delinquir con fines de narcotráfico, se ocuparía sólo de las pruebas demostrativas de su intervención en el delito de tráfico,

²⁵ Ídem, folios 37.

²⁶ Ídem, folios 38 y 39.

²⁷ Ídem, folio 39.

fabricación o porte de estupefacientes²⁸, análisis que concretó únicamente en cuanto a su participación en el envío a Bruselas (Bélgica) de ciento cincuenta y cuatro (154) “*dediles*” con clorhidrato de cocaína (cerca de dos kilos), ingresados a ese país a través de una pareja (Ana Josefa Peña Suárez y Cándido Prieto) que los llevaba en el interior de sus aparatos digestivos, la cual arribó en un vuelo proveniente de Buenos Aires (Argentina), y fue aprehendida el 26 de febrero de 2005 en el aeropuerto de Zaventem (Bruselas)²⁹.

Después se refirió el instructor al contenido de tres llamadas telefónicas interceptadas el 25 de abril (#139), el 1 de junio (# 154) y el 29 de septiembre de 2005 (# 239), de las que transcribió fragmentos de los “*términos cifrados*” en los que el precitado con su interlocutor comenta: en la primera, la “*posibilidad*” de que determinadas personas lleven a “*Barajas*” “*siete mil quesos dos veces por semana*”; en la segunda se refiere a “*un negocio en curso que ha tenido algunos inconvenientes porque los accionistas (El Capi y El Canoso) tuvieron problemas que estarán resolviendo*”; y la tercera, en la que señala que ha suspendido “*sus actividades por un problema relacionado con JULIO LOZANO, patrono del viejo EUDOCIO*”, diálogos que aun cuando no ilustran la época o lugar de determinado suceso de tráfico de estupefacientes, ni se relacionan con alguno de los otros cuatro casos investigados, para el fiscal, por las “*expresiones usadas en ellos*”, resultaron indicativos de que las “*actividades no son otras que la adquisición y venta de estupefacientes*”, lo cual lo llevó a concluir que el acusado “*ejecutó las precisas acciones de adquirir, ofrecer, vender y sacar estupefacientes del país*”, por cuanto “*las conversaciones que se reseñaron no dejan duda acerca de que el tema tratado es el tráfico de estupefacientes, y ha sido criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia*

²⁸ Ídem, folio 41.

²⁹ Ídem, folios 41-43.

*que la incautación no es el único medio probatorio que permite determinar la materialidad del delito de tráfico de estupefacientes, dada la libertad probatoria que rige el proceso penal colombiano*³⁰.

Con base en ello el instructor concretó la atribución fáctica y jurídica contra el citado, así: “...los elementos de juicio reseñados vistos en contexto permiten atribuirle su responsabilidad en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes que tipifica el artículo 376 del C.P., agravado conforme al inciso 3 del art. 384 siguiente, en razón a la recurrencia de los negocios, los destinos de la mercancía que enviaban, esto es, cocaína, y los montos que en algunos de ellos se mencionan, llevan a concluir que los envíos superaron los cinco kilos de esa sustancia que menciona la norma últimamente citada”³¹.

10.3. Consecuente con lo anterior, en la parte resolutive la acusación quedó de la siguiente manera. Contra:

...DAVID VEGA ZAMBRANO... como coautor y en grado de culpabilidad doloso de los delitos de concierto para delinquir con fines de narcotráfico y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, agravado... delitos previstos en su orden en los artículos 340 y 376 del Código Penal, concordado con el numeral 3° del artículo 384 del mismo estatuto, de acuerdo a lo plasmado al interior de la presente resolución.

*...RICARDO NIETO CALVIJO... como coautor de la conducta dolosa de fabricación o porte de estupefacientes del artículo 376 del C.P., agravada en los términos del artículo 384, numeral 3, del Código Penal, dadas las consideraciones impuestas al interior del presente calificadorio*³².

11. La acusación así delimitada respecto de los citados fue apelada por sus respectivos defensores³³ (así como por los de otros procesados), y la impugnación fue resuelta el 27 de junio de

³⁰ Ídem, folios 43-45.

³¹ Ídem, folios 45 y 46.

³² Ídem, folios 58 y 59.

³³ Ídem, folios 67, 78, 107-113, 143-156.

2008 por la Unidad de Fiscalías Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá.

11.1. La apoderada de NIETO CLAVIJO, criticó la atribución de responsabilidad contra aquél frente al suceso relativo al decomiso de estupefacientes el 26 de febrero de 2005 en Bruselas (Bélgica), y expresamente cuestionó las deducciones hechas por el fiscal de primer grado con base en el contenido de las llamadas telefónicas interceptadas el 25 de abril (#139), el 1 de junio (# 154) y el 29 de septiembre de 2005 (# 239), por cuanto aquéllas “...constituyen prueba del delito por el cual mi defendido se acogió a sentencia anticipada por concierto para delinquir con fines de narcotráfico, más no PRUEBAN el envío específico y concreto de droga...”, y destacó cómo por la ambigüedad de los aludidos diálogos la causal de agravación carecía de acreditación, pues el cargo probado en concreto “...por narcotráfico impuesto a NIETO es solamente el relacionado con Bélgica, que como ya se dijo y se PROBÓ lo incautado allí es 2.200 kilos (gramos), y los cargos impuestos a los demás sindicados versan sobre incautaciones en las que no logró el despacho establecer la relación de NIETO con dichas incautaciones”³⁴.

11.2. Por su parte el apoderado de VEGA ZAMBRANO se limitó a cuestionar la validez de las interceptaciones telefónicas empleadas para sustentar la acusación, aduciendo que como en relación con los correspondientes audios el perito forense dictaminó que no eran aptos para cotejo de voz, esos medios de prueba devenían inexistentes³⁵.

11.3. La Fiscalía de segunda instancia al ocuparse de los aspectos cuestionados por aquéllos, consideró, en esencia y con cita de los folios en los que obran los contenidos de las

³⁴ Ídem, folios 110 y 111.

³⁵ Ídem, folios 143 y 156.

llamadas interceptadas a los procesados en las que “...aluden en lenguaje de sobreentendidos y claves...” a la “...mercancía objeto de sus negociaciones...”³⁶ —mismas que sirvieron de fundamento para atribuirles el delito de concierto para delinquir—, que la responsabilidad de aquellos “...no se contrae únicamente...” a los puntuales casos en los que se concretó su intervención, sino que por esos mismos contenidos “...fluye el agotamiento de operaciones ilegales realizadas entre los encartados...”, a la vez que dichos medios de prueba “...conducen necesariamente al codominio de esta dinámica delictual... pues entre sí con unos y otros de los mismos agrupados en la empresa delictual, por comunes designios compartieron bajo distribución de tareas la actividad adecuada a los verbos rectores de la conducta descrita en el artículo 376 del C.P., con radio de acción nacional y trasnacional...”³⁷.

Con base en lo anterior le impartió confirmación al pliego de cargos de primera instancia.

12. Tal como se indicó en la síntesis de la actuación, en el juicio, el fiscal del caso acogiendo una decisión previa del Tribunal propuso la “*variación de la calificación*”³⁸, y con base en la lectura de diversos apartes del pliego de cargos de primera instancia, le atribuyó a NIETO CLAVIJO y VEGA ZAMBRANO la condición de coautores de:

*...tráfico de estupefacientes de que trata el artículo 376 y numeral 3 del artículo 384, en concurso homogéneo por los hechos el 26 de febrero de 2005 en Bruselas, del 12 de mayo de 2005 en Bocas del Congal en Nariño, del 9 de julio de 2005 en Rotterdam, Holanda, y el 24 de septiembre de 2005 en Porto Belén, Brasil, y en concurso heterogéneo con concierto para delinquir con fines de narcotráfico de que trata el artículo 340 del Código Penal...*³⁹

³⁶ “caramelos”, “quesos”, “productos”, “camisas”, “lechugas”, “paquetes”, “cajas”, “candados”. Cuaderno original Fiscalía 2ª Inst. folio 69.

³⁷ Cuaderno original Fiscalía 2ª Inst. folio 66-78.

³⁸ Cuaderno original 28, folios 73-77. CD. Contentivo del registro de video de la audiencia de 9 de mayo de 2014, minuto 04:50 a 26:20

³⁹ Ídem, minuto 11:30 a 12:16.

13. La anterior recapitulación inherente a la concreción de la pretensión punitiva del Estado en este asunto, con sujeción a las reglas procesales de la Ley 600 de 2000 que lo gobernó, evidencian la estructuración cierta y objetiva del vicio denunciado, toda vez que en verdad en el acto de acusación a NIETO CLAVIJO y VEGA ZAMBRANO no les fue especificada, y menos atribuida, una concreta intervención u aporte objetivo en la realización del delito de tráfico, fabricación o porte estupefacientes referido al decomiso de una tal sustancia el 12 de mayo de 2005 en territorio colombiano, más concretamente en el sitio conocido como Bocas del Congal, San Jacinto Milagro y Los Esteros (Guabal – Nariño).

13.1. Vale la pena recordar que en la sistemática penal la acusación o pliego de cargos como eslabón del debido proceso, constituye un acto sustancial en el que se definen los contornos fáctico, jurídico y personal de la pretensión punitiva del Estado respecto de un ciudadano, de suerte que una vez hecha la respectiva manifestación con las formalidades de ley, ella se erige en ley en tanto el acusado adquiere la certeza de que es frente al comportamiento (acción u omisión) reprochado que debe ejercer su derecho de defensa en el juicio, sin que pueda ser condenado por una conducta distinta a la concretada, es decir adquiere la seguridad de que no recibirá un fallo adverso por aspectos no atribuidos en esa resolución, y a su vez es igualmente carga del aparato judicial en esa fase quebrar la presunción constitucional de inocencia que ampara a éste, de donde deviene que ese acto debe estar depurado de vacíos y ambigüedades que resulten lesivas de las citadas garantías.

Desde esa perspectiva, la precisión de la acusación constituye una barrera que le impide al juez agravar la

situación del acusado para sustentar su responsabilidad en hechos o circunstancias no discutidos ni deducidos en forma expresa en ese acto procesal estructural, y por contera no puede modificar el núcleo fáctico de los cargos atribuidos, ni suprimir circunstancias atenuantes reconocidas acerca de los mismos o incluir agravantes no contempladas para estos, so pena de infringir el denominado principio de congruencia, que no es más que la estricta correspondencia entre la acusación y la sentencia.

La determinación exacta, circunstanciada y concreta de la conducta endilgada en el acto de acusación es de singular importancia para el derecho de defensa, como que una tal materialización del cargo hace efectivo el derecho inherente a quien se le atribuye la realización de un delito, de conocer de manera expresa, clara y sin ambigüedades los hechos que originan la imputación penal, con el fin de ejercer sin cortapisas la vigilancia del desarrollo regular del procedimiento, ofrecer pruebas a su favor y controlar la producción de las de cargo, ser oído para expresar las explicaciones que estime pertinentes frente a la conducta punible imputada, alegar personalmente o por medio de abogado, o ambas, efectuando las críticas de hecho y de derecho contra los argumentos acusatorios, y recurrir las decisiones adversas, en especial, la sentencia en la que se imponga una pena o una medida de seguridad⁴⁰.

Para el tema que se dilucida en este asunto, es importante hacer énfasis en el derecho a conocer la conducta reprochada, ya que en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, la punibilidad de una hipótesis normativa tiene como exclusivo

⁴⁰ Jauchen, EDUARDO M. *“Derechos del Imputado”*. Rubinzal- Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, páginas 149-154.

fundamento *la conducta concreta del sujeto* en la ejecución de un hecho previsto como delito, y la sanción correlativa tiene también a la vez como sustento *solamente ese hecho individual*, respondiendo tal concepto a lo que comúnmente se denomina *Derecho Penal de Acto*⁴¹.

Además, sendos Tratados Internacionales postulan que en toda investigación penal, el inculcado ostenta el derecho a tener conocimiento de los hechos que lo involucran en la misma. Así lo consagra la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al establecer que en todo proceso penal se tiene derecho a la “*comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada*” (artículo 8º, numeral 2º, literal b); y en el mismo sentido se expresa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al prever que toda persona acusada de un delito tendrá derecho “*a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella*” (artículo 14, numeral 3º, literal a).

En ese orden de ideas, la prerrogativa en cuestión constituye, sin lugar a duda, la primera y principal concreción para el desenvolvimiento del derecho fundamental de defensa, ya que el conocimiento del procesado acerca de los hechos que se le imputan y la correspondencia de estos en las normas que los tipifican como delitos, le permite ejercer la contradicción efectiva y equilibrada de la pretensión punitiva, sin que resulte admisible entonces una acusación tácita o implícita o aquella respecto de la cual no ha tenido ocasión de defenderse o refutar todos y cada uno de los elementos fácticos de la conducta punible atribuida⁴².

⁴¹ Ob. Cit., páginas 26 y 27.

⁴² Picó i Junoy, JOAN. “*Las Garantías Constitucionales del Proceso*”. J: M. BOSCH EDITOR, Barcelona (España) 1997, páginas 109-111.

La doctrina coincide en que el derecho a conocer las razones por las cuales la persona es acusada es consustancial a los modelos de enjuiciamiento penal contradictorio (característica aneja al sistema previsto en la Ley 600 de 2000), al punto que, sin objeción, se afirma que es el presupuesto necesario e indispensable para que dentro de la respectiva sistemática la garantía de defensa tenga un verdadero y real ejercicio, y se asegure su inviolabilidad.

Si convenimos que defensa es resistencia a un ataque, no habrá aquélla sin éste. Aun antes del debate, que implica el momento central del proceso penal, el derecho a ser oído que tiene el acusado deviene imposible si no se conoce el motivo que lo vincula como sujeto pasivo del mismo. Su defensa personal o material [o técnica, agrega la Sala] requiere conocer la causa fáctica que da origen a una incriminación [jurídica] en su perjuicio, único modo de poder responder dando las razones del caso: exculpaciones, descargos, negaciones, o demás explicaciones que correspondan, derecho este que surge directamente de su estado de inocencia. Esta necesaria ‘comunicación detallada’ del hecho que se incrimina ha sido denominada de diferentes maneras: ‘intimación previa’, ‘comunicación del hecho’, ‘anoticiamiento’, o bien ‘información previa’ que es la terminología más apropiada para conceptualizar la sencilla idea que encierra su naturaleza. (...)

Ahora bien, el recaudo no se encuentra satisfecho con cualquier comentario que el instructor comunique al imputado. Para ser válida la información debe necesariamente ser: concreta, expresa, clara y precisa, circunstanciada e integral... única forma para que sea eficaz y cumpla sus fines⁴³. Ninguno de estos requisitos puede ser soslayado; ello así, en virtud de que si el propósito de la noticia sobre la imputación es que el ciudadano involucrado conteste a ella dando las explicaciones correspondientes, esto puede verse dificultado e incluso imposibilitado si la información es incompleta, imprecisa, capciosa, implícita o no previa. Es preciso poner énfasis en que deben reunirse todos estos requisitos en la formulación del informe,

⁴³ Pie de página original en la transcripción “310. Cfr. VÉLEZ MARICONDE. *Derecho Procesal Penal cit.*, t. II, p. 222; CLARÍA OLMEDO, *Tratado de Derecho Procesal Penal cit.*, t IV, ps. 513/514”.

de modo que cuando cualquiera de ellos no se encuentre cubierto, el acto es nulo a pesar de haberse cumplido los demás”⁴⁴.

En conclusión, la atribución de un comportamiento reprochado como delictivo debe ser expresa, clara, precisa y circunstanciada, como lo demandan los Convenios Internacionales atrás evocados, resultando ineficaces, por obstrucción o imposibilidad de ejercer el derecho de defensa, las enunciaciones genéricas, ambiguas, vagas, oscuras u omisivas de los cargos.

Y no puede constituir excusa válida o aceptable para cumplir con esas exigencias la complejidad de los sucesos o la cantidad de hechos investigados, dado que si no es posible delimitar de manera detallada el comportamiento atribuido a una persona y que como hecho histórico halla correspondencia en una hipótesis normativa penal, deviene improcedente la convocatoria del ciudadano para someterlo a un juicio en el que la *res iudicanda* persigue ser transformada en *res iudicata* penal, con todas las consecuencias que de ello se derivan⁴⁵.

13.2. En este asunto la revisión detallada y objetiva de las piezas procesales anteriores a las atrás recapituladas, permite constatar que desde cuando se ordenó vincular a VEGA ZAMBRANO y NIETO CLAVIJO⁴⁶, el motivo de ello fue la pertenencia de ambos a un grupo de personas dedicadas a traficar con alucinógenos, y el haber intervenido cada uno con

⁴⁴ Jauchen, EDUARDO M. Ob. Cit., páginas 360 y ss. En el mismo sentido Chiesa Aponte, ERNESTO L. “*Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*”. EDITORIAL FORUM 1995, volumen III, páginas 95 y ss. y Claría Olmedo, JORGE A. “*Derecho Procesal Penal*”. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, Tomo I., páginas 241-244.

⁴⁵ Claría Olmedo, JORGE A. “*Derecho Procesal Penal*”. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, Tomo I., páginas 220-221.

⁴⁶ Cuaderno original 6, folios 236-243.

ocasión de esa asociación, específicamente, el primero, en el envío de cocaína el 2 de febrero de 2005 a Miami – La Florida (Estados Unidos), y el segundo en la remisión de igual clase de narcótico el 26 de febrero de ese año a Bruselas (Bélgica), mismos supuestos fácticos por los que uno y otro fueron expresamente interrogados en sus respectivas injuradas⁴⁷, y por los cuales les fue resuelta la situación jurídica⁴⁸.

Luego si desde el inicio de la imputación penal se le comunicó a los precitados la realización de acciones que configuraban, por una parte, el delito de concierto para delinquir con fines de narcotráfico, y de otro, un solo hecho constitutivo de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, circunscrito a los aludidos decomisos, cargos que fáctica y jurídicamente fueron reiterados en la acusación, como quedó establecido párrafos atrás, surge ostensible el desacierto de la sorpresiva atribución de hechos distintos a los que en su momento les fueron explícitamente comunicados y endilgados en el pliego de cargos.

13.3. Para empezar, es menester puntualizar que el acto de acusación de primera instancia, ninguna modificación válida sufrió con el pronunciamiento del superior funcional al desatar el recurso de apelación presentada por los procesados, como que en tal decisión de segunda instancia, en virtud de la garantía y prohibición de reforma en peor⁴⁹, y del principio de limitación⁵⁰, conforme a decantada doctrina de esta Sala, no

⁴⁷ Cuaderno original 7, folios 85-89, 97-102, 119-122 y 166-173236-243.

⁴⁸ Cuaderno original 8, folios 175-214.

⁴⁹ Cfr. Entre otras: CSJ SP 21 jul. 2010, rad. 30460; SP 19 may. 2010, rad. 33529; SP 21 mar. 2012, rad. 33101; AP2528-2014, 14 may 2014, rad. 42763; y SP1036-2018, 11 abr. 2018, rad. 43533.

⁵⁰ Cfr. Entre otras: CSJ SP 3 mar. 2004, rad. 21580; SP 21 mar. 2007, rad. 26129; SP 12 agt. 2009, rad. 31854; SP133-2016, 20 ene. 2016, rad. 47273, y SP15712-2016, 26 oct. 2016, rad. 47415.

podía agravar la condición de los impugnantes únicos, ni extender su análisis a aspectos diferentes a los censurados.

Ahora bien, no solo por lo anterior deviene ineficaz lo afirmado por el fiscal ad-quem al resolver la apelación, en el sentido de que la responsabilidad de los procesados, entre ellos los aquí demandantes, *no se contrae únicamente* a los puntuales casos en los que *se concretó* su participación, con base en que por el lenguaje *cifrado, en clave* o de *sobre entendidos* que usaban en las abundantes comunicaciones telefónicas interceptadas, fluía el agotamiento de un *sin número de operaciones ilegales* realizadas entre aquéllos, por el común designio que los unía y bajo distribución de tareas.

Sino que el carácter genérico, abstracto, gaseoso de una tal atribución en relación con el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, riñe con las exigencias legales y constitucionales más atrás precisadas frente a la concreción que debe tener la acusación, y por lo tanto carece de idoneidad para sostener que al resolver la apelación del pliego de cargos el fiscal de segunda instancia endilgó a los acusados, frente a uno cualquiera de los otros decomisos de droga investigados, responsabilidad por coautoría impropia, pues en parte alguna de la aludida decisión fue individualizado el aporte objetivo y sustancial por distribución de tareas en relación con los demás hechos constitutivos del punible en cuestión, y menos señaló o específico un rol funcional de cada uno de los procesados dentro de la estratificación de la organización con base en lo cual fuera sustentable la imputación de responsabilidad en otros o en todos los demás sucesos al amparo de otras teorías como, por ejemplo, la que alude a la cadena de mando en aparatos organizados de poder.

En últimas la imposibilidad del fiscal ad-quem de circunscribir un aporte concreto de los procesados frente a los otros hechos de tráfico de estupefacientes investigados, determinó que le impartiera confirmación integral, sin adiciones, a la acusación de primera instancia, en la que a VEGA ZAMBRANO y NIETO CLAVIJO se les atribuyó un único delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en relación con los sucesos explícitamente referenciados por el fiscal de primer grado.

13.4. En segundo lugar, también carece de fuerza vinculante la sorpresiva e infundada modificación de los cargos por parte de la Sala Penal de Extinción del Derecho de Dominio del Tribunal Superior de Bogotá el 19 de octubre de 2012, al revocar parcialmente la cesación de procedimiento ordenada por el juez de primer grado, pues además de carecer de competencia para pronunciarse sobre ese aspecto, la decisión de dejar vigente el proceso respecto de VEGA ZAMBRANO y NIETO CLAVIJO *“...por los delitos de Concierto para delinquir con fines de narcotráfico y Tráfico, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, de conformidad con los artículos 340 y 376 del Código Penal concordado con el numeral 3º del artículo 384 ibídem, por los hechos relacionados en la resolución de acusación ocurridos en Bélgica, Colombia, Holanda y Brasil...”*, la adoptó el ad-quem con base en la insular circunstancia de aparecer mencionados los respectivos sucesos en el acápite de hechos del pliego de cargos, haciendo abstracción o prescindiendo de las consideraciones expresadas en el mismo pronunciamiento, en el que, como quedó visto, por los aludidos decomisos no les fue imputado a los citados un concurso homogéneo de tal especie de delito, sino un solo delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, para el primero por el caso de Miami, y al segundo, por el de Bélgica.

13.5. Y por último, impera señalar que la pretendida variación de la calificación jurídica propuesta por la Fiscalía en el trámite del juicio, no se ajustó en verdad a la naturaleza y finalidad de ese mecanismo.

En efecto, como se sabe el trámite dispuesto en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000 se orienta a la corrección de la calificación jurídica provisional de la conducta, cuando se advierte error por parte del funcionario acusador al valorar los elementos de convicción o en la selección del precepto que regula el comportamiento investigado, o cuando por prueba sobreviniente se altera un elemento estructural del tipo, la forma de coparticipación o imputación subjetiva, o algún evento configurador de circunstancias que modifiquen los límites punitivos que hagan más gravosa la situación jurídica del enjuiciado.

Dicho de otra manera, tal procedimiento especial de mutación de la calificación jurídica puede darse cuando media error en la calificación jurídica por una indebida selección del precepto que regula el comportamiento investigado y que lleva a tomar un *nomen juris* diferente al que en verdad se adecua a la conducta, o por el desatino en la valoración de los elementos de convicción antecedentes, o por prueba sobreviniente.

La doctrina de esta Sala en relación con el trámite en cuestión, desde siempre ha sido insistente en que el mismo es factible a condición de que se respete “...el núcleo básico de carácter fáctico...”, con todas sus circunstancias modales, esto es, “...el comportamiento, naturalísticamente considerado, como acto humano, como acontecer real...” el cual no puede ser trocado ni

extralimitado, puesto que si “...se altera, se estará en presencia de otro comportamiento, y si se extralimita o desborda se estarán atribuyendo otros hechos, otra conducta punible, no incluida en el pliego de cargos...”⁵¹.

En el presente asunto el **acto humano** explícitamente atribuido en la calificación del mérito probatorio del sumario a los procesados VEGA ZAMBRANO y NIETO CLAVIJO, consistió en: **uno**, concertarse con otras personas con el fin de traficar con drogas alucinógenas, y **dos**, realizar en concreto, en una sola oportunidad, acciones demostrativas de su contribución activa o positiva en la realización del envío y comercialización de clorhidrato de cocaína, respecto del primero, hacia Miami – La Florida (Estados Unidos) el 2 de febrero de 2005, y respecto del segundo, hacia Bruselas (Bélgica) el 26 del mismo mes, lo cual los hacía a cada uno coautores de los respectivos delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

De suerte que, y es lo relevante para esta decisión, frente a la segunda atribución, el correspondiente comportamiento naturalísticamente considerado y debidamente delimitado por las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la acusación, no podía ser extralimitado o desbordado con la adjudicación de otros hechos diferentes no conocidos ni explicitados en esa oportunidad, ni en la acusación de segunda instancia.

Ejercicio que, valga precisar, aun cuando tampoco era oportuno hacerlo en el acto de variación de la calificación jurídica de la conducta, igual fue soslayado u omitido, como puede constatarse al revisar el correspondiente registro de

⁵¹ Cfr. CSJ AP SP 14 feb. 2002, rad. 18457; En igual sentido SP 8 nov. 2011, rad. 34495; SP 28 mar. 2012, rad. 36597; SP 14 nov. 2012, rad. 39851, y SP151-2014, 22 ene. 2014, rad. 38725.

audio y video⁵², en el que el fiscal que asistió a la audiencia se limitó a leer fragmentos insulares y generales de la acusación de primer grado en los que no se especifica la contribución activa o positiva de los citados procesados en los hechos concernientes a los restantes decomisos de droga de los que se ocupó este diligenciamiento, en particular en el ocurrido en Guabal, Nariño (Colombia) el 12 de mayo de 2005, por el que fueron condenados en primera y segunda instancia.

Aquí es importante destacar que aun cuando a VEGA ZAMBRANO en la pretendida variación de la calificación jurídica, pacíficamente aceptada por el a-quo, igualmente fueron adicionados los supuestos fácticos concernientes a los decomisos de sustancia alucinógena ocurridos en Bélgica, Holanda y Brasil, tal desbordamiento no materializó agravio por cuanto frente a esos sucesos fue absuelto.

Igual situación ocurrió respecto de NIETO CLAVIJO a quien la adición de la imputación fáctica comprendió no solo las incautaciones llevadas a cabo en Colombia, Holanda y Brasil, sino que el fiscal sin reparar en que ese procesado durante la instrucción aceptó responsabilidad por el delito de concierto para delinquir con fines de narcotráfico, le volvió a atribuir ese punible, pero tal transgresión tampoco afectó la situación jurídica de aquél por cuanto por ese comportamiento fue cesado el procedimiento por prescripción, y frente a los hechos de Holanda y Brasil fue absuelto.

14. En conclusión, ante la objetiva constatación del yerro y su evidente e indiscutible trascendencia, corresponde a la

⁵² Cuaderno original 28, folios 73-77. CD. Contentivo del registro de video de la audiencia de 9 de mayo de 2014, minuto 04:50 a 26:20. El fiscal hace la lectura de apartes del pliego de cargos de las páginas 29 a 34.

Corte realizar la correspondiente enmienda.

14.1. Para tal efecto la Sala casará el fallo de segunda instancia, en el sentido de revocar la condena emitida contra el procesado DAVID VEGA ZAMBRANO por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en relación con el decomiso de clorhidrato de cocaína ocurrido el 12 de mayo de 2005, en Bocas del Congal, San Jacinto Milagro y Los Esteros (Guabal, Nariño-Colombia), por cuanto respecto de esa conducta el aludido procesado no fue indagado ni acusado.

Y dado que en relación con el mismo enjuiciado el a-quo durante el juicio y en aplicación del *non bis in ídem* cesó procedimiento por el cargo de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes referido a la sustancia alucinógena en cuyo envío intervino a los Estados Unidos de Norte América (a Miami, La Florida) el 2 de febrero de 2005, e igual determinación tomó al momento del fallo en cuanto al punible de concierto para delinquir con fines de narcotráfico, pero a raíz de la prescripción de la acción penal, se dispondrá la cancelación de la orden de captura librada contra el mismo para ejecutar la condena objeto de revocatoria.

14.2. En cuanto a RICARDO NIETO CLAVIJO casará parcialmente la decisión condenatoria en el sentido de excluir de la misma el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en relación con el decomiso de clorhidrato de cocaína ocurrido el 12 de mayo de 2005, en Bocas del Congal, San Jacinto Milagro y Los Esteros (Guabal, Nariño-Colombia), por cuanto respecto de esa conducta el aludido procesado no fue indagado ni acusado.

Consecuente con lo anterior, como respecto del precitado queda vigente la condena por tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en relación con su participación en el envío de clorhidrato de cocaína (2.200 gramos) a Bélgica, sustancia decomisada el 26 de febrero en el aeropuerto de Zaventem (Bruselas), y dado que según el artículo 376, inciso primero, de la Ley 599 de 2000, ese delito tiene prevista sanción de prisión que fluctúa entre un mínimo de ocho (8) años y un máximo de veinte (20), así como multa de mil (1000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, siguiendo los mismos criterios de dosificación plasmados por el juez de primer grado, la pena a imponer al prenombrado será de ciento veinte (120) meses de prisión, y multa equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

15. Una consideración especial debe hacer la Sala respecto de los procesados Julio Cesar Ortíz Mateus y Uwe Wagener Silva, ya que frente a ellos en la acusación⁵³ el supuesto fáctico concerniente al delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes se circunscribió a su participación en la droga enviada por barco a Holanda en un contenedor (225 kilos de cocaína) y finalmente decomisada en Rotterdam el 9 de julio de 2005, ya que según el contenido de las llamadas interceptadas y referidas en el pliego de cargos, aquéllos estuvieron durante todo el recorrido del alcaloide pendientes del mismo y tras su decomiso procuraron, fallidamente, su recuperación, siendo finalmente acusados solamente por ese único delito, ya que en la instrucción el primero aceptó cargos por concierto para delinquir con fines de traficar con drogas y para lavado de activos, en tanto que el segundo lo hizo por lavado de activos y concierto para lavado de activos.

⁵³ Cuaderno original 23, folios 56-57.

Sin embargo, en la pretendida variación de la calificación jurídica, tal núcleo fáctico como comportamiento humano entendido, fue desbordado al atribuirle a Wagener Silva un concurso material homogéneo de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, agravado, compuesto por los decomisos ocurridos en Miami – La Florida (Estados Unidos), Bélgica, Colombia y Brasil, a la vez en concurso heterogéneo con concierto para delinquir con fines de narcotráfico⁵⁴.

El desacierto de tal proceder aceptado llanamente en las instancias, sólo materializó lesión de la garantía de congruencia en la condena por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en relación con el decomiso de drogas ocurrido en Nariño (Colombia) el 12 de mayo de 2005, ya que frente a los otros hechos semejantes (ocurridos en Miami, Bélgica y Brasil) el juez de primer grado lo absolvió y le cesó procedimiento por prescripción frente al concierto para delinquir con fines de narcotráfico.

Y en relación con Ortiz Mateus la adición fáctica de su concreto obrar estudiado en la acusación, consistió en endilgarle un concurso material homogéneo de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, agravado, compuesto por los decomisos ocurridos en Bélgica, Colombia y Brasil, en concurso heterogéneo con concierto para delinquir con fines de narcotráfico, no obstante que por esta última conducta también ya había sido condenado en la fase instructiva por los trámites de sentencia anticipada.

La lesión del principio de congruencia en relación con el precitado sólo tuvo incidencia en la condena por la conducta

⁵⁴ Cuaderno original 28, folios 73-77. CD. Contentivo del registro de video de la audiencia de 9 de mayo de 2014, minuto 10:07 a 11:08.

descrita en el artículo 376 del Código Penal en lo que respecta al decomiso de drogas ocurrido en Nariño (Colombia) el 12 de mayo de 2005, ya que frente a los otros hechos semejantes (ocurridos en Bélgica y Brasil) el juez de primer grado lo absolvió y cesó procedimiento por prescripción por concierto para delinquir con fines de narcotráfico (por el que, se reitera, ya había sido condenado).

En conclusión, de acuerdo con el artículo 216 de la Ley 600 de 2000, la Corte de oficio casará parcialmente el fallo recurrido en el sentido de excluir la condena de los acusados Ortiz Mateus y Wagener Silva por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en relación con el decomiso de droga ocurrido el 12 de mayo en Bocas del Congal, San Jacinto Milagro y Los Esteros (Guabal, Nariño-Colombia), por cuanto respecto de esa conducta los aludidos procesados no fueron acusados.

Consecuente con lo anterior, como los dos delitos fueron individualizados con la misma pena y por uno de ellos el a-quo la incrementó en veinte (20) meses de prisión y trescientos (300) salarios de multa, al quedar vigente sólo la condena por el tráfico de estupefacientes referido a los hechos de Rotterdam (Holanda), acogiendo los criterios de dosificación señalados por el juez de primer grado se impondrá a cada uno de los citados doscientos (200) meses de prisión y multa equivalente a tres mil (3.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

16. Surge como corolario de lo hasta aquí precisado que como los procesados VEGA ZAMBRANO, NIETO CLAVIJO, Wagener Silva y Ortiz Mateus, no fueron indagados ni acusados con el rigor que impone la ley por su probable

contribución activa o positiva (participación concreta y circunstanciada) respecto del suceso de tráfico de drogas ocurrido el 12 de mayo de 2005 en Bocas del Congal, San Jacinto Milagro y Los Esteros (Guabal, Nariño-Colombia), el cual simplemente de manera abstracta e indeterminada se atribuyó a la organización delictiva a la que aquéllos pertenecían, lo pertinente es disponer la compulsión de copias para que la Fiscalía General de la Nación obre de conformidad.

17. Para terminar, advierte la Sala que respecto del procesado Humberto Ortiz Jaimes no hubo modificación fáctica o jurídica frente a los cargos imputados en la acusación. Sin embargo, se observa que el fallador de primer grado concluyó que frente al delito de concierto para delinquir con fines de lavado de activos, endilgado a aquel en el pliego de cargos, la potestad punitiva del Estado se extinguió por prescripción, no obstante lo cual al concretar la respectiva decisión en la parte resolutive (numeral decimotercero), le cesó procedimiento por la conducta punible de concierto con fines de narcotráfico que en realidad en el curso de la actuación no le fue atribuida⁵⁵.

Puesto que tal incoherencia se traduce en una omisión sustancial, la misma puede ser corregida en esta sede de conformidad con inveterado criterio jurisprudencial, y por lo tanto la Corte adicionará el fallo en el sentido de adoptar la decisión correspondiente.

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,

⁵⁵ Cuaderno original 35, folios 86-89, y 175.

RESUELVE:

1. CASAR PARCIALMENTE, con base en el cargo estudiado y formulado en nombre de los procesados DAVID VEGA ZAMBRANO y RICARDO NIETO CLAVIJO de acuerdo con las consideraciones hechas en la parte motiva, la sentencia de segunda instancia emitida el 10 de julio de 2017, que confirmó la emitida el 8 de marzo de 2016, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. En consecuencia:

1.1. REVOCAR la condena emitida contra DAVID VEGA ZAMBRANO por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en relación con el decomiso de clorhidrato de cocaína ocurrido el 12 de mayo de 2005, en Bocas del Congal, San Jacinto Milagro y Los Esteros (Guabal, Nariño-Colombia).

Como respecto de éste procesado frente a los delitos de concierto para delinquir con fines de narcotráfico y tráfico fabricación o porte de estupefacientes por el suceso inherente a la incautación de droga ocurrida el 2 de febrero de 2005 en Miami – La Florida (Estado Unidos) le fue cesado procedimiento, por prescripción frente al primero, y en aplicación del non bis in ídem en relación con el segundo, se **ORDENA LA CANCELACIÓN** de la orden de captura librada en su contra.

1.2. REVOCAR parcialmente la decisión condenatoria emitida contra RICARDO NIETO CLAVIJO, en el sentido de excluir de la misma el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en relación con el decomiso de clorhidrato de cocaína ocurrido el 12 de mayo de 2005, en Bocas del Congal, San Jacinto Milagro y Los Esteros (Guabal, Nariño-Colombia).

Consecuente con lo anterior, **IMPONER** al precitado por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes relacionado con la sustancia alucinógena decomisada el 26 de febrero en el aeropuerto de Zaventem (Bruselas- Bélgica), cuya condena queda vigente, las penas principales de ciento veinte (120) meses de prisión, y multa equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

2. CASAR DE OFICIO Y PARCIALMENTE la sentencia de segunda instancia emitida el 10 de julio de 2017 que confirmó la emitida el 8 de marzo de 2016 contra JULIO CESAR ORTIZ MATEUS y UWE WAGENER SILVA por un concurso material homogéneo de delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, de conformidad con lo precisado en la parte motiva de esta decisión. En consecuencia:

2.1. REVOCAR parcialmente la decisión condenatoria emitida contra JULIO CESAR ORTIZ MATEUS y UWE WAGENER SILVA, en el sentido de excluir de la misma el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en relación con el decomiso de clorhidrato de cocaína ocurrido el 12 de mayo de 2005, en Bocas del Congal, San Jacinto Milagro y Los Esteros (Guabal, Nariño-Colombia).

2.2. IMPONER a JULIO CESAR ORTIZ MATEUS y UWE WAGENER SILVA las penas principales de doscientos (200) meses de prisión y multa equivalente a tres mil (3.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes por el tráfico de estupefacientes referido a los hechos del decomiso de cocaína ocurrido el 9 de julio de 2005 en Rotterdam (Holanda).

3. DISPONER que la duración de la pena accesoria de ley para RICARDO NIETO CLAVIJO, JULIO CESAR ORTIZ MATEUS y UWE WAGENER SILVA es por el mismo lapso de la privativa de la libertad infligida a cada uno de ellos.

4. COMPULSAR ante la Fiscalía General de la Nación copia de esta providencia, así como de la resolución de acusación de primera y segunda instancia y los fallos de primero y segundo grado, para que en relación con DAVID VEGA ZAMBRANO, RICARDO NIETO CLAVIJO, JULIO CESAR ORTIZ MATEUS y UWE WAGENER SILVA, conforme a su función constitucional y legal, disponga el correspondiente ejercicio de la acción penal por el suceso relativo al decomiso de droga ocurrido el 12 de mayo de 2005, en Bocas del Congal, San Jacinto Milagro y Los Esteros (Guabal, Nariño-Colombia).

5. ADICIONAR la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido de cesar procedimiento, por prescripción de la acción penal, respecto de HUMBERTO ORTÍZ JAIMEZ frente al delito de concierto para delinquir con fines de lavado de activos atribuido a aquél en la acusación.

6. En los demás aspectos se mantiene incólume la sentencia de segundo grado.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
PRESIDENTE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria