

Proceso No 13708

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE

Aprobado Acta No. 59

Bogotá, D.C, veintinueve (29) de mayo de dos mil tres (2.003).

VISTOS:

Un Juzgado Regional condenó a ARMANDO EMILIO ESPITIA BUSTOS y a Hernán Murcia Hernández a la pena principal de 25 años y 6 meses de prisión y multa de 105 salarios mínimos mensuales legales y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, a cada uno, más el pago solidario de los perjuicios, como coautores del delito de secuestro extorsivo.

Apelado el anterior fallo por el sindicado ARMANDO EMILIO ESPITIA y su defensor, en decisión del 3 de febrero de 1.997 el entonces Tribunal Nacional, lo modificó en el sentido de incrementar la pena privativa de la libertad a 33 años y la multa a 150 salarios mínimos mensuales legales. Igualmente, adicionó la sentencia recurrida en el sentido de negarle a los implicados el subrogado de la condena de ejecución condicional y en lo demás la confirmó.

El fallo de segundo grado fue recurrido en casación por los procesados ARMANDO EMILIO ESPITIA BUSTOS y Hernán Murcia Hernández, pero concedida la impugnación

extraordinaria, sólo el primero presentó demanda sustentatoria, debiéndose declarar la deserción en relación con el segundo por falta de sustentación. Sin embargo, admitida la demanda de ESPITIA BUSTOS y obtenido el concepto del Ministerio Público, procede la Sala a emitir el correspondiente fallo de fondo.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Los primeros ocurrieron hacia las siete de la noche del 16 de enero de 1.996 en la finca El Bosque de propiedad del señor Concepción Guerrero Guerrero, quien se encontraba en el interior de su casa en compañía de su familia, cuando al escucharse ladrar a los perros que cuidaban el predio, Gustavo Ramírez, el mayordomo, salió a ver de qué se trataba, encontrándose con dos hombres quienes aduciéndole una emergencia por tener un niño enfermo le solicitaron prestado el teléfono.

Fue así, como después de consultar con el dueño de casa aquél salió a decirles que no era posible y se dispuso a cerrar la puerta, siendo de inmediato abordado por un nutrido grupo de hombres armados que se lo impidieron y de inmediato ingresaron a la casa distribuyéndose por sus distintas áreas para tomar el control de la edificación y de sus ocupantes, a quienes vendaron y ataron, al tiempo que exigían los documentos y las llaves de un montero Mitsubichi de propiedad de Concepción Guerrero.

Después de atar a los miembros de la familia Guerrero y apoderarse además de algunas joyas, se llevaron a Concepción en el vehículo de su propiedad, el cual fue abandonado más adelante, siendo trasladada la víctima del plagio a varios sitios desconocidos ubicados en zonas rurales.

Denunciados los anteriores hechos a las autoridades, y una vez los secuestradores se pusieron en contacto con la familia para exigir por el rescate un millón trescientos mil dólares, el UNASE montó un operativo de rastreo de las llamadas, lográndose el 22 de febrero la captura de Aldemar Torres en una cabina telefónica al sur de esta ciudad,

desde donde se disponía a comunicarse con la familia del secuestrado presionando la entrega del dinero por su liberación y simultáneamente también, en el interior de un taxi, se logró la aprehensión de Hernán Murcia Hernández por señalamiento que le hiciera el primero, afirmando ser la persona que lo contrató para que efectuara las aludidas llamadas. De la misma manera guió a la autoridad hasta la calle 34 sur con carrera 50 de Bogotá con el fin de indicar el lugar que frecuentaba el jefe del grupo delictivo, produciéndose allí la retención de ARMANDO EMILIO ESPITIA BUSTOS, quien al advertir la presencia de la autoridad opuso resistencia enfrentándose a golpes con los efectivos del UNASE.

Interrogados los aprehendidos sobre el paradero del secuestrado, terminaron por manifestar que se encontraba en el municipio de Borbur, vereda Chisos en una finca denominada Alto de Osos de propiedad de Tito Rojas, sitio al que, el 24 de febrero en horas de la tarde y con la colaboración del Personero del pueblo y líderes comunales del lugar, finalmente llegaron los investigadores ubicando una casa aproximadamente a 40 minutos de la citada finca, en la vereda Chanares, en la que se encontró a Concepción Guerrero atado de los pies con una cadena a un tronco de madera.

En esa misma fecha se pusieron los capturados a disposición de la autoridad y de inmediato se abrió la investigación vinculándolos mediante indagatoria para luego resolverles la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de secuestro extorsivo.

Perfeccionada la fase instructiva se decretó su cierre y el 16 de diciembre de 1.994 se calificó el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria en contra de Aldemar Florian Torres, Hernán Mauricio Hernández y ARMANDO EMILIO ESPITIA BUSTOS como coautores del delito de secuestro extorsivo agravado “según lo estipulado en el nral. 3º del art, 3º de la citada ley -40/93-”, decisión que fue apelada por los defensores de los procesados y confirmada el 11 de mayo de 1.995 por las Fiscalías Delegadas ante el

entonces Tribunal Nacional, al tiempo que se la adicionó en el sentido de ordenar la expedición de copias a efectos de que se investigara la posible participación que pudiese tener Tito Rojas en la comisión del ilícito, así como la conducta de los procesados acusados en relación con los punibles de porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares y hurto calificado y agravado.

Iniciada la etapa del juicio, Aldemar Florián Torres decidió allanarse a los cargos formulados en la acusación mediante sentencia anticipada, siendo aprobada el acta respectiva y dictado el consecuente fallo de condena.

Decretadas y practicadas las pruebas pedidas por las partes en el juicio, en auto del 26 de marzo de 1.996 se citó para sentencia y una vez presentados los alegatos por los sujetos procesales se profirió fallo de condena, el cual fue apelado por el defensor de los procesados y modificado por el Tribunal en los términos precedentemente expuestos.

LA DEMANDA:

Primer Cargo.

Como principal postula el demandante esta censura con sustento en la causal tercera de casación, acusando la nulidad del fallo impugnado por haberse llevado a cabo diligencia de reconocimiento en fila de personas con su procurado en las dependencias del UNASE con la asistencia de un estudiante de consultorio jurídico.

Transgredió, así, el instructor lo previsto en el Decreto 196 de 1.971 que delimita las actuaciones en las que pueden intervenir los estudiantes de consultorio jurídico, las cuales están reducidas a asuntos de competencia de juzgados penales municipales, como igualmente lo regula la Ley 228 de 1.995. Es decir, que no podían actuar en la denominada entonces justicia regional y menos en una ciudad como Bogotá donde existen

en exceso abogados y además funciona la Defensoría Pública.

Se violó, por tanto, el derecho de defensa del procesado porque tratándose de un asunto de tanta gravedad como el que motivó la sentencia objeto del recurso, en donde las penas son extremas, con la designación del estudiante solo se cumplió una formalidad, ya que se limitó a suscribir la diligencia sin oponerse a que se verificara en las dependencias del UNASE y exclusivamente con agentes de dicha entidad, es decir, no hubo otras personas de similares características a las del capturado, debiéndose resaltar que ESPITIA BUSTOS era el único que para ese momento presentaba lesiones corporales, fruto del maltrato producido en su captura.

Destaca, cómo la víctima dijo reconocer al sindicado solo por ser el único que presentaba poco cabello. Un defensor idóneo, al respecto hubiera sido celoso y procurado la presencia de otras personas de similar característica y la ubicación del imputado en posiciones diferentes, de modo que no existiera duda al respecto.

De haberse llevado a cabo dicho reconocimiento con el lleno de todos los requisitos legales, el resultado del proceso habría sido otro en relación con la demostración de la responsabilidad de su defendido.

Solicita, por ello, se case el fallo impugnado y se decrete la nulidad de lo actuado a partir del reconocimiento en fila de personas.

Segundo Cargo.

Con sustento en la causal primera de casación, el demandante acusa el fallo de segundo grado de violar indirectamente y por aplicación indebida el artículo 445 del anterior Código de Procedimiento Penal, debido a errores de hecho por falsos juicios de "identidad".

Sin embargo, de inmediato agrega que el sentenciador “desestimó” los testimonios rendidos por los procesados Aldemar Florián Torres y Hernán Murcia Hernández, pues el primero se retractó de su inicial señalamiento en contra de ESPITIA BUSTOS como partícipe del secuestro y el segundo, ni siquiera mencionó conocerlo, pues el Tribunal le otorgó plena credibilidad a Aldemar por considerar que aportó elementos de juicio conducentes al esclarecimiento de los hechos y el lugar donde permanecía el secuestrado, pese a contener afirmaciones contradictorias y absurdas sobre el presunto intento de escape de su representado, y no las tuvo en cuenta para valorar la segunda versión -la de la retractación- pese a que allí justifica su cambio de versión, esto es, que en la primera oportunidad incriminó a ESPITIA por temor a ser torturado por los miembros de UNASE. Esta, es la declaración que merece mayor credibilidad, por ser coherente, clara y precisa, además el deponente lo hizo consciente de que podía ser investigado por el delito de falso testimonio, según lo manifestó.

Al respecto, no puede perderse de vista que los tres procesados en este asunto manifestaron haber sido objeto de maltrato físico por parte de la Policía el día de su captura, existiendo prueba en relación con ESPITIA BUSTOS.

Aún así, independientemente de la mayor o menor credibilidad que se le confiera a la segunda versión de Aldemar Florián “la única certeza posible es la inexpugnable sombra de duda que se yergue sobre la participación y responsabilidad en los hechos debatidos, por parte de ARMANDO EMILIO ESPITIA BUSTOS, duda que es insalvable”.

Transcribe doctrina nacional sobre la certeza como requisito para condenar y concluye que como en este caso la aludida declaración constituye fundamento de la sentencia el error del sentenciador radica en su apreciación.

Solicita, se case el fallo impugnado y se dicte uno de reemplazo de carácter absolutorio.

Tercer Cargo.

En esta oportunidad el demandante censura la sentencia de segundo grado por ser incongruente en relación con el pliego acusatorio.

La resolución acusatoria llamó a juicio a ALDEMAR FLORIÁN TORRES, Hernán Murcia Hernández y a Armando Espitia Bustos por el delito de secuestro extorsivo “descrito en el artículo 268 del Código Penal, subrogado por la Ley 40 de 1.993”. Sin embargo, en la sentencia de segunda instancia el Tribunal puntualizó que “...no tuvo en cuenta el fallador primario fue el incremento punitivo que en proporción mínima de ocho años debe hacerse por razón de la agravante contenida en el numeral 3º de la Ley 40 de 1.993, deducida por el calificador en la resolución de acusación, a la postre confirmada en la segunda instancia y materializada en el caso de marras al evidenciarse que la privación de la libertad del secuestrado, se prolongó por más de 15 días, vale recordar, entre el 16 de enero y el 24 de febrero de 1.994”.

Destaca, pues, que la mencionada circunstancia de agravación no hizo parte de la acusación, resaltando que por ser de carácter específico, debió imputarse allí, y como así no ocurrió no podía agravársele la pena al procesado por ese motivo.

Violó el sentenciador el principio de la no reformatio in pejus. Por eso, pide casar la sentencia y dictar la que en derecho corresponda.

Cuarto Cargo.

Por violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación del artículo 206 del Código de Procedimiento Penal ataca el recurrente la sentencia proferida en segunda instancia por el entonces Tribunal Nacional.

La consulta, según dicho precepto, era procedente en asuntos de competencia de los jueces regionales en los casos allí indicados, cuando no se interpusiera recurso alguno. De ahí que, al considerarse facultado el Tribunal para revisar sin limitación el fallo

apelado, no obstante tratarse su defendido de apelante único, incurrió en el error denunciado, pues su competencia en segunda instancia estaba limitada a revisar únicamente los puntos materia de apelación por parte de ARMANDO EMILIO ESPITIA BUSTOS y su defensor. Consecuencialmente, entonces, inaplicó el artículo 217 ibídem y el artículo 31 de la Carta Política al agravarse la pena impuesta en primera instancia, ya que fue incrementada de 25 a 33 años de prisión.

Pide, por tanto, casar el fallo impugnado dictando el que en derecho corresponda sin agravar a pena impuesta.

Quinto cargo.

Esta reproche lo postula igualmente el censor por motivo de la violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 31 de la Carta Política, en concordancia con el 217 del Decreto 2700 de 1.991.

Transcribe en extenso la sentencia SU-327/95 proferida por la Corte Constitucional sobre el tema de la prohibición de reforma peyorativa y concluye que en el presente caso el Tribunal dejó de aplicar tanto el precepto constitucional como el legal ya mencionados, como quiera que al no haber apelado la Fiscalía ni el Ministerio Público, debía entenderse que consintieron la dosificación punitiva del A Quo.

Depreca, entonces, se case la sentencia recurrida y se dicte una de reemplazo respetando los aludidos preceptos.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL:

Primer Cargo.

Por haberse propuesto por la vía equivocada, propone el Delegado la desestimación de

esta censura, como quiera que los reparos a la legalidad de la prueba corresponden ser alegados al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, esto es, por error de derecho por falso juicio de legalidad, ya que esa clase de errores no trascienden a la actuación procesal.

Además, no tuvo en cuenta el demandante que el reconocimiento en fila de personas que reputa como viciado no constituyó fundamento de la declaratoria de responsabilidad penal en cabeza del sindicado.

Segundo Cargo.

Este ataque, propuesto por violación indirecta por errores de hecho, tampoco tiene vocación de prosperidad a juicio del Delegado, ya que no se evidencian las distorsiones, mutilaciones o agregados a la prueba que permitan configurar yerro de tal naturaleza, ni se expone sobre las consecuencias que tuvo en el fallo.

En conclusión, lo que se pretende en este cargo es imponer el criterio valorativo del demandante frente al del fallador, con el propósito de desechar la credibilidad otorgada a la primera versión rendida por Aldemar Florián porque después se retractó de lo allí manifestado, y en relación con Murcia, propone acoger lo que beneficia al procesado.

No se demuestra, pues, ningún error demandable en casación que tenga capacidad suficiente para propiciar la ruptura del fallo.

Tercer, Cuarto y Quinto Cargos.

Por estar orientados en el mismo sentido, aunque bajo diferente causal, el Procurador responde conjuntamente estas censuras.

El Tribunal incrementó la pena impuesta en primera instancia bajo la consideración de

que el A Quo no computó la circunstancia específica de agravación del secuestro extorsivo. Trátase, entonces, de una vulneración al principio de la no reformatio in pejus frente a la cual se ocupa de fondo el Ministerio Público “no obstante los desajustes técnicos presentes en el libelo”, si se tiene en cuenta que los fundamentos del tercer cargo no corresponden a la realidad, toda vez que la resolución acusatoria si imputó el referido agravante y agrega:

“Así pues, la Delegada abordará directamente los cargos cuarto y quinto, que reclaman dejación de las normas protectoras de la no reforma en peor, y obviando otros miramientos, manifiesta que ha sido la posición sostenida reiteradamente por el Ministerio Público, aunque contraria a la de la Corte, que la prohibición de la modificación en perjuicio, no es susceptible de variación por razón alguna, ante el presupuesto de haberse elevado recurso de alzada por el sentenciado, no obstante las ya conocidas razones de legalidad que jurisprudencia la Corte, repetidamente plasmadas en pronunciamientos del tenor que se cita....”.

Tal y como queda demostrado con las transcripciones que hace de decisiones de esta Corte sobre la no afectación de la reforma en peor cuando el Juez procura ajustar el fallo a la legalidad, la posición asumida por el Tribunal al respecto encuentra respaldo en la jurisprudencia. Sin embargo, enfatiza el Delegado, que su criterio sobre el tema es contrario, es decir, que cuando el sindicado es único apelante considera intangible la citada prohibición constitucional aunque de por medio se adviertan desafueros del fallador en la determinación de la pena, pues en este sentido la Corte Constitucional ha sostenido que igualmente se quebranta el principio cuando se decreta la nulidad para que se aplique otra norma que contiene mayor punibilidad.

En ese sentido y no en otro, es que debe interpretarse el artículo 206 del Decreto 2.700 de 1.991, así se trate de un asunto de competencia de la otrora justicia regional. Por ello, el error en que incurrió el Juez al dejar por fuera la situación fáctica con clara incidencia

en la tasación de la pena no puede ser enmendado por el fallador de segundo grado, por cuanto en este asunto el único apelante fue ARMANDO EMILIO ESPITIA y en esa medida la competencia del superior quedó limitada en los aspectos que a éste le eran desfavorables.

Por tanto, pide desestimar los cargos primero, segundo y tercero y acoger los cargos cuarto y quinto, casando el fallo en el sentido de “revocar el aumento de la pena impuesto por el ad quem, manteniendo el quantum fijado por el juez de primer grado”.

CONSIDERACIONES:

Primer Cargo.

Esta censura que postula el demandante por motivo de nulidad, es, como lo sostiene el Procurador, inadmisibile, ya que el planteamiento no solo se hace por la vía equivocada, sino que no se demuestra.

En efecto, innumerable es la jurisprudencia de esta Sala en sostener que los yerros atinentes a la valoración de prueba viciada en su producción o aporte al proceso no degenera en quebranto de la legalidad del proceso, ni trasciende a la actuación subsiguiente por cuanto los efectos de esa naturaleza se surten sobre el propio contenido y alcance de ella, es decir, la tornan inexistente y por lo mismo, la privan de aptitud demostrativa. Por eso, la ilegalidad de una prueba no requiere pronunciamiento judicial en concreto, es suficiente con que el sentenciador la excluya del conjunto de elementos de juicio en los cuales se apoya para fundamentar su decisión.

En este caso, de manera equivocada el demandante acusa la nulidad del proceso aduciendo la violación del derecho de defensa sobre la base de que se practicó un reconocimiento en fila de personas a su defendido con la participación de un estudiante de consultorio jurídico como apoderado de aquél, y por eso, es que ninguna constancia se

dejó sobre la forma deficiente como se desarrolló, toda vez que se hizo en las dependencias del UNASE, con agentes de esa entidad y ESPITIA BUSTOS era el único que se encontraba lesionado.

Como se ve, el censor se limita escuetamente a resaltar las circunstancias que le merecen el calificativo de irregulares o lesivas del derecho a la defensa, pero no más, ni siquiera precisa los efectos o el valor que para el sentenciador tuvo en la decisión de condena, los cuales, para el caso, no existen, si se tiene en cuenta que el Tribunal ni siquiera la menciona y el Juzgado fue expreso en restarle capacidad demostrativa precisamente por no reunir los requisitos de ley. Obsérvese, que al respecto el A Quo anotó que, "...el reconocimiento de los procesados en fila de personas, por parte del ofendido Concepción Guerrero, no puede apreciarse en esta causa por no reunir los requisitos de ley, es decir por no nacer al mundo del proceso como una verdadera prueba..." (f. 547, cdno.1).

No prospera el cargo.

Segundo Cargo.

Este reproche, propuesto con sustento en la causal primera de casación, por violación indirecta por falta de aplicación del artículo 445 del Decreto 2.700 de 1.991, presenta serios y sustanciales desaciertos de orden técnico que no solo impiden el estudio de fondo de la pretensión casacional, sino que imponen su inmediata desestimación, ya que no obstante sentar como premisa inicial del ataque una errada valoración probatoria que concretó en falsos juicios de identidad, de inmediato afirma el libelista que el sentenciador "desestimó" los testimonios rendidos por los coprocesados Aldemar Florian Torres y Hernán Murcia Hernández, referidos, respectivamente, al señalamiento de ESPITIA BUSTOS como partícipe de los hechos y el desconocimiento existente entre uno y otro sindicato.

Significa lo anterior, que el casacionista quiere darle entidad de yerro demandable en casación a la inconformidad que le merece el valor suasorio otorgado por el sentenciador a los referidos medios de prueba, es decir, enfrenta su particular forma de concebir y apreciar el contenido de tales versiones, frente a expuesta en los fallos de instancia.

Además, en relación con ninguna de considera indica los aspectos en los que apartándose de su contenido objetivo, el fallador las puso a decir lo que en ellas no se lee, y menos que su cotejación con el resto del caudal probatorio se hubiera efectuado mutilándola o descontextualizando sus apartes.

Desde este punto de vista el argumento no solo es equivocado sino sofístico, ya que aparte de limitarse a hacer expreso su deseo de que prefiera que se tenga como verdadera y ceñida a la verdad real de lo ocurrido la versión en la que el sindicato Aldemar Florián Torres se retractó de la imputación directa que desde el momento de su captura lanzó en contra de ARMANDO EMILIA ESPITIA BUSTOS, sino que contradictoriamente, pretende hacer surgir una duda precisamente ante la existencia de versiones opuestas de parte de la misma persona, pues eso, en el fondo, conlleva a sugerir que ninguna de las dos intervenciones ofrece motivos de credibilidad ni aparece corroborada en el proceso por otros medios.

Por el contrario, con suficiencia y acierto tanto el Juez de primer grado como el de segundo, expusieron razonadamente los motivos por los cuales la versión acogida como creíble frente a los hechos objeto de esta investigación es la primera rendida por Aldemar Florian Torres, sin que al respecto el libelista exponga por qué le parecen desacertados. Obsérvese, entonces, que el A Quo al respecto dijo:

“Por qué le damos total credibilidad a la versión inicial de aldemar Florián? Porque al igual que el contenido del informe del Sub-comandante del UNASE, está dando cuenta de unos hechos que resultaron ciertos y totalmente demostrados durante la investigación. Se llegó al municipio de Borbur (Boyacá), guiados por Espitia Bustos -ya sabemos

que era uno de los municipios que por su actividad comercial curiosamente debía frecuentar- y cuando se rehusa a continuar suministrando información, es Florián quien atando cabos suministra el nombre de Tito Rojas, así, realizadas varias indagaciones al respecto, se logra establecer que el mencionado Rojas vivía en Chiquinquirá, lugar donde nació Espitia-, pero que efectivamente tenía una finca en la vereda Alto de Osos, la que una vez localizada, hace posible el rescate sano y salvo del señor Concepción Guerrero”.

A su turno, el Tribunal expuso:

“Ningún crédito nos merece la versión que a último momento expone en declaración el ya rematado Aldemar Florián Torres (folio o407, cuad. 2), en la que plantea circunstancias que resultan diametralmente contrarias a las vertidas en su indagatoria cuando confesó su responsabilidad, pues sin que medie motivo valedero declara que las personas que señaló como partícipes del hecho son en realidad ajenos, llegando incluso a manifestar que aparte del instante de su aprehensión no los conocía.

Es que sería del todo absurdo creer en esta segunda versión de Florián Torres, según la cual, se vio precisado a sindicarse como sus compañeros de fechorías a dos extraños porque fue sometido a torturas y amenazas de muerte por parte de los agentes que lo retuvieron, pues tal argumento resulta además de incomprensible, huérfano de respaldo. Debe ser entendido solo como un esfuerzo acordado entre los procesados para beneficiar a quienes son sometidos a juicio de reproche, costa de la suerte ya decidida del condenado Aldemar Florián Torres” (f. 21, cdno. del Tribunal).

No prospera el cargo.

Tercer Cargo.

Este reparo, postulado al amparo de la causal segunda de casación, esto es, inconsonancia

entre la acusación y la sentencia porque al condenar al sindicado se le sorprendió con una circunstancia de agravación específica que no fue objeto de la acusación, es desde todo punto de vista infundado y contrario a la realidad que emana del proceso.

En efecto, si bien es cierto como lo expone el censor, de acuerdo con lo anotado en la parte resolutive del proveído calificadorio, a Murcia Hernández, Florián Torres y a ESPITIA BUSTOS se les acusó por el delito de secuestro extorsivo descrito en el artículo 268 del Código Penal, subrogado por la Ley 40 de 1.993, ello no significa la exclusión de la circunstancia de agravación del artículo 3.3. de la Ley 40 de 1.993, no obstante la expresa mención que el instructor hiciera en las consideraciones delimitando claramente el supuesto fáctico y jurídico que daba lugar a su imputación, pues en tales condiciones no quedó duda de que se integró debidamente al tipo penal que sanciona el comportamiento por el cual debieron los sindicados responder en juicio, como que se trató de un secuestro que se prolongó por más de quince días. Por eso, en el acápite pertinente a la tipicidad, se enfatizó que el delito se encontraba descrito “en el artículo 268 del Código penal, subrogado por la ley 40 de 1.993, nral. 1º y agravado según lo estipulado en el nral 3º del art. 3º de la citada ley, bajo la denominación de secuestro Extorsivo, Título X, CAPITULO I” (f. 178, cdno. 1).

Lo anterior, pues, encuentra pleno respaldo en la posición jurisprudencial, según la cual, aún en el evento en que no se hubiere hecho expresa mención al número del artículo y del numeral tipificante de la referida circunstancia específica de agravación del delito de secuestro, en las condiciones que se efectuó esta la acusación, la supuesta omisión no se erigía como impedimento para que el fallador procediera a determinar punitivamente sus consecuencias.

Al respecto, importa traer a colación la siguiente jurisprudencia en la que se retomó y definió la polémica surgida desde tiempo atrás sobre la facultad del sentenciador para deducir en la sentencia circunstancias de agravación específicas o genéricas no tenidas en

cuenta en la acusación, pues si bien como quedó visto no es el caso que aquí se presenta, resulta de gran ilustración en cuanto al erróneo planteamiento del casacionista de estimar configurado el yerro solo porque en la parte resolutive no se hizo referencia a la disposición pertinente:

“La imputación fáctica ha sido tradicionalmente definida como el hecho o el conjunto de hechos que configuran la conducta típica, y las circunstancias de modo, tiempo y lugar que los especifican. Así surge del contenido del artículo 442.1 del Código de Procedimiento Penal, y ha sido entendido por la doctrina y la jurisprudencia de la Corte. ¿Pero a cuáles circunstancias en concreto se refiere la norma? ¿A las específicas o modificadoras de la responsabilidad? ¿A las genéricas o dosimétricas? ¿A unas y otras? La Corte, hoy día, estima que a todas, sin excepción, siempre que impliquen modificaciones de la responsabilidad o de la pena, pero esta postura no ha sido la que ha guiado siempre sus decisiones en la materia.

Inicialmente fue del criterio que solo las específicas debían hacer parte del contenido de la imputación fáctica, y que su no comprensión en la acusación enervaba cualquier posibilidad de deducirla en la sentencia, cuando representaba un mayor compromiso penal para el procesado. Correlativamente se dijo que las genéricas podían, en cambio, ser imputadas directamente por el Juez en el fallo, sin incurrir en vicio de incongruencia, por tratarse de circunstancias que no modificaban los límites punitivos establecidos en los tipos penales, sino de incidencia solo en la dosificación que el Juez hacía de la pena dentro de los mínimos y máximos legalmente previstos, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 61 del Código Penal (Cfr. Casaciones de 30 de noviembre de 1994, Magistrado Ponente Dr. Juan Manuel Torres Fresneda; y, 17 de mayo de 1995, Magistrado Ponente doctor Nilson Pinilla Pinilla, entre otras).

En otras decisiones, algunas de ellas coetáneas a las ya mencionadas, adoptadas por mayoría, la Corte distinguió entre circunstancias genéricas objetivas o no valorativas, y

circunstancias genéricas subjetivas o valorativas, para sostener que las últimas debían hacer también parte de la imputación fáctica, por requerir de análisis o valoraciones previas para su deducción, y que solo frente a una inequívoca y concreta declaración de las mismas en el pliego de cargos, podía el Juez deducirlas en la sentencia (Cfr. Casaciones de noviembre 9 de 1994, Magistrado Ponente Dr. Dídimo Páez Velandia; Agosto 2 de 1995, Magistrado Ponente Dr. Ricardo Calvete Rangel; julio 29 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Carlos Eduardo Mejía; mayo 11 de 1999, Magistrado Ponente Dr. Fernando Arboleda Ripoll; y marzo 23 del 2000, Magistrado Ponente Dr. Jorge Córdoba Poveda, entre otras).

En los más recientes pronunciamientos, ha sido entendido que tanto las circunstancias objetivas como las subjetivas deben estar sometidas, en menor o mayor grado, a juicios de valor, y que frente a esta realidad, ambas especies deben aparecer imputadas en la resolución de acusación, o su equivalente, para que puedan ser objeto de deducción en la sentencia, no siendo necesario que se las identifique por su nominación jurídica, o que sean citadas las disposiciones que las describen y señalan sus implicaciones punitivas (aunque lo ideal es que esto suceda), sino que el supuesto fáctico aparezca claramente definido en ella, y que no exista la menor duda acerca de su imputación (Cfr. Casaciones de diciembre 18 del 2000 y febrero 21 del 2001, Magistrado Ponente doctor Carlos Augusto Gálvez Argote).

En síntesis, se tiene que la Corte, en la actualidad, es del criterio que todas las circunstancias que impliquen incremento punitivo, específicas o genéricas, valorativas o no valorativas, en cualquiera de sus modalidades, deben hacer parte de la imputación fáctica de la acusación para que puedan ser deducidas en la sentencia, siendo suficiente para que esta exigencia se cumpla que el supuesto de hecho que las estructura aparezca claramente definido en ella, de suerte que su imputación surja inequívoca de su contenido.

Como ha sido ya precisado en pronunciamientos anteriores, no se trata de exigir que la circunstancia aparezca jurídicamente identificada a través de la norma que la consagra, o mediante fórmulas sacramentales predeterminadas, pero tampoco de suponer que se las dedujo, donde no lo fueron, con el argumento de que su imputación resulta implícita o sobreentendida, en razón a la naturaleza de los hechos, o el simple recuento que de los mismos pudo haber sido efectuado en la acusación. Lo exigible es que el supuesto de hecho de la circunstancia que fue objeto de deducción en la sentencia (específica o genérica, valorativa o no valorativa), aparezca precisado inequívocamente en la acusación, de suerte que entre los dos actos procesales (sentencia y pliego de cargos) exista identidad plena en el aspecto fáctico (Cfr. Casación de 30 de noviembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote)” (Casación del 4 de abril de 2.001, rad. 10.868, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll).

Todo lo anterior, deja al descubierto la contradicción que entraña esta propuesta casacional al rematar afirmando la vulneración del principio constitucional de la prohibición de reforma en perjuicio, si se tiene en cuenta que conforme a los supuestos teóricos que inspiran esta causal, la mayor punibilidad tendría como fuente exclusiva el desconocimiento de la acusación para tasar la sanción con base en delitos o circunstancias no imputadas en la acusación. En cambio, en la reforma en peor el punto de referencia único es la sentencia de primer grado, lo cual supone una correcta correspondencia entre ésta y la acusación.

No prospera el cargo.

Cuarto y Quinto.

Estas censuras permiten una respuesta conjunta, ya que si bien se proponen de manera separada, ambas tienen como sustento el cuerpo primero de la causal primera de casación y están referidas a las disposiciones constitucionales y procesales

reguladoras de la prohibición de reforma peyorativa, solo que el censor de manera inadecuada, en el cuarto reproche invierte el orden de las cosas y cita como quebrantado el artículo 206 Decreto 2.700 de 1.991, norma procesal, para terminar afirmando la inaplicación del artículo 31 de la Carta Política y 217 ibídem.

En conclusión, considera que el fallador de segundo grado no podía, so pretexto del grado jurisdiccional de consulta desconocer la condición de apelante único que tenía el procesado ESPITIA BUSTOS para por esa vía incrementar la pena en 8 años de prisión, derivados de la aplicación de la circunstancia de agravación que el A Quo omitió en sus consideraciones.

En este sentido, abundante y reiterada es la jurisprudencia de la Sala en la que se sostiene que en aquellos asuntos de la antes denominada justicia regional, las sentencias no anticipadas, al ser objeto de consulta, independientemente de que fueran de carácter absolutorio o condenatorio, eran consultables por mandato legal, es decir, que por expresa disposición del legislador, siempre operaba en relación ellas el aludido grado jurisdiccional, aún en el evento en que el procesado la apelara y por ende, respecto de ellas no operaba la prohibición de reforma en perjuicio, cuando advirtiendo desaciertos en la decisión del A Quo el superior entraba a corregirlos pese a que ello reportara agravación de la situación del apelante.

En este sentido, no sobra recordar que sobre el tema ha dicho esta Sala que:

“Sobre este tópico la jurisprudencia de la Sala, acorde con la Corte Constitucional, ha reiterado de tiempo atrás que la correcta hermenéutica del artículo 206 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 29 de la Ley 81 de 1993, permite inferir que las sentencias no anticipadas proferidas por los jueces regionales siempre son consultables, aún cuando contra ellas se interponga el recurso de apelación¹.

La frase “son consultables cuando contra ellas no se interponga recurso alguno”

contenida en dicha norma establece el deber que tiene el superior funcional de revisar oficiosamente y en su integridad las actuaciones procesales en los eventos que contempla, sin necesidad de esperar que las diligencias le sean enviadas con ocasión de los recursos ordinarios interpuestos por los sujetos procesales.

Dando alcance a la citada frase, con ponencia del H. Magistrado Fernando Arboleda Ripoll, en sentencia del 21 de octubre de 1998, la Sala indicó:

“La expresión “son consultables cuando contra ellas no se hubiere interpuesto el recurso de apelación”, utilizada en normatividades anteriores (ley 17 de 1975, art. 1º y Decreto 050 de 1987, art.210), e incorporada hoy con algunas variantes en el texto del artículo 29 de la ley 81 de 1993, tenía entonces razón de ser porque el recurso de apelación otorgaba competencia al ad quem para conocer sin limitaciones de la providencia impugnada (Ley 17 de 1975, art. 3º y Decreto 050 de 1987, art. 538), tornando por contera innecesaria la consulta, e imprimiéndole a ésta un verdadero carácter subsidiario.

“Frente a la normatividad actual, en que el recurso de apelación otorga competencia al superior para decidir únicamente sobre los aspectos impugnados, una consideración de esta índole pierde vigencia, no siendo posible postular que la consulta es subsidiaria de la apelación.

“La supletoriedad del instituto de la consulta ha de ser entendida en relación con los aspectos que no han sido objeto de apelación, y sin que la interposición del recurso comprometa la potestad del ad quem, derivada de la ley, de poder reformar sin limitación alguna la decisión consultada, aún en los aspectos impugnados y en perjuicio del procesado.

“Totalmente equivocado resulta, por consiguiente, impugnar un determinado aspecto de la decisión consultable, en el entendido de que así se impide su examen integral por la segunda instancia, o que de esta manera el procesado en cuyo nombre se apela

amparado por el principio de no reformatio in pejus”.

También ha dicho la Sala en repetidas ocasiones que el instituto procesal de la consulta no es un medio de impugnación ni un recurso, sino un mecanismo de revisión de la legalidad de ciertas decisiones judiciales, que opera por ministerio de la ley, y que debe cumplir ex officio el superior funcional de quien la ha proferido, pues se funda en razones de interés general y es de carácter imperativo.

De no ser así bastaría que el interesado interpusiera el recurso de apelación contra la providencia que de suyo es consultable, para extraerle de un tajo tal carácter, dando al traste con el grado jurisdiccional de consulta, que en manera alguna fue previsto por el legislador como un mecanismo destinado a operar dependiendo de la voluntad de los sujetos procesales.

4-. Cabe recordar que la Corte Constitucional en sentencia C-583 del 13 de noviembre de 1997, (M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz) declaró exequible el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 34 de la Ley 81 de 1993, en cuanto la consulta habilita al superior para decidir sin limitación alguna sobre la providencia consultada o la parte pertinente de ella. A diferencia de la apelación que permite revisar únicamente los aspectos impugnados.

Así las cosas, no puede compartirse la postura del demandante, en el sentido de que la simple interposición del recurso de apelación contra una decisión consultable, cualquiera sea el aspecto impugnado, enerva la posibilidad de que el superior pueda entrar a considerar los aspectos que no han sido objeto de tacha por el apelante.

De igual manera, no pueden acogerse los planteamientos del señor Procurador Delegado, pues en esencia el cargo no se cimienta, como pareciera, simplemente en la vulneración de la prohibición de la reformatio in pejus, sino en premisas que no

compaginan con el recto entendimiento de la normatividad que regula lo atinente al grado jurisdiccional de consulta.

5-. Al margen de los anteriores asertos, si bien se constata objetivamente que el Tribunal Nacional agravó la pena impuesta al señor MANUEL CESAR BUITRAGO MARTÍNEZ, el fallo no es violatorio del artículo 31 de la [Constitución Política](#), ni del artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, puesto que era deber del Tribunal ajustar la pena al principio de legalidad, para aplicar, como lo hizo, la sanción penal condigna a las circunstancias en que fueron cometidos los ilícitos y de conformidad con los preceptos que regulan el concurso, el dispositivo amplificador de la tentativa y las agravantes específicas y genéricas.

No podía el superior funcional pasar por alto los desaciertos en el cálculo de la pena vertidos en la sentencia de primera instancia, so pretexto de la prohibición de la no reformatio in pejus, pues esta veda jurídica no tiene cabida cuando el A-quo haya ignorado el principio de legalidad de los delitos y de las penas, y de contera el debido proceso.

La institución jurídica comúnmente denominada prohibición de la reformatio in pejus, o reforma peyorativa, o reforma en lo peor ha sido ampliamente alinderada por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, especialmente en cuanto a explicar que, a pesar de su constitucionalización, el artículo 31 de la Carta no ha consagrado un derecho absoluto y sin excepción alguna para los condenados que apelan como parte única la sentencia.

6-. La Sala ha sido reiterativa en determinar que la prohibición de la reformatio in pejus no tiene lugar cuando la sentencia materia del recurso de apelación ha desconocido el principio de legalidad.

Ejemplar y de enorme valor ilustrativo es la Sentencia del 28 de octubre de 1997, con

ponencia del Honorable Magistrado Dr. Carlos E. Mejía Escobar. En ella se expresó:

“La Sala ha venido considerando que dada la constitucionalización del principio de legalidad y habida cuenta del mandato que sobre el carácter normativo de la Carta contiene la propia Constitución, no es posible sostener la prevalencia de la prohibición de reforma en peor de las sentencias (Art. 31 C.P.), para aplicar ésta última disposición en perjuicio de aquel. La garantía fundamental que implica el principio de legalidad (C.P. art. 29) no se puede agotar en la recortada perspectiva de la “protección del procesado” en un evento determinado, sino que ella trasciende en general a todos los destinatarios de la ley penal a fin de que el Estado (a través de los funcionarios que aplican la ley, esto es, los jueces) no pueda sustraerse de los marcos básicos (mínimo y máximo) de la pena declarada por el legislador para cada tipo penal o para cada clase de hecho punible.

“Grave perjuicio a la igualdad de todos ante la ley penal (basilar en el Estado de Derecho) se originaría de admitir que por la vía particular de la sentencia, un sujeto de derecho pudiese recibir penas más allá de los límites máximos dispuestos por el legislador, o que estén por debajo de sus límites mínimos, o no consagrados en ley. De ahí que se acuda al principio de coexistencia de las disposiciones constitucionales para intentar un marco de aplicación que no sacrifique ninguna de las garantías (legalidad de la pena y exclusión de reformatio in pejus) en detrimento de la otra, y que de paso tampoco desconozca principios, valores y derechos también fundamentales como los de separación de poderes (arts. 1 y 113 C.P.), sometimiento del juez al imperio de la ley (entendiendo en ella a la constitución misma) (arts. 4 y 230 C.P.), primacía y aplicación inmediata de los derechos fundamentales (arts. 84,93, y 94 C.P.), y reserva del legislador para la expedición de códigos (arts. 28 y 150 C.P.) entre otros.

Para el Tribunal Nacional, se insiste, era imperativo restablecer la legalidad ignorada, es decir aplicar las sanciones dentro de los parámetros previstos por el legislador. Al enmendar el desatino palpable en la sentencia de primera instancia, consistente en

reprimir como si fuera tentado el delito de falsedad personal, a pesar de haber admitió su consumación, y fijar desfasadamente los mínimos punitivos, si bien es cierto se vio obligado a aumentar la pena hasta empalmarla con la legalidad, no incurrió en desconocimiento de la prohibición de la reformatio in pejus” (Casación del 10 de mayo de 2.001, rad. 14.605, M.P., Dr. Edgar Lombana Trujillo).

Eso, es precisamente lo que ocurrió en este caso por cuanto lo que hizo el Tribunal al incrementar en ocho años la pena de prisión impuesta a los procesados en primera instancia, fue acompasar la sanción conforme correspondía de acuerdo al cargo imputado en la resolución acusatoria, frente al cual fueron hallados culpables en toda su dimensión, es decir, junto con las circunstancias del hecho que estando también tipificadas y desde luego, atribuidas en la pliego de cargos, implican una penalidad diversa a la del delito simple, por manera que la pena legal para el ilícito de secuestro extorsivo no estaba, entonces, únicamente delimitada entre 25 y 40 años, sino que, además, la misma podría incrementarse entre 8 y 20 años más.

En estas condiciones, entonces, el cargo no prospera.

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

RESUELVE:

No casar el fallo impugnado.

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

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
CASTELLANOS

HERMAN GALÁN

Permiso

Salvamento parcial de voto

CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE
 GÓMEZ GALLEGU

JORGE ANÍBAL

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Comisión de servicio

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Impedida

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria

1 Confrontar: Radicación 12.741. Sentencia del 5 de septiembre de 2000. M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo.