

Proceso No 21816

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

DR. MAURO SOLARTE PORTILLA

Aprobado acta No. 080

Bogotá, D.C., veinte de octubre del año dos mil cinco.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado JORGE IVÁN MONTOYA CARDONA, contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante la cual lo condenó a ciento noventa (190) meses de prisión y multa en cuantía de mil setecientos (1700) salarios mínimos legales mensuales por el concurso de delitos de secuestro extorsivo y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Hechos y actuación procesal.-

1.- Aquellos, ocurridos en Medellín, fueron declarados por el juzgador, de la manera siguiente:

“El 26 de abril del año anterior (2002), Ángela Patricia Duque Restrepo ante la Dirección del Gaula presentó denuncia por el plagio de Juan Felipe Ramírez Blair, su compañero, y el hurto calificado y agravado del que fueron víctimas. Advierte que el 24 del mismo mes a eso de las 11:45 p.m. cuando llegó a su residencia ubicada en el Barrio Poblado, Alto de las Palmas, Ramírez Blair fue sorprendido en el parqueadero por un grupo de

hombres fuertemente armados quienes después de ingresar a la residencia y saquearla le notificaron que se trataba de un secuestro. Como minutos después ella hizo presencia en el lugar, también fue sometida junto con el servicio doméstico y el mayordomo.

“Al marcharse, los hombres exigieron por la liberación mil millones de pesos pagaderos en el término de 3 días. Es de anotar que varios de los agresores huyeron en el vehículo de propiedad de la denunciante en tanto los otros se quedaron a su cuidado con el (fin) de evitar cualquier información a las autoridades. Aquellos que se retiraron con la víctima, 500 metros más adelante y ya en la carretera principal recogieron a Jorge Iván Montoya Cardona, agente de la policía que en ese lugar prestaba labores de campanero les hizo compañía hasta una zona rural del municipio de Entreríos donde el plagiado fue entregado a otras personas. Cabe agregar que antes de llegar al sector de San Diego (la ruta seguida por los asaltantes fue la de regresar a Medellín para luego tomar la troncal del Norte) se les unió un individuo que se movilizaba en una moto y quien impartió algunas instrucciones.

“Luego de que en los días siguientes resultaran frustráneas las conversaciones acerca del rescate, un individuo conocido como ‘Alfonso’ y quien aparece como Jefe de la organización, dio la orden de dar muerte al secuestrado. Sin embargo, los individuos que estaban a su cuidado se negaron a cumplirla, se retiraron con éste hasta la ciudad de Medellín y aquí previo el pago de 70 millones de pesos lo dejaron en libertad”.

2.- Asumido el conocimiento del asunto por la Fiscalía Cuarenta y Siete Especializada Adscrita al Gaula con sede en Medellín, el veintinueve de abril del año dos mil dos dispuso llevar a cabo la etapa de investigación previa (fls. 6 y ss-1), durante la cual fueron recaudados algunos medios de convicción.

Días más tarde, el primero de mayo de dos mil dos, esta misma autoridad declaró formalmente abierta la investigación (fl. 25), y vinculó mediante diligencia de

indagatoria a JORGE IVÁN MONTOYA CARDONA (fl. 35) a quien definió la situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva (fls. 72 y ss.).

3.- Posteriormente, previa clausura parcial del ciclo instructivo respecto del imputado vinculado mediante indagatoria a la investigación (fl. 156), el dieciocho de octubre del año dos mil dos se calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación en contra del procesado JORGE IVÁN MONTOYA CARDONA, “como presunto coautor del concurso material, homogéneo (sic) de hechos punibles de Secuestro Extorsivo, Hurto Calificado y Agravado, y Porte Ilegal de Armas de Fuego” (fls. 187 y ss.), mediante determinación que el veintiséis de noviembre siguiente la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín confirmó íntegramente, al conocer de la apelación interpuesta por la defensa (fls. 225 y ss.).

4.- El trámite del juicio fue asumido por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Medellín (fl. 238), en donde se llevó a cabo la diligencia de audiencia pública (fls. 259 y ss.), y el siete de mayo de dos mil tres se puso fin a la instancia condenando al procesado JORGE IVÁN MONTOYA CARDONA, a las penas principales de ciento sesenta y seis (166) meses de prisión y multa en cuantía de mil quinientos ochenta y cuatro (1584) salarios mínimos legales mensuales, y las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, así como a la prohibición del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego, ambas por el término de diez (10) años, entre otras determinaciones, a consecuencia de encontrarlo penalmente responsable como cómplice del delito de secuestro extorsivo, en concurso con el de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal a título de autor, imputados en el pliego enjuiciatorio. En esa misma decisión lo absolvió de los cargos que le fueron formulados por el delito de hurto calificado-agravado (fls. 284 y ss.).

Este fallo fue apelado por la Fiscalía (fl. 329) y el Ministerio Público (fls. 331). La primera mostró inconformidad con la imputación de complicidad en el secuestro, pues en su

criterio lo que se configura es una coautoría en dicho delito, y pidió además revocar la absolución por el delito contra el patrimonio económico ya que en su criterio procedía la condena. El Procurador 123 en lo Judicial, por su parte, también demandó la condena como coautor del delito de secuestro, pero solicitó confirmar la absolución por el de hurto.

Durante el término de traslado para los sujetos procesales no recurrentes, el defensor solicitó confirmar el fallo de primera instancia (fls. 351 y ss.).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, al conocer en segunda instancia de la impugnación interpuesta, mediante sentencia proferida el seis de agosto de dos mil tres decidió “CONFIRMAR el fallo condenatorio proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Medellín contra JORGE IVÁN MONTOYA CARDONA por los delitos de secuestro extorsivo y porte ilegal de arma de fuego de uso civil, pero con la modificación en el sentido que la pena privativa de la libertad será de CIENTO NOVENTA (190) MESES DE PRISIÓN y MULTA DE MIL SETECIENTOS (1700) salarios mínimos legales mensuales en lugar de los 166 meses de prisión y 1584 salarios de multa” (fls. 359 y ss.).

5.- Contra el fallo de segunda instancia, en oportunidad el procesado MONTOYA CARDONA (fls. 370) y su defensor (fl. 373) interpusieron recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido por el ad quem (fl. 375), y el profesional del derecho presentó la correspondiente demanda (fls. 379 y ss.) siendo admitida por la Sala (fls. 4 cno. Corte).

La demanda.-

Con fundamento en la causal primera, apartado primero, de casación, dos cargos postula el censor contra la sentencia del Tribunal en los que la acusa de ser violatoria, por la vía directa, de disposiciones de derecho sustancial.

PRIMER CARGO. (Aplicación indebida del art. 61 del C.P.).

Manifiesta que su asistido fue condenado en primera instancia por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado por los delitos de secuestro extorsivo y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal. Esta decisión, fue recurrida en apelación por la Fiscalía y el Ministerio Público. La Fiscalía consideró que el procesado debió ser condenado por los delitos de secuestro extorsivo, hurto calificado y agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal. La Procuraduría, por su parte, solicitó condena por los delitos de secuestro extorsivo y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, y mantener la absolución por el delito de hurto calificado agravado.

En sus alegaciones, los impugnantes se limitaron a solicitar cambio en la forma de participación del procesado en los hechos, “es decir atacaron la complicidad que fue la deducida por el despacho en la sentencia, en tanto que ellos pregonaban se diera aplicación a la coautoría; lo que, se traduciría en que al determinársele como autor, se le daba total aplicación al art. 169 del C.P. y no al art. 30 del C.P. que era el objeto de su censura”.

Si bien el fallador de segunda instancia al desatar el recurso interpuesto, encontró mérito para mantener la decisión de primer grado, acudió indebidamente al artículo 61 del Código Penal para incrementar la pena impuesta por el a quo, pese a que dicho aspecto no fue objeto del recurso de apelación, con lo cual transgredió también lo dispuesto por el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal, que le otorgaba competencia para resolver asuntos inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación.

Con fundamento en lo expuesto, solicita a la Corte casar parcialmente la sentencia recurrida y condenar al procesado a las penas indicadas en el fallo de primera instancia.

SEGUNDO CARGO. (Falta de aplicación del artículo 171 del Código Penal).

Sostiene que en el fallo de primera instancia se reconoció que no existía mérito para aplicar la circunstancia de agravación prevista en el artículo 170-8 del Código Penal, modificado por el artículo 3º de la Ley 733 de 2002, que prevé que el delito se agrava cuando se obtenga utilidad, provecho o la finalidad perseguida por los autores o partícipes, toda vez que el procesado no se benefició del dinero que el secuestrado entregó a los plagiarios que lo acompañaron en su viaje de regreso.

Este mismo análisis, dice, ha debido realizarse por el juzgador en respuesta a la pretensión de la defensa presentada en la audiencia pública, cuando solicitó la aplicación del artículo 171 del Código Penal que establece la atenuación punitiva cuando el plagiado es dejado en libertad dentro de los 15 días siguientes a su secuestro y sin haberse obtenido utilidad alguna por su liberación.

Entiende que si se presentó ruptura en la empresa criminal y el procesado no se benefició de las utilidades por ese hecho, resulta asimismo imposible sostener que MONTOYA CARDONA hubiera querido que el plagiado permaneciera en cautiverio hasta el momento en que entregó el dinero a dos de los secuestradores, pues la ruptura en la empresa criminal de que habla el fallo, hace que la liberación hubiere sido voluntaria, por lo que la sentencia debe ser casada a fin de dar aplicación al artículo 171 del Código Penal y reducir la pena a la mitad de la impuesta en el fallo, conforme lo solicita de la Corte (fls. 379 y ss.).

Concepto del Ministerio Público.-

El Procurador Primero Delegado para la Casación Penal, en relación con el primer cargo formulado en la demanda, manifiesta que el recurrente se refiere a una supuesta aplicación indebida del artículo 61 del Código Penal, y en forma desatinada menciona también como indebidamente aplicado el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal, cuando sostiene que el ad quem desbordó los términos de la impugnación, lo que

resulta antitécnico.

Considera, no obstante, que si bien de conformidad con el inciso primero del mencionado artículo 204, la competencia del superior se halla limitada a los asuntos inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación, lo dispuesto por el inciso segundo permite inclusive agravar la sanción impuesta por la primera instancia, si el Fiscal, el Ministerio Público o la Parte Civil, teniendo interés para ello, hubieren recurrido el fallo.

Esto indica, dice, que frente al estudio de los escritos de apelación presentados por el Ministerio Público y la Fiscalía, el Tribunal ostentaba competencia para llevar a cabo un cambio en el grado de participación del procesado en los ilícitos, analizando el comportamiento delictivo con sus circunstancias, lo que en efecto hizo, para, después de esa evaluación, considerar que aún conservando la misma calificación que de los hechos hizo el a quo, resultaba procedente un incremento punitivo.

Observa que en las anotadas condiciones, la decisión del superior no desbordó la competencia que le señala el Código de Procedimiento Penal, pues el recurso fue interpuesto y sustentado por sujetos procesales cuya intervención permite agravar la pena en el marco de la segunda instancia, razón por la cual el Tribunal no incurrió en violación de la competencia funcional del superior.

Por tal motivo, dice, la providencia del Tribunal Superior de Medellín, al incrementar la pena de JORGE IVÁN MONTOYA CARDONA, de 166 a 190 meses de prisión, y la multa de 1584 a 1700 salarios mínimos legales mensuales, se hizo acertadamente, con sustento en el artículo 61 del Código Penal, como fundamento para la individualización de la pena, por lo cual no hubo la aplicación indebida que se denuncia.

Considera, por tanto, que la censura no debe prosperar.

Respecto del segundo cargo, estima que el casacionista ignora el objeto de la causal que aduce, al no admitir los hechos ni la valoración que de ellos hizo el juzgador.

Pese a las reiteradas advertencias de la jurisprudencia sobre el particular, éstas fueron pasadas por alto en la demanda, en la cual, a manera de un alegato de instancia, se solicita con base en el criterio particular del recurrente, que se dé aplicación al artículo 171 del Código Penal, indicando, además, cómo debería efectuarse el análisis fáctico y probatorio y controvirtiendo los fundamentos del fallo de primer grado con respecto a este punto concreto.

Después de reproducir un aparte del fallo de primera instancia, sostiene que en desarrollo de la censura no existe una argumentación congruente con la causal que se invoca, pues la ruptura de la empresa criminal sí fue reconocida por el sentenciador. Destaca, además, que en los fallos no aparece razonamiento alguno en cuanto a la voluntad del procesado en mantener secuestrado a Juan Felipe Ramírez Blair, y éste es claro en informar que las dos personas que finalmente le ayudaron a escapar, lo hicieron por su cuenta sin consultar al jefe o al resto del grupo que participó en la actividad inicial del plagio.

Por razón de lo dicho, estima evidente que no existió el error denunciado, y además la demostración del cargo no consulta las exigencias técnicas para su formulación, por lo que carece de vocación de éxito.

Con fundamento en lo expuesto, sugiere a la Sala no casar la sentencia materia de impugnación (fls. 6 y ss.).

SE CONSIDERA:

La Corte, al igual que lo hizo el Delegado de la Procuraduría, abordará la respuesta a los cargos propuestos en la demanda, en el mismo orden observado por el casacionista, pese a

que éste no indica la prelación con que debe aprehender su estudio, ni el carácter principal o subsidiario de las censuras que presenta.

PRIMER CARGO. (Violación directa del disposiciones de derecho sustancial. Aplicación indebida del artículo 61 del Código Penal).

La violación directa de la ley sustancial, puede llegar a presentarse por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea de un determinado precepto. Tradicionalmente ha sido entendido por la jurisprudencia de esta Corte, que la falta de aplicación encuentra realización cuando el juzgador deja de aplicar al caso la disposición llamada a regirlo; la aplicación indebida cuando aduce una norma equivocada; y la interpretación errónea, cuando acierta en la selección del precepto que debe regular el caso y lo aplica, sólo que dándole unos alcances o efectos diversos de aquellos que jurídicamente le son inherentes.

Del mismo modo, persistentemente ha sostenido que los argumentos relacionados con dicha forma de violación a la ley, deben ser expuestos en estricto raciocinio jurídico, sin que en su desarrollo resulte admisible plantear o sugerir la comisión de errores en la apreciación probatoria, pues de presentarse éstos, el cargo deberá ser formulado en capítulo separado, expresando con nitidez la clase de error probatorio en que incurrió el juzgador (si de hecho o de derecho) y la especie y trascendencia que dicho desacierto tuvo en la declaración de justicia contenida en la parte resolutive del fallo.

Tampoco resulta compatible con la lógica que gobierna el recurso, que al amparo de la causal primera, se invoque o sugiera la configuración de un motivo de ineficacia de lo actuado, pues aquella supone que el fallo ha sido proferido en juicio exento de vicios y por lo mismo posibilita el proferimiento de uno que deba reemplazarlo, en tanto que la nulidad impide proveer una respuesta de fondo al objeto del juicio, sin que la Corte pueda optar por una de dichas alternativas excluyentes, no sólo por la naturaleza rogada del

instrumento extraordinario sino por prohibirlo el principio de limitación que rige su actuación (art. 216 de la Ley 600 de 2000).

Estos lineamientos no son acatados por el casacionista en el presente evento, pues a pesar de enunciar el cargo como violación directa por aplicación indebida del artículo 61 del Código Penal, contradictoriamente hace depender demostración del yerro de la alegación de haber violado por el juzgador de alzada lo dispuesto por el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal de 2000, al disponer un incremento de pena no pedido por la Fiscalía y el Ministerio Público como sujetos procesales recurrentes, con desbordamiento funcional del límite impuesto por la apelación, con lo cual da en sugerir la violación del debido proceso, denunciable al amparo del motivo tercero de casación.

Esta entremezcla indebida de causales y conceptos, riñe abiertamente con la necesidad de seleccionar adecuadamente la causal en que han de ampararse cada uno de los ataques que se presenten en sede extraordinaria, y la claridad y precisión de los fundamentos fácticos y jurídicos que le sirven de apoyo.

Resulta manifiesta la precariedad en el desarrollo de la censura que el casacionista formula, al punto de que no logra percatarse que el reparo por aplicación indebida del artículo 61 del Código Penal, supondría reconocer, por supuesto acreditar, que dicha disposición no sería la llamada a regir el caso. Sin embargo, no puede resultar desconocido que el precepto en mención alude a los “fundamentos para individualizar la pena” no sólo en ése sino en todos los eventos en que la decisión de mérito por parte del juzgador sea la de imponer una pena como consecuencia de la declaración de responsabilidad penal por llevar a cabo una conducta definida en la ley como delito.

En tales circunstancias, a lo sumo lo que podría haber alegado el casacionista sería

falta de aplicación o interpretación errónea, pero no aplicación indebida pues ella es obligatoria para la generalidad de los fallos de condena, independientemente del delito por el que se proceda.

Así las cosas, sin perjuicio de advertir sobre la posibilidad de que la Corte ejerza la oficiosidad para corregir el yerro que advierte por la senda de la causal tercera, resulta evidente que la invocación y desarrollo de la censura que al amparo de la causal primera el casacionista propone, resulta inestudiable por los motivos suficientemente vistos.

Se desestima el cargo.

SEGUNDO CARGO. (Violación directa de la ley sustancial. Falta de aplicación del artículo 171 del Código Penal de 2000).

El demandante sostiene que los juzgadores dejaron de aplicar el artículo 171 del Código Penal, modificado por el artículo 4º de la Ley 733 de 2002, que establece la circunstancia de atenuación punitiva para el delito de secuestro, consistente en que “si dentro de los quince (15) días siguientes al secuestro, se dejare voluntariamente en libertad a la víctima, sin que se hubiere obtenido alguno de los fines previstos para el secuestro extorsivo, la pena se disminuirá en la mitad”.

Ab initio se advierte que el casacionista carece de interés para postular en sede extraordinaria este reparo, toda vez que el juzgador de primera instancia en sus consideraciones expresamente excluyó la aplicación de dicha circunstancia de atenuación punitiva por considerar que no resultaba procedente para el caso y, pese a ello, el defensor no mostró inconformidad alguna contra esa, ni contra ninguna otra, de las determinaciones adoptadas por el a quo, al punto que no interpuso recurso de apelación

contra el fallo.

Antes por el contrario, dentro del término de traslado para los sujetos procesales no recurrentes, solicitó al Tribunal “confirmar el fallo acusado, en los mismos términos que fijó el Despacho de Instancia” (fl. 352), lo que denota acogimiento a la decisión de primer grado, por ende la renuncia a cualquier reclamación posterior, dado que la omisión del impugnante privó al ad quem de pronunciarse sobre dicho particular.

Por este motivo, resulta improcedente proponer en casación un asunto que no ha sido sometido a debate previo, dada la progresividad que el proceso penal ostenta, y el carácter preclusivo de cada una de las fases que lo componen.

Al margen de lo expuesto, de suyo suficiente para desestimar la censura, es de decirse que aún en el supuesto de que en la defensa asistiera interés para postular el ataque, se advierte que para que dicha alegación pudiera tener alguna posibilidad de éxito en sede extraordinaria, el casacionista tenía por carga demostrar que los juzgadores de instancia declararon probado que dentro de los quince días siguientes a la fecha en que fue secuestrada, la víctima fue dejada voluntariamente en libertad por los plagiarios, que no se obtuvo ninguno de los fines perseguidos con la realización de la conducta, y, además, que pese a todo esto, dejaron de reconocer en la parte resolutive del fallo las consecuencias punitivas establecidas en la disposición que se denuncia inaplicada.

No obstante este derrotero consustancial a la alegación de violación directa de la ley, como se ha dejado visto, es lo cierto que por parte alguna de su discurso se da a la tarea de traer a colación el aparte o apartes del fallo de primera o de segunda instancia en donde se llegue a este tipo de conclusiones, y en lugar de ello pretende la demostración del yerro a partir de reproducir la consideración del juzgador de primera

instancia en la que descartó la aplicación de la circunstancia de agravación punitiva contenida en el artículo 170-8 del Código Penal, lo cual resulta jurídicamente incorrecto en razón a que se fundan en supuestos fácticos distintos.

Esto si se toma en cuenta que la circunstancia agravante de la punibilidad sólo exige que los autores o partícipes del plagio obtengan la utilidad, el provecho o la finalidad perseguida con el secuestro, en tanto que la atenuante requiere para su configuración y reconocimiento, la prueba de que la liberación sea voluntaria, que se produzca dentro de los quince días siguientes al plagio, y que no se hubiere obtenido alguno de los fines previstos para el secuestro extorsivo.

El casacionista pretende la aplicación de la diminuyente, a partir de encontrar acreditado que la liberación se produjo dentro de los quince días siguientes al plagio y que no se obtuvo la finalidad económica perseguida, pues hubo una ruptura de la empresa criminal y quienes obtuvieron el beneficio fueron otros copartícipes.

No toma en cuenta, sin embargo, que el juzgador de primera instancia encontró acreditado que la liberación no fue voluntaria, al sostener con apoyo en la prueba recaudada, que en relación con el procesado MONTOYA CARDONA “tampoco es jurídico reconocer respecto de él una eventual atenuación punitiva por el flanco de la pretendida liberación voluntaria” (fl. 307), y que el Tribunal, por su parte, si bien encontró configuradas las circunstancias de agravación previstas en los numerales 3º, 6º y 8º del artículo 3º de la Ley 733 de 2000, a través del cual modificó el artículo 170 del Código Penal, dejó expresa constancia de la imposibilidad de aplicarlas con el siguiente argumento que el censor no controvierte:

“Una acotación final. La conducta está agravada por las circunstancias previstas en el artículo 3º de la Ley 733 de 2002 numerales 3º, 6º y 8º, pero el calificador sólo hizo referencia a la última que atañe a la obtención de la utilidad propuesta. Sin embargo, el

fallador de primer grado la descartó argumentando que la suma a la postre entregada a dos de los secuestradores lo fue voluntariamente por la víctima como gratificación por no haber ejecutado la orden de matarlo dada por el jefe y porque ese beneficio no lo obtuvo el procesado. La Sala no comparte ese razonamiento pues si uno o varios de los plagiarios deciden apoderarse de todo el rescate y no participar a sus compinches ello no desvertebra la causal de agravación. Empero, no es dable oficiosamente endilgar en segunda instancia esa causal so pena de transgredir el principio de la congruencia entre imputación y el fallo y el de limitación que plasma el artículo 240 del C.P.P.. El tema no fue propuesto por los recurrentes ni guarda estrecha relación con los que sí lo fueron” (fls. 368-369).

De manera que si el casacionista pretendía el reconocimiento de la diminuyente que alega, sólo podría hacerlo por la vía de la infracción indirecta a través de denunciar errores en la apreciación probatoria, lo cual ni siquiera ensaya. Esto si se da en considerar que el juzgador declaró no probados los supuestos fácticos de la disposición cuya aplicación extraña.

Advierte la Corte que tampoco de la prueba recaudada se establece que la liberación del señor JUAN FELIPE RAMÍREZ BLAIR se hubiere producido voluntariamente y sin reclamar pago alguno por ello, para suponer que asistiría razón al casacionista de haber formulado el reparo por la vía indirecta, sino por el contrario, que fue por razón del pago de la suma de setenta millones de pesos que se lo dejó en libertad, como fue declarado por el Tribunal en la reseña fáctica y así se extracta de la declaración rendida por la víctima:

“Salí del hotel con los dos muchachos y volví a llamar a mi secretaria al celular y le dije que me pasara a mi esposa y le dije que a las 8 de la noche nos encontraríamos en Pícolo de la 70 y así fue. A las 8 en punto nos encontramos, ellos, o sea mi señora y mi papá, llevaron SETENTA MILLONES DE PESOS en efectivo que yo les dije que llevaran para entregarle a esos muchachos y así fue. Se los entregamos y se fueron y mi papá, mi

esposa y yo nos vinimos para el GAULA como a las nueve de la noche a hablar con JUAN FERNANDO BEDOYA" (fl. 12).

Asiste razón, por tanto, al Procurador Delegado cuando sostiene, en criterio que la Sala no puede menos que compartir, que "como si se tratara de un alegado de instancia, el recurrente solicita con base en su particular criterio, que se dé aplicación al artículo 171 del Código Penal, indicando además, cómo debe ser el análisis fáctico y probatorio a efectuarse, y controvirtiendo los fundamentos del fallo de primer grado con respecto a este punto concreto" (fl. 12 cno. Corte).

El cargo, en consecuencia, no prospera.

CASACION OFICIOSA.

A pesar de la improsperidad de las censuras que el casacionista presenta, la Corte advierte la existencia de un yerro in procedendo en el cual incurrió el juzgador de segunda instancia, cuya corrección oficiosa resulta posible en ejercicio de la facultad atribuida por el artículo 216 de la Ley 600 de 2000.

En efecto, el artículo 204 del estatuto procesal del año 2000, hace referencia a la competencia del superior para pronunciarse sobre los aspectos materia de impugnación y respecto de los inescindiblemente vinculados con aquellos, sea que se trate de sentencia o de providencia interlocutoria.

A dicho propósito cabe recordar que la jurisprudencia de esta Corte tiene establecido, como se da cuenta en la sentencia proferida el dos de mayo de dos mil dos dentro del proceso radicado con el número 15262, que "el proceso penal es, en esencia, escenario de controversia, a través del cual el Estado ejercita la potestad de investigar, juzgar

y sancionar la realización de conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico. Esa actividad, sin embargo, en virtud del principio de legalidad, no puede desarrollarse de modo arbitrario, pues la ley establece las reglas de su adelantamiento y a ellas deben sujetarse las actuaciones del Fiscal, del Juez y de las partes, siendo esta la manera en que ordena el desarrollo procesal, el cual, adicionalmente ha de encontrarse permanentemente ceñido a los principios y valores impuestos por la Carta Política, como presupuesto de validez de los actos del proceso”.

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 185 y siguientes de la ley 600 de 2000, el recurso de apelación no sólo debe ser interpuesto oportunamente, sino que el recurrente tiene por deber sustentarlo por escrito ante la primera instancia, “de manera que la fundamentación de la apelación, se constituye en acto trascendente en la composición del rito, pues no es suficiente con que el recurrente exteriorice inconformidad general con la providencia que impugna sino que le es imperativo, además, concretar el tema o aspectos de los que disiente, presentando los argumentos fácticos y jurídicos que lo conducen a cuestionar la determinación impugnada, al punto que si no se sustenta debidamente el disenso se declara desierto y no se abre a trámite la segunda instancia, pues en tal evento el juzgador no podría conocer sobre qué aspectos del pronunciamiento se predica el agravio” como se indicó en el aludido precedente jurisprudencial.

De este modo, una vez satisfecho el requisito de fundamentación del disenso, e identificada la pretensión del recurrente, ésta fija el marco de examen por parte de la segunda instancia, y limita su competencia en tanto la normativa procesal (art. 204) le permite sólo revisar los aspectos impugnados y aquellos inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación, pues, como se indicó por la Corte en la jurisprudencia que en esta ocasión se reitera, “de pronunciarse sobre aspectos no comprendidos en la impugnación o respecto de aquellos no vinculados inescindiblemente a los motivos en que se funda el disenso, tendría que admitirse que éstos, por ausencia de una

manifestación expresa al respecto en la resolución de primera instancia, no pudieron ser controvertidos por el apelante, y entonces los mismos carecerían de la doble instancia constitucionalmente garantizada”.

En el presente evento, el procesado JORGE IVÁN MONTOYA CARDONA fue condenado en primera instancia a las penas principales de ciento sesenta y seis (166) meses de prisión y multa en cuantía de mil quinientos ochenta y cuatro (1584) salarios mínimos legales mensuales, a consecuencia de ser hallado penalmente responsable por haber participado a título de cómplice en el delito de secuestro extorsivo, y como autor del de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

Contra dicha determinación tanto la Fiscalía como el Ministerio Público interpusieron recurso de apelación. La primera consideró que el procesado debía ser condenado como coautor de los delitos de secuestro extorsivo y hurto calificado-agravado, y no simplemente como cómplice del comportamiento contra la libertad individual. El Procurador Judicial, por su parte, coincidió parcialmente con la Fiscalía en cuanto a que en su criterio el procesado debía ser condenado como coautor del delito de secuestro, pero se distanció de ella al considerar que la absolución por el delito contra el patrimonio económico debía mantenerse.

Se nota, pues, sin mayor esfuerzo, de una parte, que la defensa no recurrió la providencia de primera instancia, y, de otra, que quienes interpusieron apelación mostraron inconformidad en los aspectos atrás reseñados, sin que ninguno de ellos hubiere manifestado disenso alguno con la individualización judicial de la pena por parte del juzgador de primera instancia, lo que denota que estuvieron conformes con ella.

La decisión de segunda instancia, no obstante dedicar amplio espacio a rebatir las argumentaciones de los apelantes y en tal medida sostener que el material de prueba

recaudado en la investigación no permite arribar a conclusiones distintas de las que llegó el juez A quo y por ello “la imputación de complicidad debe mantenerse”, además de que “la absolución por el hurto procede” (fls. 366-368), unilateralmente decidió incrementar las penas impuestas en el fallo recurrido, tras considerar que ello era lo procedente.

Como resultado de confrontar el fallo de primera instancia y la sustentación de la apelación, se establece que la discusión planteada por la Fiscalía y el Ministerio Público giró en derredor de la forma de participación del procesado en el delito de secuestro y la responsabilidad penal en el de hurto, dando entonces por aceptada la individualización de la pena realizada por el juzgador acorde con la calificación impartida, siendo este el límite que le impusieron a la segunda instancia.

Este límite, si bien en un comienzo fue respetado cuando el Tribunal expuso las razones por la que la decisión impugnada habría de confirmarse, finalmente desbordó su competencia para partir de parámetros punitivos distintos de los contemplados en el fallo de primera instancia y que ninguna de las partes pidió modificar, y por dicha vía aumentar la pena privativa de la libertad y la multa.

Así razonó el Tribunal:

“Con todo los argumentos de los recurrentes aunque no deben, por lo expuesto antes, ser atendidos en su integridad, sí comportan otras consecuencias en materia de punibilidad. Es que a la conducta del inculcado debe dársele una connotación acorde con su participación en el evento criminoso, participación que si bien no se encuentra dentro de los confines de la coautoría tampoco puede tildarse de intrascendente o de escasa importancia. Luego, en aplicación a lo dispuesto por el artículo 61 del C.P. in fine y examinado el grado del aporte, no puede atribuirse el tope básico de los cuartos medios, pues se precisa de una intensificación adecuada que se determina en 24 meses más. En definitiva entonces la pena privativa de la libertad por el secuestro será de 184 meses

de prisión, los que se incrementan en 6 meses más por la concurrencia delictual del porte ilegítimo de arma de uso civil. La pena pecuniaria será de 1700 salarios mínimos mensuales” (fl. 368) (se destaca).

Surge nítido, entonces, que con dicho proceder el Tribunal violó los principios de contradicción, defensa y doble instancia, como especies del debido proceso, por cuanto desconoció los parámetros punitivos aplicados por el a quo, y así sus consideraciones tuvieran sustento fáctico, es lo cierto que pretermitió su debate en la primera instancia.

Dicha conclusión no resulta desvirtuada, ni siquiera con la consideración que la Delegada presenta, en el sentido de que el inciso segundo del artículo 204 de la ley 600 autoriza al juez de segunda instancia agravar la sanción impuesta en el fallo de primera instancia, cuando el Fiscal, el Agente del Ministerio Público, o la parte civil, teniendo interés para ello, lo hubieren recurrido, y que en tal medida el Tribunal ostentaba competencia para llevar a cabo un cambio en el grado de participación del procesado en los ilícitos, analizando el comportamiento delictivo con sus circunstancias, lo que en efecto hizo, “para llegar después de esa evaluación, a considerar que aún conservando la misma calificación que de los hechos hiciera el a quo, resultaba procedente un incremento punitivo”.

Lo anterior por la sencilla razón de que un tal planteamiento correspondería más a la plena e ilimitada competencia del superior en los casos del grado jurisdiccional de la consulta, que a la naturaleza y alcance de los recursos, los cuales, como se sabe, son potestativos de los sujetos procesales, están basados en el interés del impugnante y la competencia por el factor funcional es limitada a los aspectos del disenso y a los inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación.

Esto, si se toma en consideración que atendiendo el carácter progresivo del sistema procesal penal, la apelación no ha sido establecida a manera de un nuevo juicio fáctico y jurídico con prescindencia de lo ya resuelto, sino como mecanismo de control de juridicidad y acierto de las decisiones adoptadas por el juez de primera instancia, limitada, por tanto, a revisar los aspectos sobre los que la parte manifieste su disenso.

Y si bien resulta claro que esta inconformidad en últimas recae sobre el sentido de la decisión adoptada por la primera instancia, esto no significa que en todos los casos la impugnación verse sobre la totalidad de los aspectos contenidos en ella, toda vez que es la sustentación la que delimita el ámbito del pronunciamiento de la segunda instancia. Entenderlo de modo contrario implicaría reconocer que las exigencias de interponer el recurso en oportunidad y sustentarlo expresando clara y precisamente los motivos de inconformidad, son requisitos meramente formales que una vez cumplidos dan cabida sin ningún límite al funcionario de segundo grado para revisar lo actuado, lo cual desnaturaliza la apelación para convertirla en consulta, y por lo mismo, repugna a la idea de proceso reglado y contradictorio, tal cual ha sido dicho por la jurisprudencia en el pronunciamiento párrafos arriba mencionado.

Por las anotadas razones, en ejercicio de la oficiocidad la Corte casará parcialmente la sentencia recurrida, excluyendo de ella los incrementos punitivos realizados por el Tribunal, toda vez que los parámetros tomados en cuenta y las conclusiones sobre dicha temática realizadas por el juzgador de primera instancia en el proceso de individualización judicial de la pena, no fueron objeto de impugnación ni se encontraban inescindiblemente vinculados a los motivos de disentimiento.

Esto significa que el procesado JORGE IVÁN MONTTOYA CARDONA deberá purgar ciento sesenta y seis (166) meses de prisión y multa en cuantía de mil quinientos ochenta y cuatro (1584) salarios mínimos legales mensuales. En lo demás la sentencia se mantiene incólume.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto del Procurador Primero Delegado para la Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

- 1.- Desestimar la demanda de casación presentada en este asunto.
- 2.- CASAR PARCIAL Y OFICIOSAMENTE la sentencia objeto de impugnación extraordinaria. FIJAR, en consecuencia, en ciento sesenta y seis (166) meses de prisión y la multa en cuantía de mil quinientos ochenta y cuatro (1584) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos, las penas que debe purgar el procesado JORGE IVÁN MONTOYA CARDONA como cómplice del delito de secuestro extorsivo, en concurso con el de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal en calidad de autor.
- 3.- En lo demás, el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín se mantiene incólume.

Contra esta decisión no proceden recursos. Devuélvase al Tribunal de origen. NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

MARINA PULIDO DE BARÓN

SIGIFREDO          ESPINOSA PÉREZ          ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Comisión de servicio

EDGAR          LOMBANA TRUJILLO          ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Comisión de servicio

JORGE      LUIS      QUINTERO MILANÉS

YESID

RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO      SOLARTE PORTILLA

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria